REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XCVI

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1968

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

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL

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

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

SALA DE CASACION PENAL

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

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

SALA DE CASACION LABORAL

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

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

SALA DE NEGOCIÓS GENERALES

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

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

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

Junio, julio y agosto de 1961.

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

TOMO XCVI Bogotá - Colombia Junio, julio y agosto 1961 Nos. 2242, 2243 y 2244

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Procurador Auxiliar

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

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

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 6º Y DEL INCISO 3º DEL ARTICULO 15 DE LA LEY 81 DE 1960, "REORGANICA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA"

Las disposiciones legales demandadas se ciñen de manera estricta al espíritu de la Constitución. El sistema de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, que establece el artículo 11 de la Carta, se refiere a la igualdad de derechos civiles. Los derechos y obligaciones civiles difieren de los fiscales tanto por la índole de la relación jurídica como por el carácter de uno de los sujetos, que es el Estado. La equidad tributaria no se logra sino mediante la discriminación cuando las circunstancias o condiciones de los contribuyentes son diversas.

Los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1886 consagraron en relación con los extranjeros, el sistema de la reciprocidad legislativa y diplomática, adoptado por la mayor parte de los países en el siglo pasado y comienzos del presente. Pero la reforma constitucional de 1936 sustituyó aquel sistema por el de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros.

Esa igualdad de tratamiento se refiere únicamente a la igualdad de derechos civiles, **vale decir, a los derechos subjetivos y a las garantías instituídas para protección de ellos, según se desprende del texto claro del artículo 11 de la Constitución, que dice:**

"Artículo 11. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles **que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales** o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros".

"Gozarán **así mismo los extranjeros en el territorio de la República** de las garantías concedidas a los nacionales, **salvo las limitaciones que establecen la Constitución o las leyes".** "Los derechos políticos se reservarán a los nacionales".

La igualdad civil entre nacionales y extranjeros que establece este texto de la Carta, relativa al ejercicio de los derechos civiles, de acuer-

do con la ciencia del Derecho Público, se distingue de la igualdad fiscal, que se refiere a una relación jurídico-política de creación legal, de la cual es el Estado el sujeto activo y el contribuyente el sujeto pasivo.

Los derechos y obligaciones civiles difieren así de los fiscales tanto por la índole de la relación jurídica como por el carácter de uno de los sujetos, que es el Estado.

La norma del artículo 11 no consagra la igualdad fiscal entre nacionales y extranjeros, sino la civil —se repite— y por cierto no de manera absoluta, puesto que permite, por motivos de orden público, imponer restricciones a determinados derechos civiles y aun negar su ejercicio a los extranjeros.

Pero es que, por otra parte, el principio general de igualdad ante la ley no se realiza en ocasiones sino a través de la desigualdad misma. "La igualdad fiscal consiste —según un conocido expositor— en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias", por lo cual "la existencia de desigualdades naturales justifica la creación de categorías de contribuyentes"; o sea, que la equidad tributaria, que es lo que se propone la regla de la igualdad, no se logra sino mediante la discriminación cuando las circunstancias o condiciones de los contribuyentes son diversas.

En el presente caso, en que rentas producidas fuera del país pueden quedar sujetas a una doble imposición, las normas acusadas procuran precisamente establecer la igualdad en materia tributaria entre nacionales y extranjeros, mediante la eliminación de la doble imposición para estos últimos cuando en su país se exima de ella a los primeros.

La regla de la reciprocidad, en el caso concreto de las disposiciones legales demandadas, en verdad sólo tiene por objeto asegurar esa igualdad entre nacionales y extranjeros que consagra el predicho artículo 11 de la Carta, lo que tanto quiere decir que no son violatorias de ella sino que, en cambio, se ciñen de manera estricta a su espíritu.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá julio tres (3) de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

El doctor Alfonso Isaza Moreno, en demanda presentada el 14 de marzo del año en curso, la cual cumple las condiciones de forma previstas en la Ley 96 de 1936, pidió a la Corte declarara inexequibles el artículo 6º y el inciso 3º del artículo 15 de la Ley 81 de 1960, "reorgánica del impuesto sobre la renta", disposiciones que a la letra dicen:

"Artículo 6º Las personas naturales están sometidas al impuesto sobre la renta y a los complementarios de patrimonio y exceso de utilidades, de conformidad con el régimen y las tarifas establecidas por la presente Ley".

"Artículo 15. ... ...

"A los residentes de nacionalidad extranjera sólo se les gravarán las rentas obtenidas en territorio colombiano, si en el Estado del cual son nacionales se les da el mismo tratamiento impositivo a los colombianos".

Las dos disposiciones transcritas, en sentir del demandante, violan *el principio de la igualdad* entre nacionales y extranjeros, consagrado por el artículo 11 de la Carta, equivalente al 5º del Acto Legislativo número 1 de 1936 y, como consecuencia, los artículos 12, 16 y 20 de la misma.

El señor Procurador General de la Nación, en escrito del 9 de mayo (fls. 13 y ss.), conceptúa que no debe accederse a lo solicitado por el demandante.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1886 consagraron, en relación con los extranjeros, el sistema de la reciprocidad legislativa y diplomática, adoptado por la mayor parte de los países en el siglo pasado y comienzos del presente. Pero la reforma constitucional de 1936 sustituyó aquel sistema por el de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros.

Esa igualdad de tratamiento se refiere únicamente a la *igualdad de derechos civiles,* vale decir, a los derechos subjetivos y a las garantías instituídas para la protección de ellos, según se desprende del texto claro del artículo 11 de la Constitución, que dice:

"Artículo 11. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o *negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros".*

"*Gozarán* asímismo los extranjeros en el territorio de la República *de las garantías concedidas a los nacionales,* salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes".

"Los derechos políticos se reservarán a los nacionales".

La igualdad civil entre nacionales y extranjeros que establece este texto de la Carta, relativa al ejercicio de los derechos civiles, de acuerdo con la ciencia del Derecho Público, se distingue de la igualdad fiscal, que se refiere a una relación jurídico-política de creación legal, de la cual es el Estado el sujeto activo y el contribuyente el sujeto pasivo.

Los derechos y obligaciones civiles difieren así de los fiscales tanto por la índole de la relación jurídica como por el carácter de uno de los sujetos, que es el Estado.

La norma del artículo 11 no consagra la igualdad fiscal entre nacionales y extranjeros, sino la civil —se repite— y por cierto no de manera absoluta, puesto que permite, por motivos de orden público, imponer restricciones a determinados derechos civiles y aun negar su ejercicio a los extranjeros.

Pero es que, por otra parte, el principio general de igualdad ante la ley no se realiza en ocasiones sino a través de la desigualdad misma. "La igualdad fiscal consiste —según un conocido expositor— en que la ley debe ser igual para todos los iguales en iguales circunstancias", por lo cual "la existencia de desigualdades naturales justifica la creación de categorías de contribuyentes"; o sea, que la equidad tributaria, que es lo que se propone la regla de la igualdad, no se logra sino mediante la discriminación cuando las circunstancias o condiciones de los contribuyentes son diversas.

En el presente caso, en que rentas producidas fuera del país pueden quedar sujetas a una doble imposición, las normas acusadas procuran precisamente establecer la igualdad en materia tributaria entre nacionales y extranjeros, mediante la eliminación de la doble imposición para estos últimos cuando en su país se exima de ella a los primeros.

La regla de la reciprocidad, en el caso concreto de las disposiciones legales demandadas, en verdad sólo tiene por objeto asegurar esa igualdad entre nacionales y extranjeros que consagra el predicho artículo 11 de la Carta, lo que tanto quiere decir que no son violatorias de ella sino que, en cambio, se ciñen de manera estricta a su espíritu.

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— acorde con el concepto del señor Procurador General de la Nación y en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 214 de la Carta, DECLARA EXEQUIBLES el artículo 6º y el inciso 3º del artículo 15 de la Ley 81 de 1960, "reorgánica del impuesto sobre la renta".

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA CORTE SE ABSTIENE DE DECIDIR EN EL FONDO LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD PROPUESTA CONTRA LOS ARTICULOS 1º, 2º Y 3º DEL DECRETO EXTRAORDINARIO NUMERO 3519 DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1949.

A partir de la vigencia de la Ley 2ª de 1958 se operó el fenómeno de la sustracción de materia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Demandada la inexequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto extraordinario número 3519 de 9 de noviembre de 1949, por el cual, el señor Presidente de la República con la firma de todos los Ministros del Despacho, con fundamento en el artículo 121 de la Carta, suspendió el artículo 50 del Código Judicial y dispuso que las decisiones de la Corte Plena, respecto de los decretos extraordinarios acusados de inconstitucionales, "tanto en su parte resolutiva como en sus considerandos, deben ser tomadas por las tres cuartas partes de los votos de los Magistrados que integran dicha Sala", inclusive al fallar sobre el propio Decreto acusado, se considera lo que sigue:

En la sentencia de fecha 11 de agosto de 1959, la mayoría de la Sala Plena sentó la siguiente doctrina sobre las consecuencias jurídicas de la Ley 2ª de 1958:

"Así las cosas, 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 a la necesidad superior del restablecimiento 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 contexto 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 remitió 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 prolongaron 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 4º, de la Constitución".

En consecuencia, como el fundamento legislativo del Decreto acusado no es ahora el artículo 121 de la Constitución, sino el artículo 76 que atribuye al Congreso la facultad de expedir leyes, con el fin de regular la actividad jurídica de la República, después de la vigencia de la Ley 2ª de 1958, prorrogada por las Leyes 105 de 1959 y 79 de 1960, se ha operado el fenómeno de sustracción de materia en cuanto atañe al Decreto número 3519 de 9 de noviembre de 1949.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, quince de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El doctor Alfonso López Michelsen, en ejercicio de la facultad conferida por los artículos 214 y 215 de la Constitución Nacional, solicitó la declaración de inexequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto extraordinario número 03519 de 9 de noviembre de 1949, según el cual, el señor Presidente de la República con la firma de todos los Ministros del Despacho, con fundamento en el artículo 121 de la Carta, suspendió el artículo 50 del Código Judicial y dispuso que las decisiones de la Corte Plena, respecto de los decretos extraordinarios acusados por inconstitucionales, "tanto en su parte resolutiva como en

sus considerandos, deben ser tomadas por las tres cuartas partes de los votos de los Magistrados que integran dicha Sala", inclusive al fallar sobre el propio decreto acusado.

La acusación se funda en la violación del artículo 121 de la Constitución, de acuerdo con los siguientes conceptos del actor:

"a) En conformidad con el artículo 121 de la Constitución Nacional, que autoriza al Presidente de la República para declarar turbado el orden público y en estado de sitio a toda la República, previo concepto del Consejo de Estado y con la firma de todos sus Ministros, el Organo Ejecutivo queda investido de precisas facultades extraordinarias, que pueden resumirse así:

"1º La de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio.

"2º La de dictar decretos obligatorios para reprimir el alzamiento o la agresión extranjera, siempre y cuando que estos decretos se conformen a las reglas aceptadas por el derecho de gentes para la guerra entre naciones".

El mismo demandante, en posterior escrito, emite las siguientes opiniones:

"En la demanda de inconstitucionalidad que se tramita, el suscrito considera como violado el artículo 121 de la Constitución Nacional, según el cual el señor Presidente puede suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio..."

Más adelante agrega: "... Ahora bien, el concepto de 'incompatibilidad' de una medida con una situación de hecho, como es la que origina el estado de sitio, es una cuestión tanto jurídica como política, porque no hay un Código, ni una ley, ni doctrina alguna de autores en donde pueda encontrarse de antemano definidas qué medidas son incompatibles con el estado de sitio actual. El concepto de incompatibilidad hay que estudiarlo a la luz de la situación de hecho, que se trata de conjurar, es decir, juzgando los antecedentes que la determinaron..."

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado, después de estudiar los distintos argumentos del actor, concluye con la petición de que se declare exequible el decreto acusado.

En la sentencia de fecha once de agosto de 1959, la mayoría de la Sala Plena sentó la siguiente doctrina sobre las consecuencias jurídicas de la Ley 2ª de 1958:

"Así las cosas, 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 a la necesidad superior del restablecimiento 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 contexto 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 remitió 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 prolongaron 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 4º, de la Constitución".

En consecuencia, como el fundamento legislativo del decreto acusado no es ahora el artículo 121 de la Constitución, sino el artículo 76 que atribuye al Congreso la facultad de expedir leyes, con el fin de regular la actividad jurídica de la República, después de la vigencia de la Ley 2ª de 1958, prorrogada por las Leyes 105 de 1959 y 79 de 1960, se ha operado el fenómeno de sustracción de materia en cuanto atañe al Decreto número 03519 de 9 de noviembre de 1949.

Por lo expuesto, la Sala Plena de la Corte se abstiene de decidir en el fondo la demanda propuesta, por el motivo antes enunciado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DEL DECRETO Nº 12 DE 4 DE JUNIO DE 1959.

1. El artículo 1º del Decreto, en cuanto a las atribuciones que concede a los Jueces de Instrucción Criminal, es violatorio de los artículos 61 y 26 de la Carta. — 2. Extensión y límites de las facultades extraordinarias del Gobierno en lo tocante a expedición, reforma y suspensión de códigos. — 3. La simplificación o aceleración de los trámites procesales (art. 3º) no implica desconocimiento del derecho de defensa del procesado. — 4. En cuanto el artículo 8º del Decreto desconoce la revocabilidad del mandato judicial, deja de garantizar suficientemente el derecho de defensa. — 5. Inexequibilidad de los incisos b), c) y d) del artículo 10, por cuanto desconocen el principio de la aplicabilidad preferente de la ley favorable. — 6. No obstante las restricciones procesales establecidas en los artículos 5º (parágrafo), 6º, 7º, 14, 15 y 16 del Decreto acusado, subsiste garantizado el derecho de defensa. — 7. En qué sentido son exequibles y en cuál inexequibles los artículos 11, 12 y 13, relacionados con el juzgamiento de menores. — 8. El artículo 26 del Decreto, sobre captura de delincuentes, no viola el artículo 23 de la Carta. — 9. Al autorizar recompensas a los particulares que colaboren en la captura de delincuentes, el artículo 27 del Decreto no quebranta la Constitución.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No se observa ni defiende la Constitución de la República con el respeto aparente del texto y desconocimiento intrínseco del espíritu institucional de la norma, sin que el acto alcance a justificarse por la nobleza de intención o la altura de los móviles.

En la paz se encuentra el supuesto necesario al desarrollo de la actividad común, pública y privada; y corresponde a lo que en principio acontece dentro de la nación jurídicamente organizada. O sea que la paz equivale a la normalidad en la vida institucional de la República, y que entonces el ejercicio de la soberanía se manifiesta por la acción separada, no interferida pero armónica, de las tres Ramas del Poder Público: Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional. Así, no es concebible que persona o corporación alguna ejerza simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o la militar.

Cuando en caso de guerra exterior o de conmoción interior se declara por el Gobierno turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella, el régimen de derecho no hace quiebra. Apenas se acentúa en el Presidente la necesidad de cumplir su imperativo deber constitucional de "conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (7º, 120). Por ello está capacitado el Presidente de la República para dictar "decretos que tengan fuerza legislativa", encaminados única y exclusivamente a restablecer cuanto antes el orden público, puesto que alcanzada esta finalidad determinante dejan de regir tales decretos, como con énfasis notorio lo repite el constituyente (8º, 118; 4º, 121).

Que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad, está obviamente prescrito en la Carta. Porque el Gobierno carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender "las que sean incompatibles con el estado de sitio". Esta limitación es de importancia cardinal, puesto que ningún motivo diferente de la incompatibilidad de ciertas y determinadas normas legales con el estado de sitio puede invocarse legítimamente por el Gobierno para suspenderlas. No basta que puedan ser perfeccionadas o reemplazadas por otras mejores a juicio del Gobierno. Es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad.

Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del Gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, se dará en concreto la calamitosa situación excepcional

a que sea aplicable el remedio heroico de que una misma persona o corporación pueda ejercer "simultáneamente la autoridad política y la judicial o la militar".

Este es el verdadero significado y alcance del artículo 61 dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la nación colombiana como república democrática y representativa. Y puesto que el artículo 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la situación excepcional, angustiosa y extrema de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la Rama Jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no habría otro camino para el retorno a la normalidad.

En efecto: 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 esto 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 o 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 cualquiera 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 actividad 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. Si así no sucede, si en concreto los jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta 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 de los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla. Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público. Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con sólo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante jueces competentes.

No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política, con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

No cabría demostrar el imposible de que el

ejercicio de la atribución constitucional de nombrar jueces por los Tribunales de Distrito Judicial sea en modo alguno contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que no estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

Por consiguiente: si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la Rama Jurisdiccional del Poder Público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público, y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los Poderes Públicos, aparte del artículo 26 en la garantía de defensa ante juez competente, en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia "para fallar en primera instancia" los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía, se conceden en el referido Decreto legislativo a los Jueces de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de competencia privativa de los jueces verdaderos.

2. En cuanto a las facultades que tenga el Gobierno en relación con la suspensión o reforma de códigos cuando actúa en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, se considera lo siguiente:

El artículo 76 de la Carta, en su ordinal 2º, faculta al Congreso para "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones"; y el artículo 80 dispone que los Códigos no pueden ser dictados ni reformados sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones Permantes de una y otra Cámara.

El Gobierno está incapacitado para expedir Códigos en ejercicio de las facultades del artículo 121, porque se trata por excelencia de leyes de orden general y permanente. Ni por su naturaleza sobresaliente ni por el presupuesto de tiempo para su normal vigencia quedan comprendidos los Códigos en el ámbito de las facultades de estado de sitio. (LXXXI, 2202, 13).

Tampoco puede reformarlos, porque ello envuelve derogación parcial de carácter definitivo, e inconciliable, por tanto, con la transitoriedad de los mandatos que se dictan en uso de facultades de emergencia.

Pero sí está facultado para suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta las leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de la medida como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público.

3. El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el artículo 3º del Decreto 12 de 4 de junio de 1959, acusado de inconstitucionalidad, quebranta el artículo 26 de la Carta, toda vez que suprime el auto de proceder. Dice en resumen de su razonamiento: "El artículo 3º del Decreto dispone perentoriamente que vencido el término de instrucción del sumario (30 días) o perfeccionado éste antes, se cierre la investigación, se pongan los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos y luégo se dicte sentencia, viola los principios de derecho atrás consignados y, comoquiera que éstos aparecen principalmente expresados en el artículo 26 de la Constitución Nacional, aquella disposición es también contraria a dicha norma. Y lo es, vuelve a decirse, por cuanto, sin providencia de calificación que contenga cargos concretos, no hay, no puede haber, juzgamiento, juicio —que presupone controversia— ni defensa. Y no existiendo juzgamiento o juicio la sentencia condenatoria se habría dictado sin los presupuestos esenciales que se requieren para su validez".

Para la Corte, cuando el artículo 26 de la Constitución estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", reconoce y consagra en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero no señala las formas propias de cada juicio. Es normal el trámite plenario por su amplitud a través de numerosas etapas; pero extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que el acusado sea oído y vencido en juicio conforme a la ley preexistente al acto que se imputa y por juez competente.

Y si en estado de sitio la celeridad procesal es claramente adecuada a reprimir la violencia como causa determinante de la perturbación del

orden público, de propio modo que propicio a su imperio antisocial el retardo inherente a la mayor amplitud de defensa dentro de la normalidad, no hay duda de que el Gobierno está facultado de emergencia por el artículo 121 para abreviar los trámites y suspender, en consecuencia, las disposiciones en contrario dentro de los Departamentos donde rige el estado de asedio.

Ahora bien: conforme al sistema del Decreto número 12, el sindicado tiene audiencia dentro del informativo; el fallo de primera instancia debe concretarle los cargos con mayor precisión que si se tratara de auto de proceder; es oído en segunda instancia, y dentro del ámbito propio del recurso extraordinario es oído también en casación. De modo que si los trámites se aceleran, no por esta causa se sacrifica o lesiona el derecho de defensa que la Carta asegura a los hombres.

4. Considera la Corte que el artículo 8º del Decreto número 12 de 4 de junio de 1959, no garantiza suficientemente el derecho de defensa, al disponer que el apoderado que designe el sumariado, actuará desde la indagatoria "hasta la terminación del proceso", porque todo mandato —con mayor razón en el campo penal— es esencialmente revocable, y se ataría al proceso en forma indefinida al mandatario, aun en aquellos casos en que el poderdante le haya perdido la confianza, a causa de negligencia, procederes indebidos o dolosos o de otros motivos, con grave perjuicio, a no dudarlo, de los intereses de la defensa.

5. La Corte acoge la tesis del señor Procurador sobre inconstitucionalidad de los apartes b), c) y d) del artículo 10 del Decreto legislativo número 12 de 1959, que ordenan a los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, aplicar, en los asuntos de su competencia, las reglas del Decreto número 12.

No hay duda de que siendo este Decreto restrictivo y desfavorable en relación con las reglas del Código de Procedimiento Penal, sobre la misma materia, no puede aplicarse de preferencia en los procesos a que se contraen aquellos apartes, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 26 de la Carta, el cual, de acuerdo con la doctrina de la Corte, no puede ser suspendido en ningún tiempo.

Tampoco la hay en cuanto el mismo artículo 26 al hablar de "materia criminal", comprende tanto la ley penal sustantiva como la procedimental, en cuanto ésta se refiere a ciertas garantías individuales, como el derecho de defensa, sin que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, oscurezca este concepto, al preceptuar que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores", pues esa disposición no se refiere en verdad sino a las reglas precisamente relacionadas con la simple "sustanciación y ritualidad" de los procesos. (V. sentencia de la Corte de 13 de mayo de 1941. LII, 1970, 37).

En consecuencia, al disponer los apartes b), c) y d) del artículo 10, que en los territorios en estado de sitio, los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales apliquen en los asuntos de su competencia, las disposiciones del Decreto número 12, que es ley restrictiva y desfavorable, comparada con la legislación penal procesal preexistente, en lo que atañe a los procesos iniciados antes, o iniciados después de entrar a regir el Decreto, pero en este caso por delitos cometidos con anterioridad, los citados incisos del artículo 10, violan el inciso segundo del artículo 26 de la Carta, según el cual, en materia criminal, la ley favorable, vigente cuando el delito fue cometido, rige el proceso, con la excepción concerniente a las reglas de mera "ritualidad o sustanciación", de que trata el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

6. No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones, referentes al procedimiento, contenidas en los artículos 5º (parágrafo), 6º, 7º, 14, 15, 16 y 17 del Decreto legislativo número 12 de 1959, comparadas con las del derecho procesal común suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La Constitución lo consagra: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre-existentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado cada una de las formas que componen cada uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en caso de emergencia al Gobierno, en uso de las facultades del artículo 121 y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados, la cancelación de tan elemental como básica garantía ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificultan la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, co-

mo la presente, cuyos rasgos característicos denotan escasa madurez política en la Nación, en daño invaluable para la unidad de acción y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la de que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales Superiores en los procesos ventilados según el Decreto número 12.

En síntesis: las disposiciones del Decreto que la demanda acusa en el capítulo en estudio, proven a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; alega tanto en la primera como en la segunda instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de éste la práctica de las pruebas que juzgue necesarias a la defensa, y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse, en verdad, que haya sido destituído de garantía constitucional quien puede servirse de estos medios para defender su libertad.

7. Según los artículos 11, 12 y 13 del Decreto legislativo número 12 de 4 de junio de 1959, quedan sometidas las infracciones que cometan los menores de 16 años en los Departamentos en estado de sitio, a los Jueces de Instrucción Criminal, a los Municipales, de Circuito y Superiores, en los términos y según las reglas del Decreto, pero sólo podrán condenar a la medida de seguridad consistente en reclusión en un reformatorio por lapso no inferior a dos años. Siguen los Jueces de Menores con la competencia ordinaria para conocer de los demás asuntos contemplados en la Ley 83 de 1946, así como de los procesos pendientes por infracciones penales con arreglo a las disposiciones de la misma Ley 83.

Al respecto, la Corte extiende a estas normas la motivación expuesta en esta misma sentencia sobre los artículos 1º, 2º y 3º, y en general toda la que antecede. Y puesto que el artículo 11 atribuye competencia de juzgamiento a los Jueces de Instrucción Criminal, que no son funcionarios judiciales, es en ello inexequible. Pero en lo que respecta al trámite o formas procesales no incide la censura, comoquiera que el derecho de defensa de los menores aparece debidamente garantizado.

8. El artículo 26 del Decreto número 12 de 1959 faculta a las autoridades militares y de policía para capturar y poner a la disposición de las autoridades competentes, a las personas de que se tenga noticia que han cometido delitos, o que sean requeridas públicamente por la autoridad, o se hayan fugado estando legalmente detenidas, se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos y estupefacientes, o se encuentren en evidente estado antisocial. Se acusa este artículo por violar el 23 de la Carta, ya que las atribuciones que confía a los funcionarios militares y de policía, no pueden cumplirse sino a virtud de mandato judicial y por motivos previamente definidos en las leyes.

La demanda acusatoria no acentúa el cargo en lo que respecta a la atribución para capturar a quienes sean requeridos públicamente por las autoridades, se hayan fugado estando legalmente detenidos, o se dediquen al comercio ilícito de armas, estupefacientes o explosivos. Se concreta la acusación, por consiguiente, en cuanto el artículo 26 se refiere a la captura de las personas de quienes se tiene noticia que han cometido delitos, o se encuentren en evidente estado antisocial.

El artículo 23 de la Constitución Nacional prescribe que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

La Corte, de acuerdo con el señor Procurador, considera que el precepto acusado no se aparta del ordenamiento constitucional:

En primer lugar, éste no dispone que la orden sea impartida por autoridad judicial sino por "autoridad competente". La autoridad competente la señala en tiempo de paz el legislador ordinario, y en tiempo de anormalidad el Gobierno, puesto que como el artículo 23 de la Constitución no determina cuál es la autoridad competente, no quebranta el Ejecutivo el artículo citado cuando en ejercicio de las facultades del 121 estatuye que la autoridad militar y la de policía pueden detener a los particulares, a pesar de las disposiciones procedimentales y de policía que sean contrarias a tal señalamiento, las que por lo mismo quedan suspendidas.

En segundo lugar, el mandamiento —que ha de ser escrito— debe reunir los demás requisitos legales, esto es, los señalados en las leyes de procedimiento o de policía.

En tercer lugar, si los motivos deben hallarse definidos con antelación en las leyes, eso precisamente hace el artículo acusado, pues si la Carta no los define, ello concierne ante todo a la ley, y en caso de guerra exterior o con-

moción interior, a los decretos legislativos de acuerdo con el artículo 121, sin que sufra quebranto la inviolable disposición del artículo 23 de la Ley Fundamental.

9. Autoriza el artículo 27 del Decreto número 12 de 1959 a los Gobernadores de los Departamentos en estado de sitio, para que, previa consulta de la cuantía al Ministerio de Justicia, ofrezcan recompensas en dinero a los particulares que entreguen a los delincuentes requeridos por la autoridad o faciliten su captura, debiendo pagarse tales recompensas con cargo al Tesoro Nacional.

No estima la Corte que el texto acusado se halle en pugna con las disposiciones constitucionales que indica la demanda.

El artículo 78, ordinal 5º, de la Carta, somete las gratificaciones a que alude, al requisito de hallarse reconocidas en ley pre-existente, la cual, en el presente caso, es el Decreto número 12, dictado en ejercicio de la potestad emanada del artículo 121, ya que no se trata de una norma constitucional de aquellas que según la doctrina de la Corte, no pueden suspender su imperio en tiempos de turbación del orden público.

No sufren tampoco los artículos 30, 183 y 189 de la Carta, porque no se afecta el tesoro de los Departamentos sino el Nacional, que menciona el citado ordinal 5º del artículo 78 ibídem.

Ni el artículo 23, por último, porque la disposición acusada se refiere a los delincuentes requeridos por la justicia, esto es, contra quienes las autoridades competentes, incluídas las mencionadas en el artículo 26 del Decreto, hayan dictado auto de detención u ordenado su aprehensión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

El Gobierno, en vista de la urgentísima necesidad en que la Nación se halla de terminar esta dolorosa etapa de violencia, ha considerado conveniente que la entrega de los delincuentes o la facilitación de su captura, cause una retribución pecuniaria, apenas equitativa, dados los obvios peligros que esa tarea comporta, sin que por ello deje de tener cabal vigencia la facultad del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el alcance del artículo 23 de la Carta, en relación con el 384 del citado Código, la Corte en pleno expuso, en sentencia de 25 de octubre de 1960:

"Es cierto que el artículo 23 de la Carta dispone que 'nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido... **sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes'. Pero una cosa es reducir a prisión o arresto a una persona, o disponer su detención, y algo distinto realizar su captura. Aquéllas exigen un acto jurisdiccional. En cambio la captura es el mero acto físico de aprehensión, la cual deberá cumplir cualquiera, cuando se trata del delincuente cogido** in flagranti **o del que cuya 'captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente'.**

"Si el delincuente cogido in flagranti, **de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Nacional, 'puede ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona', es evidente que también lo puede ser aquel 'malhechor cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente, pues en este segundo caso la formalidad legal a que alude la Carta consiste, precisamente, en ese requerimiento público de la autoridad, para que esa captura se cumpla. Y en este evento, es lógico que precede a tal requerimiento el acto jurisdiccional que ordena o la detención preventiva, o la prisión o el arresto de la persona o personas cuya aprehensión pide la autoridad competente". (XCIII, 2230 y 2231, p. 637).**

Determinado así el alcance del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, en sus nexos con el 23 de la Carta, es evidente que el artículo 27 del Decreto guarda armonía con la norma constitucional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, veinticuatro (24) de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Varios ciudadanos, encabezados por el doctor Gilberto Moreno, demandan que la Corte declare inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 5º (el parágrafo), 6º, 7º, 8º, 10 a 24, 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto legislativo número 12 de 4 de junio de 1959, "por el cual se dictan normas tendientes a procurar la rápida y eficaz administración de justicia, en lo penal, en los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio".

I

TEXTOS ACUSADOS

Artículo 1º Los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de

Justicia en el territorio de los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio, son competentes para instruír y fallar en primera instancia los procesos que se adelanten por los siguientes delitos:

1º Del homicidio, excepción hecha del homicidio culposo;

2º De las lesiones personales, en los casos de los artículos 373, 374, 375, 376, 377, 379 del Código Penal;

3º Asociación e instigación para delinquir, y de la apología del delito;

4º Incendio, inundación y otros que envuelven un peligro común;

5º Del delito de violación de domicilio, contemplado en el artículo 302 del Código Penal;

6º Del delito contra la libertad de trabajo, contemplado en el artículo 308 del Código Penal;

7º Delitos contra la autonomía personal;

8º Del secuestro;

9º De la violencia carnal;

10. Encubrimiento de los delitos de que trata este artículo;

11. Fuga de presos.

Artículo 2º La instrucción y fallo de los procesos a que se refiere el artículo anterior, se hará conforme al procedimiento que se establece en los artículos siguientes.

Artículo 3º El sumario deberá ser instruído en el término máximo de treinta (30) días, vencido el cual, o antes si se hubiere perfeccionado el sumario, el Juez ordenará, mediante auto de sustanciación, el cierre de la investigación, y pondrá por el término de tres (3) días los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos. Vencido dicho término, el Juez dictará sentencia dentro de los cinco (5) días subsiguientes.

Artículo 5º ... ...

Parágrafo. El auto de detención durante el sumario se regirá por las normas comunes, pero es inapelable. En el caso del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, el término del emplazamiento será de cinco (5) días.

Artículo 6º En los procesos que se adelanten conforme a este Decreto, no habrá lugar a excarcelación, cualquiera que sea el delito. Cuando la sentencia de primera instancia fuere absolutoria, los detenidos quedarán en libertad bajo fianza mientras el Tribunal no haya confirmado la sentencia.

Artículo 7º Cuando al fallarse el proceso en primera instancia, no existiere prueba plena para absolver o condenar, se sobreseerá temporalmente, y se ordenará reabrir la investigación hasta su perfeccionamiento. El sobreseimiento temporal debe consultarse, y no se pondrá en libertad a los detenidos, si los hubiere, mientras no se haya confirmado por el Superior.

Parágrafo. Cuando el Superior confirme un sobreseimiento temporal, determinará el funcionario que debe perfeccionar el proceso, y fallarlo de nuevo y definitivamente en primera instancia. Si el Superior revocare el sobreseimiento temporal, dictará la sentencia que deba reemplazarlo.

Artículo 8º La designación de apoderado se hará conforme al Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria, y con él se actuará hasta la terminación del proceso.

Artículo 10. En los Departamentos en donde aún subsiste el estado de sitio, los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, en los asuntos de su competencia, cuando no se hayan encomendado por comisión especial a los Jueces de Instrucción Criminal en los términos del presente Decreto, se sujetarán a las normas siguientes:

a) Si al entrar a regir este Decreto, ya se hubiere proferido auto de proceder, aun cuando no se haya ejecutoriado, el juicio se realizará según lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;

b) Si no se hubiere dictado auto de proceder, se aplicarán las normas establecidas en este Decreto;

c) A los sumarios en curso se aplicarán las normas establecidas en este Decreto;

d) Los procesos que se iniciaren con posterioridad a la vigencia de este Decreto, se regirán por las normas del mismo;

e) La apelación y la consulta de las providencias de los Jueces Municipales, se surtirán ante los Jueces de Circuito.

Artículo 11. Los Jueces de Instrucción Criminal, Municipales, de Circuito y Superiores, a que se refiere este Decreto, conocerán también si las infracciones de su competencia son cometidas por menores, mediante el mismo procedimiento, pero en la sentencia sólo podrán aplicar la medida de seguridad, consistente en la reclusión en un Reformatorio por un término no inferior a dos (2) años. En tales casos, si la sentencia no fuere apelada, se consultará ante la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior. Ejecutoriada la

sentencia, será puesto el menor a órdenes del Juez de Menores respectivo para el cumplimiento del fallo.

Parágrafo. El Ministerio de Justicia señalará los Reformatorios en donde debe cumplirse la reclusión.

Parágrafo. En todo caso, la detención de menores, mientras dura el proceso, se cumplirá en lugares distintos de los destinados a la detención de los mayores.

Artículo 12. Son menores, para los efectos de este Decreto, las personas que no hayan cumplido 16 años.

Artículo 13. La competencia de los Jueces de Menores en los Departamentos en que aún subsiste el estado de sitio, queda circunscrita, a partir de la vigencia de este Decreto, a los demás asuntos a que se refiere la Ley 83 de 1946, pero de los procesos por infracciones penales cometidos por menores, y que estuvieren en curso, conocerán hasta su terminación, según el procedimiento de la misma Ley.

Artículo 14. En los procesos que se adelanten, conforme a las normas de este Decreto, las peticiones de cesación de procedimiento sólo podrán presentarse dentro del término para alegar, antes de la sentencia de primera instancia, y se resolverán en ésta.

Artículo 15. Durante el sumario no se practicarán diligencias de careo en ningún caso. El auto que acepte o rechace la práctica de pruebas en el sumario, es inapelable.

Artículo 16. Las apelaciones y consultas de las sentencias se surtirán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 17. Contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, en desarrollo del procedimiento que en este Decreto se establece, habrá lugar al recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a las causales y al procedimiento establecidos en el Código de Procedimiento Penal, que fueren pertinentes.

Artículo 18. El Ministerio Público será ejercido ante los Jueces de Instrucción Criminal de que trata este Decreto, por el respectivo Personero Municipal en los casos en que no intervengan los Fiscales especiales, creados por el Decreto número 0328 de 1958.

Artículo 19. En todos los procesos en que se aplique el procedimiento establecido en este Decreto, no hay lugar a traslados ni a notificaciones obligatorias al Ministerio Público.

Parágrafo. Los Agentes del Ministerio Público están obligados a intervenir en los procesos penales, y a concurrir al despacho de los Jueces para notificarse oportunamente, enterarse de la marcha de los procesos, pedir pruebas y presentar alegaciones en las oportunidades legales.

En los Tribunales Superiores, el Magistrado ponente se limitará a dar aviso escrito a los Fiscales de la llegada del negocio, y este aviso se repartirá entre ellos, para determinar la responsabilidad de intervención del Ministerio Público.

Artículo 20. Si se suscitare colisión de competencias dentro de los procesos penales de que conozcan los Jueces de Instrucción Criminal de que trata este Decreto, deberá dirimirlas el respectivo Tribunal, pero no se suspenderá la investigación ni se anulará lo actuado.

Artículo 21. La acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por el delito, puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil competente, a elección del ofendido.

Si quien tenga derecho, conforme a las normas legales, resuelve constituír parte civil dentro del proceso penal, la aceptación de ella se hará por medio de auto, que será inapelable.

Artículo 22. En los procesos que se adelanten, conforme a lo establecido en este Decreto, no podrá alegarse nulidad sino por las siguientes causas:

a) Incompetencia de jurisdicción, y

b) Ilegitimidad de personería, en el querellante, cuando el asunto es de aquellos en que no puede procederse de oficio.

Parágrafo. Las nulidades sólo podrán alegarse una vez dictada la sentencia de primera instancia, y ante el respectivo Tribunal.

Artículo 23. Cuando haya lugar a la acumulación de procesos, ésta se hará antes de la sentencia de primera instancia, y se decretará por medio de auto, que es inapelable.

Artículo 24. Cuando el proceso se refiere a delitos sometidos a diversas competencias, prevalecerá la competencia para conocer de los Jueces de Instrucción Criminal a que se refiere este Decreto, sobre la de los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales; la de los Jueces Superiores sobre la de los Jueces de Circuito y Municipales, y la de los Jueces de Circuito sobre la de los Jueces Municipales.

Artículo 26. Facúltase a las autoridades militares y de Policía para capturar y poner a la disposición de las autoridades competentes, a las personas de quienes se tenga noticia que han cometido delitos; a las que estén requeridas públicamente por la autoridad; a las que se hayan fugado, estando legalmente detenidas; a las que se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos o estupefacientes, y a las que se encuentren en evidente estado antisocial.

Artículo 27. Autorízase a los Gobernadores de los Departamentos en estado de sitio para que, previa consulta de la cuantía al Ministerio de Justicia, ofrezcan recompensas en dinero a los particulares que entreguen a los delincuentes requeridos por la justicia, o faciliten su captura. Tales recompensas se pagarán con cargo al Tesoro Nacional.

Artículo 28. Toda persona que sea designada por la autoridad competente para auxiliar a la justicia en cuestiones técnicas, tendrá la obligación de prestar su concurso inmediato y gratuito. La renuencia a prestar el servicio acarrea las consecuencias a que se refiere el inciso 2º del artículo 257 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 30. Las personas que sean condenadas, de acuerdo con las normas de este Decreto, y por los delitos en él señalados o los conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena y libertad condicional, ni al perdón judicial, ni estarán cobijados por las rebajas de penas que se decreten en el futuro.

El Gobierno acondicionará a la mayor brevedad, y con todas las seguridades del caso, una isla marítima para que a ella puedan ser enviadas a cumplir su condena las personas que fueren sentenciadas a la pena de presidio o de prisión.

Artículo 32. El Gobierno hará los traslados presupuestales y apropiará las partidas que fueren necesarias para el cumplimiento de este Decreto, el cual rige a partir de la fecha de su expedición, y suspende todas las disposiciones legales que le sean contrarias.

II

TEXTOS INFRINGIDOS

La acusación afirma que los preceptos copiados violan "los artículos 22, 55, 58, 78, numeral 2º y 5º, numeral 2º, 80, numeral 2º, 121, Título XV, 183, 187, numeral 2º de la Constitución Nacional, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, éstos como desarrollo de aquéllos y los demás que aquí citamos y comentamos" se lee en la demanda.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que las disposiciones acusadas son exequibles, salvo el artículo 3º y los incisos b), c) y d) del artículo 10.

La Corte se ocupa por separado de la acusación referente a cada uno de los preceptos que son materia de la demanda.

III

A) FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

Según el artículo 1º del Decreto número 12, de 4 de junio de 1959, los Jueces de Instrucción Criminal, cuando actúen por comisión del Ministerio de Justicia en los Departamentos donde subsiste el estado de sitio, tienen competencia para instruír y fallar, en primera instancia, los procesos a que haya lugar por las infracciones enumeradas en el mismo texto.

Estas son, en síntesis, las razones en que la acusación basa la inconstitucionalidad de dicho precepto:

a) Que es cuestión fundamental de las instituciones del Estado, la forma como la Constitución organiza el poder público y dispone su ejercicio; que según el artículo 2º de la Carta, la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán como lo prescribe la misma Ley Fundamental; y agrega: "Para la paz o para la anormalidad, los poderes deben ejercerse en la forma establecida en la Constitución, en forma separada, aunque con colaboración armónica. Como lo dice Carlos Schmitt, 'característica del estado de derecho es que toda la actividad del Estado está repartida de modo exhaustivo en una suma de competencias claramente delimitadas en la ley', y este estado tiene que subsistir dentro del estado de sitio. Este no autoriza al Gobierno para eludir el sistema de controles inherentes a un Estado organizado".

b) Que el artículo 55 de la Constitución estatuye el principio de la separación de los poderes, que el decreto infringe. "No aceptamos —dice la demanda— que la separación de los poderes pueda impedir el regreso a la normalidad, o que el conocimiento de determinada materia, por una de ellas, pueda ocasionar el desorden público o imposibilitar al Presidente para restablecer el

orden. Menos aceptamos la alegación de que la continuación del delito se explica por estar en manos distintas del Presidente la facultad de castigarlo''.

''El Decreto acusado no tiene explicación alguna sobre su expedición. Los funcionarios de Instrucción deben reunir los mismos requisitos de los Jueces de Circuito. Luego de ellos puede esperarse apenas lo que puede esperarse de los otros, ya que la designación por el Gobierno no les da categoría especial ni facultades que no puede dar la ley a los jueces comunes. Lo esencial, pues, de la reforrma, si algo en realidad puede esperarse de ella, es el procedimiento más rápido y el Congreso pudo modificarlo''.

c) Que el artículo 157 de la Carta habla de los Jueces de Instrucción, cuya autoridad se circunscribe a investigar los delitos; el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal enumera los funcionarios de instrucción, entre los cuales figuran dichos jueces; el artículo 38 ibídem, dispone que éstos sean nombrados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, pero, la Ley 4ª de 1943 los puso bajo la dependencia del Ministerio de Gobierno, habiendo quedado luego bajo la del Despacho de Justicia, al ser creado éste, pero que no son ellos los Jueces de Instrucción de que habla el artículo 157 de la Carta; y concreta así esta parte de la impugnación: ''Al atribuír el Gobierno a sus jueces de instrucción la función de administrar justicia, está violando el artículo 58, puesto que sólo pueden administrar justicia la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. No vale argumentar que los jueces de instrucción fueron creados por la Ley 4ª de 1943, puesto que en ella no se les da la facultad de administrar justicia y será inconstitucional la ley que diera esa facultad a funcionarios dependientes de un Ministro, porque quebrantaría la separación de los poderes''.

B) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No se observa ni defiende la Constitución de la República con el respeto aparente del texto y desconocimiento intrínseco del espíritu institucional de la norma, sin que el acto alcance a justificarse por la nobleza de intención o la altura de los móviles.

En la paz se encuentra el supuesto necesario al desarrollo de la actividad común, pública y privada; y corresponde a lo que en principio acontece dentro de la nación jurídicamente organizada. O sea: que la paz equivale a la normalidad en la vida institucional de la República, y que entonces el ejercicio de la soberanía se manifiesta por la acción separada, no interferida pero armónica, de las tres Ramas del Poder Público: Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional. Así, no es concebible que persona o corporación alguna ejerza simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o la militar.

2. Cuando en caso de guerra exterior o de conmoción interior se declara por el Gobierno turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella, el régimen de derecho no hace quiebra. Apenas se acentúa en el Presidente la necesidad de cumplir su imperativo deber constitucional de ''conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado''. (7º, 120).

Por ello está capacitado el Presidente de la República para dictar ''decretos que tengan fuerza legislativa'', encaminados única y exclusivamente a restablecer cuanto antes el orden público, puesto que alcanzada esta finalidad determinante, dejan de regir tales decretos, como con énfasis notorio lo repite el constituyente. (8º, 118; 4º, 121).

3. Que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad, está obviamente prescrito en la Carta. Porque el Gobierno carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender ''las que sean incompatibles con el estado de sitio''.

Esta limitación es de importancia cardinal, puesto que ningún motivo diferente de la incompatibilidad de ciertas y determinadas normas legales con el estado de sitio puede invocarse legítimamente por el Gobierno para suspenderlas. No basta que puedan ser perfeccionadas o reemplazadas por otras mejores a juicio del Gobierno. Es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera pará el regreso a la normalidad.

4. Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del Gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, se dará en concreto la calamitosa situación excepcional a que sea aplicable el remedio heroico de que una

misma persona o corporación pueda ejercer "simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

Este es el verdadero significado y alcance del artículo 61 dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la nación colombiana como república democrática y representativa. Y puesto que el artículo 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la situación excepcional, angustiosa y extrema de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la Rama Jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no habría otro camino para el retorno a la normalidad.

En efecto: 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 esto 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 o 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 cualquiera 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.

5. No autoriza, pues, en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado la actividad 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.

Si así no sucede, si en concreto los jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta 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 estén en incapacidad actual de ejercerla.

Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

6. Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público.

Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con sólo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante *jueces competentes.*

No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política, con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

No cabría demostrar el imposible de que el ejercicio de la atribución constitucional de nombrar jueces por los Tribunales del Distrito Judicial sea en modo alguno contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que no estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

7. Por consiguiente: si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la Rama Jurisdiccional del Poder Público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los poderes públicos, aparte del artículo 26 en la garantía de defensa ante *juez competente,* en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959 que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia para "fallar en primera instancia", los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía, se conceden en el referido Decreto Legislativo a los *Jueces* de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de competencia privativa de los jueces verdaderos.

IV

ARTICULOS 2º Y 3º

A) FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

Atribuída en el artículo 1º a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia en los Departamentos aún en estado de sitio, la facultad de fallar en primera instancia los procesos allí determinados, el artículo 2º dispone que la instrucción y *fallo* se sujetan a las reglas contenidas en el mismo Decreto; y el 3º prescribe los trámites que en la primera instancia deben observarse.

Los demandantes motivan el cargo así:

"d) El artículo 76, numeral 2º da al Congreso la facultad de expedir códigos en todos los ramos de la legislación, y reformar sus disposiciones. El Decreto acusado viola esta disposición, puesto que modifica los Códigos de Procedimiento Civil y Penal. En estado de sitio el Gobierno puede suspender leyes, pero negamos que pueda suspender códigos. Aun aceptándolo, no lo faculta para reformarlos, ni puede ir hasta el extremo de atribuír en las reformas a sus propios funcionarios la jurisdicción que corresponde a otra de las Ramas del Poder.

"Tan importante consideró la Constituyente la materia relacionada con el ordinal 2º del artículo 76 que en su artículo 80 dispuso que las leyes sobre el particular no podrían ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas comisiones permanentes de una y otra Cámara. Sólo mediante esta tramitación tienen valor las leyes que expiden o reforman los Códigos y no puede aceptarse que, en virtud del estado de sitio, el Gobierno quede redimido de obligaciones que el constituyente impuso al Congreso, inclusive tratándose de su función fundamental que es expedir leyes".

B) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

8. El artículo 76, en su ordinal 2º, faculta al Congreso para "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones"; y el artículo 80 dispone que los Códigos no pueden ser dictados ni reformados sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones Permanentes de una y otra Cámara.

El Gobierno está incapacitado para expedir Códigos en ejercicio de las facultades del artículo 121, porque se trata por excelencia de leyes de orden general y permanente. Ni por su naturaleza sobresaliente ni por el presupuesto de tiempo para su normal vigencia quedan comprendidos los Códigos en el ámbito de las facultades de estado de sitio. (LXXXI -2202- 13).

Tampoco puede reformarlos, porque ello envuelve derogación parcial de carácter definitivo, e inconciliable por tanto con la transitoriedad de los mandatos que se dictan en uso de facultades de emergencia.

Pero sí está capacitado para suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta las leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de la medida como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público.

9. El señor Procurador General conceptúa que el artículo 3º es inconstitucional por quebranto del artículo 26 de la Carta, toda vez que suprime el auto de proceder. Dice en resumen de su razonamiento:

"El artículo 3º del Decreto dispone perentoriamente que vencido el término de instrucción del sumario (30 días) o perfeccionada ésta antes, se cierre la investigación, se pongan los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos y luego se dicte sentencia, viola los principios de derecho atrás consignados y, comoquiera que éstos aparecen principalmente expresados en el artículo 26 de la Constitución Nacional, aquella disposición es también contraria a dicha norma. Y lo es, vuelve a decirse, por cuanto, sin providencia de calificación que contenga cargos concretos no hay, no puede haber, juzgamiento, *juicio* —que presupone controversia— ni defensa. Y no existiendo juzgamiento o juicio la sentencia condenatoria se habría dictado sin los presupuestos esenciales que se requieren para su validez".

10. Para la Corte, cuando el artículo 26 de la Constitución estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas de cada juicio", reconoce y consagra en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero no señala las formas propias de cada juicio. Es normal el trámite plenario por su amplitud a través de numerosas etapas; pero extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que el acusado sea oído y vencido en juicio conforme a ley preexistente al acto que se imputa y por juez competente.

Y si en estado de sitio la celeridad procesal es claramente adecuada a reprimir la violencia como causa determinante de la perturbación del orden público, del propio modo que propicio a su imperio antisocial el retardo inherente a la mayor amplitud de defensa dentro de la normalidad, no hay duda de que el Gobierno está facultado de emergencia por el artículo 121 para abreviar los trámites y suspender, en consecuencia, las disposiciones en contrario dentro de los Departamentos donde rige el estado de asedio.

Ahora bien: conforme al sistema del Decreto número 12, el sindicado tiene audiencia dentro del informativo; el fallo de primera instancia debe concretarle los cargos con mayor precisión que si se tratara de auto de proceder; es oído en segunda instancia, y dentro del ámbito propio del recurso extraordinario es oído también en casación. De modo que si los trámites se aceleran, no por esta causa se sacrifica o lesiona el derecho de defensa que la Carta asegura a los hombres.

V

ARTICULOS 8º Y 10º

11. Considera la Corte que el artículo 8º no garantiza suficientemente el derecho de defensa, al disponer que el apoderado que designe el sumario, actuará desde la indagatoria "hasta la terminación del proceso", porque todo mandato —con mayor razón en el campo penal— es esencialmente revocable, y se ataría al procesado en forma indefinida al mandatario, aún en aquellos casos en que el poderdante le haya perdido la confianza, a causa de negligencia, procederes indebidos o dolosos o de otros motivos, con grave perjuicio, a no dudarlo, de los intereses de la defensa.

12. La Corte acoge la tesis del señor Procurador sobre inconstitucionalidad de los apartes b), c) y d) del artículo 10, que ordenan a los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, aplicar, en los asuntos de su competencia, las reglas del Decreto número 12.

No hay duda de que siendo este Decreto restrictivo y desfavorable en relación con las reglas del Código de Procedimiento Penal, sobre la misma materia, no puede aplicarse de preferencia en los procesos a que se contraen aquellos apartes, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 26 de la Carta, el cual, de acuerdo con la doctrina de la Corte, no puede ser suspendido en ningún tiempo.

Tampoco la hay en cuanto el mismo artículo 26 al hablar de "materia criminal", comprende tanto la ley penal sustantiva como la procedimental, en cuanto ésta se refiera a ciertas garantías individuales, como el derecho de defensa, sin que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, oscurezca este concepto, al preceptuar que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores", pues esta disposición no se refiere en verdad sino a las reglas precisamente relacionadas con la simple "sustanciación y ritualidad" de los procesos. (V. sentencia de la Corte de 13 de mayo de 1941. LI. 1970, 37).

En consecuencia, al disponer los apartes b), c) y d) del artículo 10, que en los territorios en estado de sitio, los Jueces Superiores, de Cir-

cuito y Municipales apliquen en los asuntos de su competencia, las disposiciones del Decreto número 12, que es ley restrictiva y desfavorable, comparada con la legislación penal procesal preexistente, en lo que atañe a los procesos iniciados antes, o iniciados después de entrar a regir el Decreto, pero en este caso por delitos cometidos con anterioridad, los citados incisos del artículo 10, violan el inciso segundo del artículo 26 de la Carta, según el cual, en materia criminal, la ley favorable, vigente cuando el delito fue cometido, rige el proceso, con la excepción concerniente a las reglas de mera "ritualidad o sustanciación", de que trata el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

VI

ARTICULOS 5º (Parágrafo), 6º, 7º, 14, 15, 16 Y 17.

A) FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

El parágrafo del artículo 5º dispone que el auto de detención es inapelable; el 6º, que no habrá lugar a excarcelación en los procesos a que se refiere el Decreto; el 7º, que no se pondrá en libertad a los detenidos si se sobresee temporalmente a su favor, sino cuando esta decisión sea confirmada por el Superior, caso en el cual, éste deberá designar el funcionario que perfeccione y falle el proceso definitivamente en primera instancia; el 14, que las peticiones de cesación del procedimiento no se podrán presentar sino dentro del término para alegar y antes de la sentencia de primera instancia; el 15, que no habrá careos, ni son apelables los autos que decreten o nieguen pruebas; el 16, que las apelaciones y consultas se surtirán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal; el 17, que contra las sentencias que dicten los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en la segunda instancia de estos procesos, hay lugar a recurso de casación ante la Corte Suprema; el 18, que el Ministerio Público será ejercido por los Personeros Municipales cuando no intervengan los Fiscales especiales creados por el Decreto número 328 de 1958; el 19, que los Agentes del Ministerio Público deberán concurrir a los Juzgados a enterarse de la marcha de los asuntos, notificarse de las providencias, pedir pruebas y alegar; el 20 y el 24 estatuyen normas sobre competencias y manera de dirimirlas, sin que haya lugar a suspender la investigación ni anular las actuaciones; el 21, que la acción de resarcimiento del daño causado por el delito, podrá ejercerse dentro del proceso, o por separado, a opción del ofendido; el 22, que no habrá sino dos causales de nulidad, incompetencia de jurisdicción o ilegitimidad de la personería del querellante, cuando se trate de asunto en que no pueda procederse de oficio; el 23, que en caso de acumulación de procesos, ésta se verificará antes de la sentencia de primer grado, y el auto que la ordene será inapelable; el 30 dispone que las personas condenadas según las normas del Decreto, no tendrán derecho a condena y libertad condicionales, ni a perdón judicial ni rebajas de penas que se decreten en lo futuro; y el 31, que el Gobierno deberá hacer los traslados presupuestales y las apropiaciones de las partidas necesarias para dar cumplimiento al Decreto.

En lo que se refiere a algunos de estos artículos los acusantes afirman que están en pugna con el artículo 26 de la Carta.

Respecto de otros se abstuvieron no sólo de motivar la impugnación sino también de invocar precepto alguno violado, y no pocos de ellos son francas garantías de los derechos del procesado, tales como los artículos 16, 17, 18, 19 y 21.

B) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

13. El grupo de disposiciones acusadas en este capítulo se refiere al procedimiento, a las facultades y derechos del procesado, en una palabra, a las formas, respecto de las cuales el artículo 121, como antes se vio, autoriza al Presidente de la República para suspender los preceptos legales incompatibles con la tarea restauradora de la paz, siempre que con ello no se quebrante el artículo 26 de la Carta. Repite ahora la Corte lo expuesto al examinar la acusación del artículo 3º, en lo atinente a la supresión del auto de proceder.

14. No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones del Decreto, comparadas con las del derecho procesal común, suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La Constitución lo consagra: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado las formas que componen cada uno de

los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en caso de emergencia al Gobierno, en uso de las facultades del artículo 121, y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados, la cancelación de tan elemental como básica garantía ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificultan la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, como la presente, cuyos rasgos característicos denotan escasa madurez política en la nación, en daño invaluable para la unidad de acción y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la de que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales Superiores en los procesos ventilados según el Decreto número 12.

En síntesis: las disposiciones del Decreto consideradas en este capítulo, proveen a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; alega tanto en la primera como en la segunda instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de éste la práctica de las pruebas que juzgue necesarias a la defensa, y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse, en verdad, que haya sido destituído de garantía constitucional quien puede servirse de estos medios para defender su libertad.

VII

ARTICULOS 11, 12 Y 13.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

15. Según estos preceptos quedan sometidas las infracciones que cometan los menores de diez y seis años en los Departamentos en estado de sitio, a los Jueces de Instrucción Criminal, a los Municipales, de Circuito y Superiores, en los términos y según las reglas del Decreto, pero sólo podrán condenar a la medida de seguridad consistente en reclusión en un reformatorio por lapso no inferior a dos años. Siguen los Jueces de Menores con la competencia ordinaria para conocer de los demás asuntos contemplados en la Ley 83 de 1946, así como de los procesos pendientes por infracciones penales con arreglo a las disposiciones de la misma Ley 83.

La demanda no motiva el cargo en lo tocante a estas normas, pero al respecto la Corte extiende la motivación expuesta sobre los artículos 1º, 2º y 3º, y en general toda la que antecede. Y puesto que el artículo 11 atribuye competencia de juzgamiento a los Jueces de Instrucción Criminal, que no son funcionarios judiciales, es en ello inexequible. Pero en lo que respecta a trámites o formas procesales no incide la censura, comoquiera que el derecho de defensa de los menores aparece debidamente garantizado.

VIII

ARTICULO 26.

A) FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

El artículo 26 faculta a las autoridades militares y de policía para capturar y poner a la disposición de las autoridades competentes, a las personas de que se tenga noticia que han cometido delitos, o que sean requeridas públicamente por la autoridad, o se hayan fugado estando legalmente detenidas, se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos y estupefacientes, o se encuentren en evidente estado antisocial.

Se acusa este artículo por violar el 23 de la Carta, ya que las atribuciones que confía a los funcionarios militares y de policía, no pueden cumplirse sino a virtud de mandato judicial y por motivos previamente definidos en las leyes.

B) CONSIDERACIONES DE LA CORTE

16. La demanda no acentúa el cargo en lo que respecta a la atribución para capturar a quienes sean requeridos públicamente por las autoridades, se hayan fugado estando legalmente detenidos, o se dediquen al comercio ilícito de armas, estupefacientes o explosivos.

Se concreta la acusación, por consiguiente, en cuanto el artículo 26 se refiere a la captura de las personas de quienes se tiene noticia que han cometido delitos, o se encuentran en evidente estado antisocial.

17. El artículo 23 de la Constitución prescribe que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competen-

te, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes''.

La Corte, de acuerdo con el señor Procurador, considera que el precepto acusado no se aparta del ordenamiento constitucional:

En primer lugar, éste no dispone que la orden sea impartida por autoridad judicial sino por ''autoridad competente''. La autoridad competente la señala en tiempo de paz el legislador ordinario, y en tiempo de anormalidad el Gobierno, puesto que como el artículo 23 de la Constitución no determina cuál es la autoridad competente, no quebranta el Ejecutivo el artículo citado cuando en ejercicio de las facultades del 121 estatuye que la autoridad militar y la de policía pueden detener a los particulares, a pesar de las disposiciones procedimentales y de policía que sean contrarias a tal señalamiento, las que por lo mismo quedan suspendidas.

En segundo lugar, el mandamiento —que ha de ser escrito— debe reunir los demás requisitos legales, esto es, los señalados en las leyes de procedimiento o de policía.

En tercer lugar, si los motivos deben hallarse definidos con antelación en las leyes, eso precisamente hace el artículo acusado, pues si la Carta no los define, ello concierne ante todo a la ley, y en caso de guerra exterior o conmoción interior, a los Decretos legislativos de acuerdo con el artículo 121, sin que sufra quebranto la inviolable disposición del artículo 23 de la Ley Fundamental.

IX

ARTICULO 27

A) FUNDAMENTO DE LA ACUSACION

Autoriza el artículo 27 del Decreto, a los Gobernadores de los Departamentos en estado de sitio, para que, previa consulta de la cuantía al Ministerio de Justicia, ofrezcan recompensas en dinero a los particulares que entreguen a los delincuentes requeridos por la autoridad, o faciliten su captura, debiendo pagarse tales recompensas con cargo al Tesoro Nacional.

Estima la demanda que este precepto viola el citado artículo 23 de la Carta, porque la captura se haría por los particulares, esto es, sin el lleno de los requisitos prescritos en dicho texto; el artículo 78, ordinal 5º, de la Constitución, que prohibe al Congreso decretar gratificaciones que no estén destinadas a satisfacer derechos reconocidos en ley preexistente; el artículo 30, en relación con el 183 de la misma obra, en cuanto los patrimonios departamentales gozan de las mismas garantías que las propiedades de los particulares; y el 189 ibídem, según el cual las Asambleas deben votar anualmente el Presupuesto de Rentas y Gastos del respectivo Departamento, de acuerdo con las normas que establezca la ley.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

18. No estima la Corte que el texto acusado se halle en pugna con los mencionados artículos de la Constitución.

El artículo 78, ordinal 5º, somete las gratificaciones a que alude, al requisito de hallarse reconocidas en la ley preexistente, la cual, en el presente caso, es el Decreto número 12, dictado en ejercicio de la potestad emanada del artículo 121, ya que no se trata de una norma constitucional de aquellas que, según la doctrina de la Corte, no puedan suspender su imperio en tiempos de turbación del orden público.

No sufren tampoco los artículos 30, 183 y 189 de la Carta, porque no se afecta el Tesoro de los Departamentos sino el Nacional, que menciona el citado ordinal 5º del artículo 78 ibídem.

Ni el artículo 23, por último, porque la disposición acusada se refiere a los delincuentes requeridos por la justicia, esto es, contra quienes las autoridades competentes, incluídas las mencionadas en el artículo 26 del Decreto, hayan dictado auto de detención u ordenado su aprehensión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

19. El Gobierno, en vista de la urgentísima necesidad en que la Nación se halla de terminar esta dolorosa etapa de violencia, ha considerado conveniente que la entrega de los delincuentes o la facilitación de su captura, cause una retribución pecuniaria, apenas equitativa, dados los obvios peligros que esa tarea comporta, sin que por ello deje de tener cabal vigencia la facultad del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el alcance del artículo 23 de la Carta, en relación con el 384 del citado Código, la Corte en pleno, expuso en sentencia de 25 de octubre de 1960:

''Es cierto que el artículo 23 de la Carta dispone que 'nadie podrá ser molestado en su persona o familia, *ni reducido a prisión o arresto, ni detenido* ... sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las forma-

lidades legales y por motivo previamente definido en las leyes'. Pero una cosa es reducir a prisión o arresto a una persona, o disponer su detención, y algo distinto realizar su *captura*. Aquéllas exigen un acto jurisdiccional. En cambio, la *captura* es el mero acto físico de aprehensión, la cual deberá cumplir cualquiera, cuando se trata del delincuente cogido *in flagranti*, o del que su 'captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente'.

"Si el delincuente cogido *in flagranti*, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Nacional, 'puede ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona', es evidente que también lo puede ser aquel 'malhechor cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente', pues en este segundo caso la formalidad legal a que alude la Carta, consiste, precisamente, en ese requerimiento público de la autoridad, para que esa captura se cumpla. Y en este evento, es lógico que precede a tal requerimiento el acto jurisdiccional que ordena, o la detención preventiva o la prisión o el arresto de la persona o personas cuya aprehensión pide la autoridad competente" (XCIII-2230-2231-637).

Determinado así el alcance del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, en sus nexos con el 23 de la Carta, es evidente que el artículo 27 del Decreto guarda armonía con la norma constitucional.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la jurisdicción constitucional de que está investida por el artículo 214 de la Carta Fundamental de la Nación,

Declara:

Primero. Son *inexequibles* por inconstitucionales, los artículos 1º, 2º, 3º, 11 y 24 del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, en cuanto atribuyen competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, a saber:

a) El artículo 1º en la expresión "... y fallar en primera instancia..."

b) El artículo 2º en las palabras "... y fallo..."

c) En el artículo 3º el vocablo "Juez" en cuanto signifique Juez de Instrucción Criminal comisionado por el Ministerio de Justicia.

d) El artículo 11 en las palabras "... de Instrucción Criminal..." y "... a que se refiere este Decreto..." y

e) El artículo 24 en la expresión "... para conocer de los Jueces de Instrucción Criminal a que se refiere este Decreto, sobre la de los Jueces Superiores de Circuito y Municipales; la..."

Segundo. Son *inexequibles* por inconstitucionales en el mismo Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, el artículo 8º en la expresión "... y con él se actuará hasta la terminación del proceso"; el artículo 10 en cuanto dice: "... cuando no se hayan encomendado por comisión especial a los Jueces de Instrucción Criminal en los términos del presente Decreto, ..." y los incisos b) y c), como también el d) en cuanto se trate de procesos originados en hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

Tercero. Son *exequibles* en todo lo demás, los relacionados artículos 1º, 2º, 3º, 8º, 10, 11 y 24, lo mismo que son *exequibles* en su integridad el parágrafo del artículo 5º y los artículos 6º, 7º, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959.

Publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponde, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

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

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados doctores Ramiro Araújo Grau, José J. Gómez R., Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez y Luis Carlos Zambrano.

El presente salvamento versa sobre la declaración de inexequibilidad del artículo 1º del Decreto Legislativo número 12 de junio de 1959, contenida en la sentencia. Lo que de aquél se predique en las consideraciones que en seguida se exponen, debe estimarse aplicable a las demás normas que por su incidencia en dicho artículo quedan cobijadas por la resolución mayoritaria de la Corte.

La inconstitucionalidad de los artículos 8º y 10, incisos b), c) y d) del nombrado estatuto, sostenida en el proyecto primitivo elaborado por el Magistrado a quien por reparto correspondió el asunto, fue votada unánimemente.

La citada disposición del Decreto, confiere competencia a los Jueces de Instrucción Criminal para conocer en primera instancia, por comisión del Ministerio de Justicia, de los delitos que ella enumera, cometidos en territorio de los Departamentos que aún se encuentran en estado de sitio. Su contenido lleva forzosamente al estudio del artículo 61 de la Constitución Nacional, inexplicablemente olvidado por la acusación. La sentencia, como era de rigor, lo examina, pero lo hace para darle al ordenamiento una inteligencia extraña a su recto y cabal entendimiento. La comparación entre las razones que motivan el salvamento, y las que sustentan la sentencia, permitirá apreciar si la anterior afirmación resulta valedera.

Para la debida comprensión de la materia a que el Decreto se refiere, interesa conocer el texto del artículo 61 de la Carta, que a la letra dice: "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

La sentencia no desconoce el anterior precepto ni lo habría podido desconocer sin borrarlo de la Ley Fundamental. Tampoco discute la excepción que fluye lógicamente de sus términos, esto es, que en tiempo de anormalidad sí puede una persona o corporación ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar. Pero, al valorar los hechos, los considera insuficientes para generar constitucionalmente la medida consagrada en el artículo 1º del Decreto en referencia.

I

1. En nuestro Derecho Público no se controvierte el sentido del artículo 61 de la Carta, que en verdad es una excepción al principio de la separación de los poderes, sólo aplicable en tiempo de turbación del orden público y por circunstancias de suma gravedad.

La fórmula de este precepto es la misma que figuró como artículo 59 en el primitivo proyecto de Constitución Nacional aprobado en 1886; no aparece con antecedentes en la historia de dicho texto, y no obstante las diversas reformas constitucionales que se han sucedido en el curso de los años, no se ha intentado siquiera modificarlo, sin duda por haber sido considerado como instrumento de extremo valor en épocas excepcionales de emergencia, en las cuales el Gobierno debe hacer frente a múltiples escollos imprevistos, perturbadores del sosiego público.

Los tratadistas de Derecho Constitucional Colombiano han sostenido uniformemente la presencia en el artículo 61, de una clara excepción al principio de la separación de los poderes, que sigue orientando la vida de los pueblos democráticos. Así, don José María Samper ("Derecho Público Interno de Colombia" tomo II, página 115, 1ª edición 1886); el doctor Tulio Enrique Tascón ("Derecho Constitucional Colombiano" página 133, 2ª edición); el doctor Francisco de Paula Pérez ("Derecho Constitucional Colombiano" tomo II, página 22, edición de la Biblioteca de Autores Colombianos), y el doctor Alvaro Copete Lizarralde ("Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano", página 211, edición 1957).

2. Es, precisamente, el artículo 61 de la Carta, una de las disposiciones que citan los fallos de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de abril 19 de 1955 (LXXX 2153-4) y junio 28 de 1956 (LXXXIII 2169-31), al hacer referencia a las normas constitucionales que "por declaración

expresa del Estatuto rigen para tiempo de paz, y limitan por tanto, la acción del legislativo, pero que pueden afectarse en tiempo de guerra o anormalidad, por los decretos legislativos del Gobierno". La primera de dichas sentencias reza que "se pueden ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial y la militar (artículo 61)" y agrega que "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 73); suspender la libertad de prensa (artículo 42); prohibir la circulación de impresos por los correos (artículo 38); *ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar* (artículo 61)". (Subrayamos nosotros).

De manera que en la jurisprudencia como en la doctrina de los autores, el texto aludido viene figurando entre aquellos que en situaciones de emergencia facultan al Gobierno para hacer uso de ciertas medidas de carácter extraordinario, como la de congregar en unos mismos empleados públicos la autoridad civil y la jurisdiccional.

3. En estado de sitio se ha aplicado el artículo 61 de la Carta, como es de público conocimiento, en cuanto a la reunión en manos de la autoridad militar, la autoridad política o civil, una de las dos hipótesis que la previsión establece. La medida, en los casos numerosos en que ha tenido ejecución, ha sido considerada como instrumento adecuado para el restablecimiento del orden, e ignoramos que haya merecido censuras del Organo Legislativo o de tratadistas de nuestro derecho público. Sólo ahora, por primera vez, tiene ocurrencia la segunda hipótesis de la norma, esto es, la asunción por la autoridad política o civil de la función judicial. No alcanzamos a comprender que un mismo precepto se libre de la crítica, cuando una de sus reglas tiene aplicación y que sea reprobado cuando las circunstancias de hecho reclaman el imperio de la otra. Inspiradas ambas en la misma finalidad —la restauración de la paz— no pueden recibir tratamiento distinto sin agravio de la lógica.

II

4. Debe saberse, ante todo, en qué forma el Gobierno revestido de la potestad extraordinaria del artículo 121, llevó a la práctica la excepción que para tiempos de emergencia prevé el artículo 61 de la Carta.

El artículo 1º del Decreto número 12 circunscribe la facultad falladora de los Jueces de Instrucción, así:

a) A las infracciones taxativamente mencionadas en la disposición, sin duda las más frecuentes en los territorios devastados por la violencia y de las cuales depende precisamente tan deplorable situación. En consecuencia, los otros delitos están por fuera de la posibilidad de que su conocimiento, en la primera instancia, sea encomendada a dichos Jueces.

b) Los Jueces de Instrucción no podrán conocer de tales infracciones, sino por comisión que el Gobierno les confiera, de acuerdo con las circunstancias, en el momento oportuno, de forma que pueda lograrse una investigación eficaz en el menor tiempo posible y la impunidad no contribuya a mantener tan alarmante estado de cosas. Por donde aparece la función falladora de que se trata, como medida complementaria de la justicia común, ya que aparte de no referirse a toda especie de infracciones, sólo se ejerce en los sitios y en las oportunidades que el Gobierno señale en mira a los apremios de la misma violencia.

c) Se limita a la primera instancia; de suerte que en los casos en que les corresponda actuar, esta función en nada afecta la segunda instancia de los mismos procesos, ni el recurso de casación, que continúan ventilándose conforme al derecho común, ante los Tribunales Superiores y la Corte Suprema.

III

5. Conviene observar que el artículo 1º del Decreto no despoja a los Jueces comunes de su función judicial ni elimina la Rama Jurisdiccional en los Departamentos en estado de sitio, como sí lo estima la sentencia a juzgar por algunas de sus apreciaciones.

Autoriza el artículo 61 de la Carta para que la autoridad ejecutiva asuma la función judicial en los dos grados y aun en los recursos extraordinarios, respecto de los delitos que relaciona el artículo 1º del Decreto. Sin embargo, lleva éste a la práctica con mesura la facultad establecida en la norma constitucional, pues se limita a atribuír a los Jueces de Instrucción una tarea complementaria limitada al primer grado, plenamente justificada dentro de una época excepcional, sin par en la historia del país.

IV

6. Para el control que corresponde a esta corporación, de acuerdo con el artículo 214 de la Carta, las sentencias de 28 de junio de 1956 (LXXXIII, 2169, 21) y 5 de agosto de 1958 (LXXXVIII, 2199. 2200. 485), adoptan el criterio de la conexidad entre las medidas o disposiciones del Decreto de emergencia y el fin único de restaurar la paz, de modo que si el nexo es evidente, el Decreto es exequible, o inexequible en caso contrario; y exequible, además, si es dudosa la relación, ya que el Presidente, por ser responsable directo del mantenimiento del orden público, es quien puede conocer mejor las circunstancias de hecho generadoras de las fórmulas de emergencia.

De manera que ante todo hay que tratar de la conexidad entre la medida adoptada por el Decreto y el restablecimiento del orden público, ya que, partiendo de la base del artículo 61 de la Carta, que permite la concurrencia de la autoridad civil y la judicial en unos mismos funcionarios, es indispensable saber si la conexidad de que hablan las sentencias arriba citadas, existe ahora, ya que en caso afirmativo, el Decreto sería constitucional.

7. Las sentencias mencionadas de 28 de junio de 1956 y 5 de agosto de 1958 plantean la tesis de la conexidad que deben guardar las medidas con el restablecimiento del orden con apoyo en algunas consideraciones relativas al deber primordial del Presidente de la Nación de conservar el orden público, y a la misión de la Corte, de cooperar con la Rama Ejecutiva en dicha tarea básica. Y es que la conexidad es la esencia del ejercicio del artículo 121.

Por la conexidad entre la medida y la restauración del orden, se justifica el uso de la potestad extraordinaria; por la conexidad las medidas deben ser transitorias, ya que la recuperación de la paz no las permite permanentes; por la *conexidad* se suspenden las leyes contrarias a ese objetivo de volver a la paz, pero no se derogan porque la derogación es fenómeno de carácter *perpetuo* y el estado de sitio es *provisorio;* por la *conexidad* fenecen los decretos al ser éste levantado, ya que entonces carecen de finalidad; y por lo mismo, el Presidente y sus Ministros deben responder ante el Congreso por las medidas inconexas que hubiesen tomado durante el estado de emergencia.

Ahora bien: consagrada la excepción del artículo 61, ¿hay duda acaso acerca de la conexidad entre el acto de revestir de funciones judiciales a los Jueces de Instrucción, para conocer durante el estado de sitio, en primera instancia, de unos delitos, en los casos en que para ello sean comisionados, en vista de las manifestaciones y el giro de la violencia?

La afirmativa no admite duda. La *conexidad* es cosa de hecho, porque resulta de relacionar la medida con la necesidad de restablecer el orden, y para esto es menester conocer el desorden, los hechos en que consiste, su alcance e intensidad, porque sólo conociendo el mal se puede prescribir el remedio.

8. Hay medidas que en sí llevan la conexidad, la relación de necesidad con la restauración del orden. Otras pueden o no tenerla, v. gr. un empréstito, cuya inversión admite diversos objetos. Mas, el investir a algunas autoridades civiles, de competencia para conocer de determinadas infracciones, en primer grado, cuando en el territorio había Jueces comunes, está denunciando que los hechos eran tan graves que fue indispensable recurrir a la excepción consagrada en el artículo 61. Y en realidad, jamás pudieron ser más graves, como es de conocimiento público, al punto de que el Gobierno —conocedor directo de ellos— estimó necesario apelar a tan extremo recurso para contribuír a restablecer la tranquilidad en aquellas regiones ya devastadas y en peligro de arruinarse más aún en el número y en la moral de sus gentes y en la capacidad productiva de sus tierras; que las autoridades judiciales, por idóneas que fuesen —que lo son en verdad— no alcanzaban a investigar y fallar rápidamente los numerosísimos ilícitos que a todo instante se cometían, por lo cual había que atribuír a funcionarios de instrucción no vinculados a una determinada competencia territorial, facultad para juzgar en primera instancia, ciertos delitos y en determinados casos, y no por el afán de arrebatar a los Jueces ordinarios su competencia, o de sustituír un órgano jurisdiccional por otro órgano jurisdiccional, quizá menos competente y tal vez más costoso; ni por mero ensayo dictatorial de un Gobierno respetuoso de las instituciones. Esta medida no admite interpretaciones diversas ni sentidos o finalidades que no se encaminen a demostrar que la aplicación del artículo 61, con apoyo en el 121, no podía obedecer sino a una imperativa, ineludible e inmensa necesidad de restablecer el orden perturbado en aquellos Departamentos de manera jamás conocida en la Nación.

No puede, en consecuencia, ponerse en duda la relación de conexidad con el estado de sitio,

entre el restablecimiento del orden público y la disposición del artículo 1º del Decreto.

9. El fallo dice:

"Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del Gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, se dará en concreto la calamitosa situación excepcional a que sea aplicable el remedio heroico de que una misma persona o corporación pueda ejercer 'simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar'.

"Este es el verdadero significado y alcance del artículo 61 dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la Nación colombiana como República democrática y representativa. Y puesto que el artículo 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el Constituyente contempla allí nada más que la situación excepcional, angustiosa y extrema de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la Rama Jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no habría otro camino para el retorno a la normalidad.

"En efecto: 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 esto 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 o 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 cualquiera de sus grados o jerarquías.

"..... .....

"No autoriza pues en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado de actividad 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.

"Si así no sucede, ni en concreto los Jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los Jueces, mientras la turbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla".

10. Se sigue de lo transcrito —síntesis de la tesis de la sentencia—:

a) Que puede haber casos en que sea necesario acumular las dos autoridades civil y judicial, de acuerdo con el artículo 61 de la Carta;

b) Que no basta la declaración de estado de sitio para poder hacer uso de la excepción que comporta el artículo 61 del mismo texto, y

c) Que si a pesar de la turbación del orden público pueden funcionar las autoridades jurisdiccionales, no hay razón para que la autoridad civil asuma la administración de justicia en cualquiera de sus grados o jerarquías.

11. A) Ciertamente no basta —y jamás afirmaríamos lo contrario— la declaración de turbación del orden público, para que el Ejecutivo pueda hacer uso del instrumento del artículo 61. Mas, no es este el caso de ahora, porque al lado de aquella declaración han concurrido circunstancias de hecho de notoriedad pública, nunca vividas en otros tiempos, suficientes para justificar el artículo 1º del Decreto. No podrían jamás parangonarse los hechos que en épocas pasadas dieron lugar a la referida declaración, con estos de ahora, por vez primera presenciados y sufridos en suelo colombiano.

B) De acuerdo con la sentencia, no es posible la aplicación del artículo 61 del Estatuto, mientras puedan funcionar y estén funcionando las autoridades jurisdiccionales.

El supuesto de la sentencia pertenece a la quimera, de difícil ocurrencia en el mundo de los hechos.

En efecto, si la autoridad judicial no puede funcionar, la consecuencia que de allí se desprende es la de que, en la zona afectada por el estado de sitio, tampoco está en capacidad de actuar ninguna otra autoridad del Estado, distinta de la militar.

Se trata entonces de un fenómeno de imposibilidad física. En cuanto a la justicia se refiere,

la paralización del Organo Jurisdiccional por la causa anotada es hecho que la doctrina procesal denomina *suspensión* y lo registra como crisis del procedimiento.

En el curso de los debates se hizo mérito de las leyes francesas de 1791 y 1878, reglamentarias del estado de sitio. Habla la primera de plazas y puestos militares en estado de paz, y de plazas y puestos militares en estado de guerra. En las primeras actúan los funcionarios civiles y judiciales; en las segundas toda la autoridad de aquéllos pasa al comandante militar, el cual la ejerce bajo su responsabilidad personal.

Algunos autores distinguen entre Ley Marcial y Estado de Sitio. Según ellos en el primer sistema hay suspensión del imperio del derecho; en el segundo, se suprimen determinados derechos individuales, como los relativos a la libertad de palabra y de reunión, y al juzgamiento ante tribunal ordinario.

La diferencia entre los dos sistemas, dice Carl J. Fiedrich, citado por Carlos Sánchez Viamonte (''Ley Marcial y Estado de Sitio en el Derecho Argentino'', página XVII), se encuentra en su origen histórico, porque la ley marcial corresponde al régimen inglés del *common law* y el estado de sitio de la legislación francesa, al derecho romano. ''El concepto de ley marcial sólo es comprensible en función del imperio del derecho (rule of law), al que reemplaza. Allí donde se considera este imperio como médula del sistema jurídico, porque él garantiza una estabilidad calculable de las relaciones jurídicas, una situación extraordinaria (emergency) es esencialmente un estado de cosas que amenaza la continuidad del mantenimiento de ese imperio del derecho. La prueba más decisiva de tal perturbación estriba en el hecho de que están cerrados los Tribunales y no pueden continuar desempeñando sus funciones. La Corte Suprema norteamericana ha considerado que ésta es la condición indispensable para la aplicación de la ley marcial''.

La ley marcial del régimen inglés y el estado de sitio del sistema francés, aunque tienen consecuencias distintas, en el terreno de la realidad no se distinguen; se caracterizan por la ocurrencia de un mismo hecho, a saber: asedio de una plaza por el enemigo que la ataca para apoderarse de ella.

En nuestro derecho público (artículo 121 de la Carta) la declaración relativa a la perturbación del orden público conlleva el uso de las facultades aceptadas por el Derecho de Gentes. No hace, pues, separación alguna entre *ley marcial* y *estado de sitio*. Para que se produzca *el estado de sitio* no es indispensable que las zonas del territorio nacional afectadas por él se hallen aisladas del resto del país, sometidas a la acción bélica del enemigo. Dicho estado se produce con independencia de tal circunstancia de excepcional gravedad.

La sentencia no admite la aplicación del artículo 61 de la Carta sino en el caso extremo de que el Organo Judicial no pueda actuar, esto es, concibe el estado de sitio en forma idéntica al que la institución tiene en Inglaterra y Francia.

No se presta el artículo 121 de la Constitución Nacional para ver en él un estado de sitio igual al de los dos países citados, ni da pie el artículo 61 para pensar que su aplicación requiere la presencia de hechos que impidan la acción de toda autoridad pública distinta de la militar. Recurrir a sistemas foráneos para acomodar a ellos situaciones previstas y reglamentadas por la ley fundamental de modo distinto, no es criterio de interpretación aceptable en doctrina y jurisprudencia.

C) El artículo 61 —dice la sentencia— modifica el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, por lo cual ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la situación excepcional de que en los hechos no pueda funcionar la Rama Jurisdiccional.

Resalta la inconsistencia del argumento. El artículo 121 afecta también el principio sobre separación de poderes en lo concerniente al Organo Legislativo, pues el constituyente autoriza que atribuciones de aquél pasen al Ejecutivo en calidad de legislador extraordinario. Sin embargo, durante el estado de sitio, si éste obedece a guerra exterior, el Gobierno debe convocar al Congreso para que se reúna, pudiendo hacerlo por derecho propio si aquél no lo convoca. Más aún: según la última reforma constitucional de 1960 (A. L. número 1º), declarado el estado de sitio, tenga por causa la guerra exterior o la conmoción interior, el Congreso debe permanecer reunido por todo el tiempo que ese estado se mantenga.

La separación de funciones entre los tres Organos del Poder Público no admite el deslinde que de ellas hace la sentencia, pues la norma que la consagra (artículo 55 de la Carta), dice bien claro que no obstante la separación, los tres Organos ''colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado''.

Fin esencial del Estado es la conservación de la paz. Todos los demás, cualquiera que sea su

importancia, se subordinan a ese bien supremo. Alterada la paz, la totalidad de los derechos civiles y las garantías sociales que los tutelan corren el peligro de naufragar en el desorden.

El Estatuto Supremo (artículo 120-7º) confía al Presidente de la República, cabeza de la Rama Ejecutiva, el encargo de conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. Para obtener ese fin, el citado artículo 55 impone a los otros dos Organos un deber de colaboración. El que corresponde al Organo Judicial no es automático como el que presta el Legislativo. El de éste se produce como consecuencia de la declaración de estado de sitio; el de aquél cuando es requerido para que se pronuncie sobre la exequibilidad de decretos legislativos expedidos por el Gobierno en uso de las facultades del artículo 121. Llega entonces el momento para que la Corte, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, preste la cooperación que le exige el artículo 55.

El Decreto acusado, en su artículo 1º confía a funcionarios del Organo Ejecutivo atribuciones que ordinariamente corresponden al Judicial. Es la hipótesis del artículo 61 de la Carta.

La Corte no tiene facultad para juzgar la conveniencia y utilidad de la medida y, por consiguiente, para dictaminar si en las zonas afectadas por la violencia basta la actuación de los Jueces comunes, sin necesidad de apelar a recursos como los que establece el Decreto número 12. Su actividad al respecto se reduce a investigar si la providencia oficial tiene o no relación con la turbación del orden público y, además, si es o no congruente con el fin que se propone.

Sobre el particular debemos decir que en ningún caso como el que contempla el Decreto es tan evidente la relación de causalidad entre la medida del Decreto y el restablecimiento del orden público. Su objetivo es reprimir la violencia en las zonas afectadas por el estado de sitio.

No se debe perder de vista que al Gobierno corresponde la tutela del orden público, obligación que exige el uso de los poderes necesarios para restablecerlo cuando se altere. Por tanto, quien tiene tan elevado encargo, debe disponer de los medios adecuados para su cumplimiento. El constituyente no ha colocado al Ejecutivo en el dilema de violar la Constitución o dejar que la Nación perezca. En cuanto a las relaciones entre el Organo Ejecutivo y el Judicial, previó la colisión entre los dos y la resolvió decidiendo que el segundo debía permitir la ingerencia del primero, en beneficio de la paz. La legitimidad del Decreto acusado, en su artículo 1º, no descansa en simples suposiciones, sino en norma expresa de la Ley Fundamental.

Si en estado de sitio no es posible que confluyan en manos del Ejecutivo atribuciones que en época de paz corresponden a la Rama Judicial, el artículo 61 de aquélla no podría tener jamás aplicación. La posición de la norma en la Carta no es insular, desconectada de los demás preceptos que la integran, de manera especial los relacionados con el estado de sitio. El ordenamiento es normativo de una situación de emergencia, destinado a operar dentro de ella. Por tanto, no sería lógico privarlo de efectos cuando esa situación se presenta y no lo puede desconocer la Corte en ejercicio de la jurisdicción constitucional sin faltar a sus deberes.

D) Si la sentencia afirma que "es necesario, además, que objetivamente los Jueces no puedan cumplir su función primordial de administrar justicia", para poder apelar al artículo 61, preguntamos: ¿cumplir parcialmente esa función primordial, es cumplirla como es debido? Porque el servicio de dispensar la justicia, más que cualquiera otro, debe ser cabal, pleno, en relación con todos los casos que lo demandan, como en la sustancia y la oportunidad de sus decisiones, máxime si ese servicio está ligado, como en la situación confrontada por el Decreto, a la restauración de la paz.

Cuando esa falta de cumplimiento cabal ocurre en la vida ordinaria, en tiempos de sosiego público, es cosa siempre sensible; pero, es aberrante cuando sucede en épocas de anormalidad, y ésta tiene su origen precisamente en una delincuencia vandálica, que no respeta nada; que lleva la sevicia a extremos infamantes; que mide sus fuerzas con las del Ejército y la Policía; que domina regiones enteras, en donde logra organizarse; que asalta, incendia, extermina familias sin miramiento alguno por los niños, mujeres y ancianos; entonces, no puede decirse que el Organo Judicial administra justicia como lo demanda este altísimo servicio, abarcando íntegramente el conocimiento de los innúmeros crímenes, investigándolos con premura en los propios sitios de su perpetración, de modo que la labor de la Rama Jurisdiccional sea una contribución efectiva a la magna tarea de restablecer la paz en aquellas comarcas.

Para actuar con la rapidez que la gravedad de los hechos exige, la jurisdicción ordinaria no resultaba eficaz, a juicio del Gobierno, al menos en la fase de conocimiento en primera instancia.

¿Puede decirse, por tanto, que objetivamente los Jueces comunes cumplían allí plenamente su función primordial de administrar justicia? No. Y por ello fue indispensable que el Ejecutivo

complementase su tarea, distribuyendo a los Jueces de Instrucción parte de ella, a fin de contribuír, en el campo de la Rama Jurisdiccional, a la realización de la justicia y la restauración de la paz.

E) No vale argüir —como lo afirma la sentencia— que con un decreto que hubiese creado más plazas de Jueces y ordenado nombrarlos a los Tribunales, habría podido obtenerse el mismo resultado. Sin duda ello habría sido constitucional, con apoyo en el artículo 121, simplemente; como es constitucional el artículo 1º del Decreto, con fundamento en el 61. Pero, de dos recursos igualmente constitucionales, ¿cuál es el inexequible?

En una palabra, si hay conexidad entre las circunstancias de hecho, entre la necesidad de restablecer el orden público y la medida, y ya se ha visto que la hay evidente; y si, además, la Corte permite que en épocas de turbación del orden público puede investirse a los funcionarios civiles, de potesdad judicial, el decreto que confiere atribuciones jurisdiccionales a determinadas autoridades civiles, para conocer en primera instancia de ciertas infracciones —las de más ocurrencia en las zonas afectadas— y en los casos que sea menester a juicio del Gobierno, según los requerimientos de la violencia, no hay duda de que está dentro de la Constitución.

El Magistrado doctor José J. Gómez R., a quien le fue repartida la demanda de inconstitucionalidad del Decreto número 12 de 4 de junio de 1959, presentó a la consideración de la honorable Corte en Pleno, el proyecto de sentencia que la corporación, después de numerosas sesiones, negó por mayoría, en lo que respecta al artículo 1º, texto fundamental del Decreto, habiendo correspondido la redacción del nuevo proyecto al honorable Magistrado, doctor José Hernández Arbeláez, el que fue adoptado luégo por la expresada mayoría.

Bogotá, 4 de agosto de 1961.

Ramiro Araújo Grau, José J. Gómez R., Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez, Luis Carlos Zambrano.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. EFREN OSEJO PEÑA

Para cumplir con el deber impuesto por el artículo 16 y el numeral 7º del artículo 120, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 121, en armonía con el 61, todos de la Constitución, el Gobierno dictó el Decreto número 12 de 4 de junio de 1959, por medio del cual invistió de competencia a los Jueces de Instrucción Criminal para dictar sentencia de primer grado, en los delitos enumerados en los once numerales del artículo 1º del mismo Decreto, según el procedimiento sumario allí indicado, que sería aplicado también, en su caso, por los Jueces de Circuito en lo Penal y por los Superiores, en los Departamentos en estado de sitio, como consecuencia de la violencia aún imperante en extensas zonas de sus respectivos territorios.

Varios ciudadanos, en ejercicio de la acción conferida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, demandaron ante la Corte numerosos artículos del Decreto antes mencionado, solicitud que la mayoría de la Corte acepta en parte, o sea, en cuanto inviste a los Jueces de Instrucción Criminal de la facultad de dictar sentencias de primer grado en aquellos delitos, como también en cuanto atañe al procedimiento sumario que deban observar los Jueces comunes.

Por no compartir los puntos de vista de la mayoría, me permito salvar mi voto por las razones que expongo a continuación en la forma más breve posible.

I—*Consecuencias de la declaración de estado de sitio.*

Desde que el Presidente, con las formalidades prescritas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, declara en estado de sitio toda la República o parte de ella, adquiere la competencia suficiente para dictar decretos legislativos con la doble finalidad de suspender las disposiciones legales incompatibles con el estado de sitio y de legislar sobre las materias necesarias para el restablecimiento del orden público, pues sus facultades no pueden considerarse puramente negativas, como suspender leyes, sino que debe

dictar los ordenamientos necesarios para llenar a cabalidad con los deberes que le competen, previstos en los artículos 16, 120, 121, etc. de la Carta.

Si por la declaración del estado de sitio, total o parcial, el Presidente se halla investido de facultades legislativas, el artículo 55 de la Constitución Nacional, sobre separación de las Ramas del Poder Público, deja de operar en toda su intensidad, en cuanto la Ejecutiva adquiere o asume funciones legislativas, como así lo reconoce u ordena el numeral 8º del artículo 118 de la Carta, pues allí se lee: "Corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso: 8º Dictar, en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121, decretos que tengan fuerza legislativa, que dejarán de regir al restablecimiento del orden público".

Si el artículo 55 de la Constitución Nacional *ipso jure,* resulta afectado por la declaración de estado de sitio, otras disposiciones de la Carta, por lo menos en potencia, están sujetas a una posible suspensión, cuando así lo impongan las circunstancias de hecho, discrecionalmente valoradas o apreciadas por el Gobierno, responsable del restablecimiento del orden público perturbado, sin necesidad de la generosa, pero inadecuada colaboración de la Corte Suprema, bajo el pretexto de cumplir la misión conferida por el artículo 214 de la Constitución Nacional, que no le da competencia para subrogarse en las facultades propias y exclusivas del Ejecutivo, menos aún en el caso de juzgar lá exequibilidad de los decretos legislativos, dictados en función del artículo 121 para hacer frente a una situación anormal (artículo 20 de la Constitución Nacional).

Entre las disposiciones constitucionales que, indirectamente, resultan afectadas por la declaración de estado de sitio, además de otras, pueden mencionarse las siguientes: 30, en relación con el 33 ibídem; 38, 42, 43, 46, 55, etc.; pero aún más, el Gobierno, en ejercicio de la atribución legislativa que adquiere en el caso del artículo 121 de la Constitución Nacional tiene facultades de las cuales carece aun el mismo Congreso, como se deduce del último inciso del artículo 205 y del artículo 206 de la Carta.

El artículo 42, por ejemplo, predica que la prensa es libre en tiempo de paz; en consecuencia, el Gobierno, declarado el estado de sitio y cuando las circunstancias de hecho así lo impongan, puede restringir, reglamentar y limitar este derecho; pero esta decisión no puede estar sujeta, en cuanto a los elementos de hecho, a posterior revisión de autoridad alguna, porque los actos de gobierno son funciones privativas del Ejecutivo.

El Gobierno, en armonía con el inciso 1º del artículo 58 de la Constitución Nacional y, en especial, del artículo 61 ibídem, si así lo exigen las circunstancias de hecho apreciadas por él, no por la Corte, puede confiar la administración de justicia a funcionarios administrativos; porque el Gobierno investido de facultades legislativas, según el artículo 121 puede dictar decretos con fuerza de leyes (numeral 8º, art. 118 ib.); y por tanto, si resuelve establecer Jueces de Instrucción con competencia funcional para dictar sentencias de primer grado, habría que considerarlos como Juzgados establecidos por la ley para administrar justicia, según el inciso 1º del artículo 58 citado.

Por otra parte, el artículo 61 de la Constitució Nacional para dar completa eficacia al artículo 55 ibídem, *en tiempos normales o de paz,* prohibió la acumulación en una misma persona de "autoridad política o civil y la judicial o militar"; pero esta prohibición no fue absoluta, sino simplemente relativa, porque expresamente se refiere a los tiempos normales o de paz; de manera que cuando este supuesto no se cumple, y, por el contrario, toda la República o parte de ella está en estado de sitio, deja de operar la dicha prohibición, con el fin de dejar al prudente criterio del Gobierno, de acuerdo con las exigencias de los acontecimientos, acumular estas autoridades en una misma persona, para lograr en forma más efectiva y pronta el restablecimiento del orden público, primordial deber del Ejecutivo.

Por tanto, el artículo 61 citado no puede interpretarse con el estrecho criterio exegético, para considerar que establece una regla y una excepción, sino simplemente como un juicio de relación, según el cual, cumplido un supuesto, la normalidad o paz, opera la prohibición; en caso contrario, si la República o parte de ella está en estado de sitio, deja de tener aplicación porque le falta el supuesto o condición determinante; y dejará de operar cuando así lo estime conveniente el Gobierno, en vista de los sucesos de orden público.

Determinar, en fin, qué leyes son incompatibles con el estado de sitio, presupone el conocimiento exacto de la situación de hecho, la cual a su vez impone al Gobierno el ejercer su facultad discrecional, con el objeto de procurar el restablecimiento del orden público perturbado.

II—*Interpretación del artículo 214 de la Constitución Nacional.*

La Corte Suprema, en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, solamente puede decidir sobre los puntos de puro derecho, en cuanto las normas acusadas violen directamente algún precepto constitucional, sin que le sea lícito considerar elementos de hecho, sujetos a la facultad discrecional del Congreso o del Ejecutivo en su caso.

El control jurisdiccional de las leyes, de los decretos extraordinarios o de los decretos legislativos, según los preceptos de la Constitución, se lleva a efecto por acusación promovida por cualquier ciudadano (artículo 214), o bien, en cada caso particular, por preferencia de las normas constitucionales sobre las de la ley que fueren incompatibles con aquélla, a juicio del juzgador que conoce del respectivo pleito.

En el primer caso, la jurisdicción es privativa de la Corte Suprema de Justicia, que en tales casos pronuncia una sentencia *erga omnes*, con valor absoluto, mediante el procedimiento previsto en la Ley 96 de 1936. En el segundo, la declaración solamente tiene valor relativo, porque simplemente se deja de aplicar la ley o decreto calificados de inconstitucionales en el caso concreto y dentro del juicio en el cual se ha invocado la excepción de inexequibilidad del precepto.

Cuando la Corte Suprema conoce de un juicio sobre inexequibilidad de una ley o decreto, para decidir la cuestión, solamente le es lícito considerar los puntos de derecho, no los de hecho, por las siguientes razones:

a) Decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de una norma, contenida en una ley o decreto, corresponde a los poderes discrecionales del Congreso o del Ejecutivo, que no pueden estar sujetos a juzgamiento desde que se trata de poderes que no están ni pueden estar regulados.

Si una ley dictada por el Congreso, no puede ser declarada inconstitucional por inconveniente, la misma razón existe para que se decida lo propio respecto de un decreto extraordinario o legislativo.

b) Si cada Rama del Poder Público debe actuar dentro de su competencia, las cuestiones de hecho sobre conveniencia o inconveniencia o respecto de incompatibilidades, le está confiada a quien tiene la atribución de expedir la correspondiente norma o acto, sin que le sea lícito a la Rama Jurisdiccional declarar una inexequibilidad por razones de inconveniencia, o porque existen otros medios mejores, o porque los medios propuestos o decretados se prestan a posibles abusos, pues si procede en otra forma, si emite juicio o juzga sobre tales elementos, invade ajenas atribuciones y viola los preceptos constitucionales que fijan la competencia de cada Rama.

c) Los anteriores conceptos cobran especial importancia si se tiene en cuenta que la Ley 96 de 1936, en cuanto fija el procedimiento para el ejercicio de la acción pública del artículo 214 de la Constitución Nacional, no señaló un término para aducir pruebas, necesario e indispensable para establecer o demostrar los hechos conducentes, porque según la técnica probatoria, el juez no puede dar por ciertos sino los acreditados en forma eficiente en el proceso, sin que el personal conocimiento de ellos pueda servir de fundamento al fallo, conocimiento que cambiaría de un juez a otro, aun dentro de un mismo cuerpo colegiado, según la información personal de que disponga cada uno.

d) Los artículos 86 y siguientes de la Constitución Nacional reglamentan el veto del Gobierno a los proyectos de ley del Congreso, los cuales puede objetar por inconvenientes o por motivos de inconstitucionalidad; en el primer caso, la colisión de apreciaciones se resuelve en favor del Congreso, según lo previsto en el artículo 88; pero si el veto tiene por fundamento la inexequibilidad, el artículo 90 en armonía con el artículo 214 de la Carta, deja la resolución del problema, como punto de derecho, al fallo de la Corte, que no podría entrar a decidir sobre cuestiones de hecho sujetas al poder discrecional de las otras dos Ramas del Poder Público; y lo que ocurre en este caso, por las mismas razones, sucede en los demás enumerados en el artículo 214.

III—*Testimonio de autoridad.*

El control jurisdicional de las leyes por motivos constitucionales, nació de la jurisprudencia o doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, que llegó a la conclusión de que, en caso de incompatibilidad entre la Constitución federal con alguna ley general o particular de algún Estado, debían aplicarse de preferencia los preceptos de aquélla, en el caso particular sometido a juicio, porque allá no existe una norma semejante al artículo 214 de la Constitución Nacional.

No obstante la diferencia anotada, como se verá a continuación, las doctrinas de la Suprema Corte estadinense, ratifican los principios expuestos antes.

"Si alguien —dice la nota de presentación del editor— se halla especialmente autorizado para hablar de la Suprema Corte de los Estados Unidos, pieza fundamental en el delicado mecanismo constitucional de la gran democracia del norte, es Charles Evans Hughes, el anciano jurista norteamericano que la presidió desde 1930 a 1941".

Con esta somera información paso a copiar algunos apartes de su obra denominada "La Suprema Corte de Estados Unidos", con prólogo del mejicano Antonio Carrillo Flórez y traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero.

Como remate del aparte titulado "Introducción. Fundamentos", el autor deduce cuatro principios que confirma con la cita de los casos resueltos.

"Primero. Desde el comienzo, la Corte se limitó a su tarea judicial de resolver pleitos reales. Esta era la intención constitucional que establecía expresamente que la Corte conocería de *casos* y *controversias*..." (pág. 46).

Este principio de la jurisprudencia americana tiene aplicación en cuanto se trata de invocar el artículo 214 de nuestra Carta, o sea, la inconstitucionalidad del precepto por vía de excepción en un proceso.

"Segundo. Un segundo principio es el de que la Corte no debe entender de cuestiones que sean consideradas como de naturaleza puramente política y no judicial..." (pág. 49).

"Tercero. La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre validez constitucional de la legislación, a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas. La Corte considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad. Como corolario, si la ley es susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales elude el planteamiento de una cuestión constitucional dudosa, en tanto que otra obliga a plantearla, la Corte se pronunciará por la primera de ellas..." (pág. 51).

"Cuarto. Otro principio establecido es el que la Suprema Corte no se ocupa de revisar cuestiones de política legislativa. Nos encontramos aquí con uno de los supuestos optimistas que hacen practicable nuestro sistema de Gobierno. Los Tribunales consideran que, en su esfera, el legislativo se halla en posesión de todos los conocimientos útiles, y es el depositario de la sabiduría. Mientras actúa dentro de los límites del poder legislativo, los hechos del proceso legislativo no son objeto de consideración judicial.

"Cuando la Corte se enfrenta con el problema de si un acto legislativo es arbitrario y rebasa los límites de la razón que se considera implícita en la concepción fundamental del debido proceso jurídico, o de la igual protección de las leyes, puede ser difícil trazar la línea divisoria entre lo que se considera como completamente irrazonable y lo que se estime imprudente. Es indudablemente cierto que aquellos hombres que poseen la convicción arraigada de que la legislación es imprudente fácilmente pueden pasar a sostener que la ley es enteramente irrazonable. Pero la distinción existe, sin embargo, y el juez escrupuloso la tiene siempre en cuenta. El juez reconoce que antes de traspasar los límites constitucionales existe un amplio margen de discreción legislativa, lo que le obliga a no permitir que le dominen sus opiniones acerca del ejercicio adecuado de esa discreción. El juez trabaja con un espíritu objetivo. Si se arguyera que es imposible lograr un dominio de sí mismo de tal magnitud y que las apreciaciones políticas y económicas han de influír incluso en el juez más escrupuloso, reflejándose en la sentencia, aunque sea de modo inconsciente, se puede contestar diciendo que los jueces están sosteniendo continuamente la validez de ciertas leyes que, de ser legisladores, condenarían según todas las probabilidades..." (pág. 53).

Luego agrega: "El corolario de este principio es que la Corte no inquiere los motivos del Congreso o del poder legislativo del Estado. Como dijo el Magistrado Brandeis al exponer la opinión de la Suprema Corte que sostuvo la validez de la ley de prohibición de bebidas alcohólicas en tiempo de guerra: 'Ningún principio de nuestra Constitución está tan firmemente establecido como el de que, al resolver sobre la validez de una ley, esta Corte no puede inquirir los motivos tenidos en cuenta por el Congreso para dictarla' ..." (pág. 53).

"Se podría afirmar con razón sobrada 'que un gobierno investido de tan amplios poderes, de cuyo debido ejercicio dependen de modo vital la felicidad y la prosperidad de la Nación, tiene también que estar investido de medios amplios para su ejecución'. A un gobierno que tiene el

derecho de hacer una ley y al que se ha impuesto la tarea de llevarla a cabo debe permitírsele seleccionar los medios para ello de acuerdo con los dictados de la razón; la Constitución no dejaba 'al razonamiento general' el derecho del Congreso a emplear los medios necesarios. Autorizó al Congreso para hacer todas las leyes que fueran necesarias y apropiadas para el ejercicio de los poderes que le están expresamente concedidos. El Magistrado Presidente estimaba que la palabra 'necesariamente' no implicaba 'una necesidad física absoluta'. Esta palabra no quería decir, con frecuencia, sino lo 'conveniente, útil o esencial para otro'; y después de muchos ejemplos, el Presidente llegaba a formular su principio fundamental: 'Si el fin es legítimo y está en el ámbito de la Constitución, todos los medios que sean apropiados o que se adapten evidentemente a ese fin, que no estén prohibidos, sino que concuerden con la letra y con el espíritu de la Constitución, serán constitucionales...' '' (págs. 102-103).

''También se sostuvo la constitucionalidad de lo hecho por el Congreso al tomar posesión y control de las líneas telegráficas y telefónicas, y la Suprema Corte decidió que tanto la cuestión de si el ejercicio del poder conferido al Presidente por el Congreso en la resolución conjunta de 16 de julio de 1918 estaba justificado por las condiciones de aquella época, como la de si había actuado por motivos adecuados, eran cuestiones relativas a los poderes discrecionales del Ejecutivo y su conocimiento no correspondía a los Tribunales...'' (pág. 108).

Según los apartes transcritos, para decidir sobre la constitucionalidad de una norma, a la Corte le está vedado inmiscuirse en la consideración de los móviles o motivos que determinaron al Congreso o al Ejecutivo, en el caso del artículo 121 de la Constitución Nacional, para dictarla, porque la apreciación de hechos está reservada a quien tiene competencia para expedirla, como ocurre con la conveniencia o inconveniencia, compatibilidad o incompatibilidad y la conexidad o inconexidad de la norma expedida, máxime si se trata de resolver problemas de una situación anormal, cuando parte del territorio nacional está sometido al estado de sitio o ley marcial.

Pueden expedirse decretos legislativos notoriamente convenientes y conexos para el restablecimiento del orden público y, sin embargo, ser manifiestamente inconstitucionales, como si ahora, para reprimir los atroces y reiterados genocidios, el Gobierno dictara un decreto por medio del cual estableciera la pena de muerte para estos horrendos delitos, que no carecen de objetividad o realidad.

Y es que la inconstitucionalidad de una norma no surge del juicio o confrontación con los hechos, sino con los preceptos escritos de la Constitución, que el juzgador no puede deformar ni derogar o modificar mediante el establecimiento de condiciones o supuestos no exigidos o no previstos por el Constituyente.

Para la cabal y exacta aplicación del artículo 61 de la Constitución Nacional basta que esté vigente el estado de sitio en la región en donde se aplicará el Decreto acusado, porque, declarado el estado de sitio, *ipso jure* desaparece la prohibición relativa allí contenida, sin que sea menester invocar incompatibilidad con determinada norma, pues el Gobierno, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Carta, no está obligado a una labor puramente negativa, como la de suspender leyes incompatibles, sino que, por propia iniciativa, puede dictar las medidas que, a su juicio, contribuyan a restablecer el orden público perturbado por el bandolerismo, por ejemplo, investir a los Jueces de Instrucción de la facultad de fallar en primera instancia los procesos descritos en el artículo 1º del Decreto número 12.

IV—*Motivación de las opiniones mayoritarias.*

Si a la Corte le está permitido, según el artículo 214 de la Carta, indagar e investigar los motivos de hecho que determinaron la expedición del Decreto número 12, en esta hipótesis, no tengo inconveniente alguno en suscribir el brillante salvamento de voto de mis ilustrados colegas que disienten de la opinión de los señores Magistrados mayoritarios, cuyos aparentes argumentos contestan con maciza lógica y con elevado espíritu jurídico; sin embargo, no parece del todo impertinente hacer mención de algunos conceptos de la exposición de la mayoría, que no encuentro claros.

Así, por ejemplo, sostiene que el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Carta, solamente puede suspender las leyes, para lo cual ''es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por el nexo de causalidad eficiente, con ciertas y terminantes leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad'', según textuales palabras del fallo, las cuales forman el argumento capital de toda la exposición de la mayoría.

Si la ley, por esencia, es ''rationis ordinatio, ad bonum commune, ab eo qui curam communi-

tatis habet, promulgata", no se comprende cómo pueda llegar a ser por "relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente", "el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad" según se lee en el párrafo copiado; y tampoco puede admitirse que el constituyente presuma o suponga al legislador tan poco responsable de sus actos, como para expedir leyes que atentan, como causa eficiente, contra el orden público.

Si la tesis de la mayoría fuera exacta o admisible, es claro que los actuales actos de violencia, o más exactamente, los numerosos y repetidos genocidios, no tienen como causa eficiente, inmediata y directa, ninguna ley, menos todavía las que regulan la actual organización judicial; sin embargo, otra cosa es que se hayan llegado a ser inoperantes e ineficaces para la pronta y oportuna sanción de los genocidas, deficiencias que el Gobierno, con fundamento en los artículos 61 y 121 de la Constitución Nacional ha querido enmendar o corregir, mediante el decreto acusado.

Además, tampoco es exacto que el artículo 121, tomado en su integridad, sin parcelarlo, solamente conceda facultad al Gobierno para suspender las leyes, pues, declarado el estado de sitio, "el Gobierno tendrá además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones".

"Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros", que el numeral 8º del artículo 118 ratifica o confirma.

"El Gobierno —continúa el inciso 3º del artículo 121— no puede derogar las leyes por medio de los decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio".

Si se estudia en su conjunto el artículo 121, en armonía con el numeral 8º del artículo 118, se llega a la lógica conclusión de que el Gobierno, en ejercicio de las facultades de estado de sitio, tiene estas atribuciones:

a) Dictar decretos con fuerza legislativa, sobre materias que estime convenientes o necesarias para el restablecimiento del orden público, por ejemplo el decreto acusado.

b) Suspender las leyes que, a su juicio, resulten incompatibles *"con el estado de sitio"*, aun cuando no sean la causa eficiente, directa e inmediata de la turbación del orden público.

Por tanto, no es exacta la gratuita afirmación contenida en el concepto mayoritario de que las atribuciones del Gobierno, en ejercicio de las facultades del artículo 121, se reduce a la modesta tarea de suspender las leyes incompatibles, facultad puramente ilusoria, porque, a la postre, será la Corte la llamada a decidir sobre esta cuestión de hecho, como lo confirma la suerte corrida por el Decreto acusado.

Afortunados los sindicados de tan horrendos genocidios que, a modo de "un derecho adquirido", han hallado eficaz amparo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, a la vez que sus víctimas en vano claman por la vigencia del artículo 16 del mismo Código, que impone a las autoridades, inclusive a la Corte, el deber de protéger su derecho natural a la vida, siquiera con medidas tan modestas como las tomadas en el frustrado Decreto número 12 de 1959, no tanto como una gracia o merced o por mera nobleza, sino con fundamento en un derecho inalienable.

V—*Mayoría aparente.*

El Decreto legislativo número 3519 de 1949 dispuso que se requerían las tres cuartas partes de los votos de la Sala Plena de la Corte, para declarar la inexequibilidad de los decretos legislativos acusados por motivos de inconstitucionalidad; y en consecuencia, suspendió el artículo 50 del Código Judicial, en cuanto allí exige solamente la mayoría absoluta para la aprobación de la parte resolutiva y simplemente la relativa para la motiva.

En providencia de fecha 15 de julio del año en curso, la Corte en Sala Plena y en forma unánime, aceptó la vigencia del Decreto citado, en virtud de las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960; por tanto, mientras no se declare inexequible de conformidad con el artículo 214 de la Carta, previo el procedimiento de la Ley 96 de 1936, la mayoría allí exigida para la declaración de inexequibilidad resulta del todo obligatoria para la Corte, que no puede declararlo inconstitucional de plano, sin juicio previo como acción o como excepción, menos aún para que la irregular decisión produzca efectos reglamentarios u objetivos, según así lo expuse, por escrito, al referirme al informe presentado sobre esta festinada materia.

En consecuencia, para declarar la inexequibilidad de las disposiciones acusadas se requieren, como mínimo, quince votos y no solamente once, que resultan insuficientes para una válida sentencia.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

ACLARACION DE SENTENCIAS. JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA CORTE. MAYORIA REQUERIDA PARA DECIDIR

Aplicación del artículo 50 del Código Judicial al dictar la sentencia que decidió sobre la demanda de inexequibilidad formulada contra el Decreto 12 de 1959. Decretos extraordinarios elevados a la categoría de normas legales por virtud de la Ley 2ª de 1958. Sustracción de materia para resolver sobre demandas de inexequibilidad de tales Decretos. Sentencia inhibitoria y no de mérito la que decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad del Decreto 3519 de 1949, limitativo de la jurisdicción constitucional de la Corte. Por sussustracción de materia no prospera la aclaración pedida.

Sobre la solicitud de aclaración formulada por el señor Procurador General con ocasión de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte con fecha 24 de julio de 1961, por medio de la cual fueron declarados inexequibles algunos artículos del Decreto extraordinario número 12 de 1959 y constitucionales otras normas del mismo Decreto, se considera:

No por implícito es menos claro el entendimiento de que la Corte, por el voto de las diez y nueve ventiavas partes de los miembros que la integran aplicó el artículo 50 del Código Judicial vigente cuando fue adoptada por mayoría absoluta la referida sentencia.

Aparece apenas la opinión de uno de los Magistrados en el sentido de que fuese necesaria la mayoría de tres cuartas partes para aprobar el fallo en mención. Y es ostensible que ningún camino, menos aún si es indirecto o circunstancial, puede ser de recibo para trocar la mayoría de las diecinueve ventiavas en minoría frente al voto disidente, incapaz en absoluto de darle viabilidad al recurso de aclaración que el artículo 482 del Código Judicial establece para los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. Primeramente, porque como lo reconoce el señor Procurador, no es dable señalar concepto o frase alguna que en el referido fallo ofrezca razonablemente verdadero motivo de duda. Y en segundo término, porque como las sentencias ejecutoriadas deben cumplirse, tales frases o conceptos dudosos han de figurar en la resolución por cumplir que no en la parte motiva del fallo.

Por mayoría de doce Magistrados sobre veinte, la Corte decidió el 11 de agosto de 1959 (XCI. 2215-2216. 357) que la Ley 2ª de 1958 había elevado a la categoría de normas legales el contenido de los decretos legislativos dictados por varios Gobiernos a partir del 9 de noviembre de 1949 con invocación del artículo 121 de la Carta. De donde por virtud de esa cláusula general se produjo de plano sustracción de materia para las demandas de inexequibilidad de los dichos decretos legislativos en su carácter de tales, o sea con abstracción de la Ley 2ª de 1958 y sus continuadoras 105 de 1959 y 79 de 1960.

Es entonces de palmar evidencia que la sustracción de materia declarada por la Corte el 15 de julio de 1961 con respecto al Decreto legislativo 3519 de 1949, no es otra cosa que providencia inhibitoria. Lo cual justa y sencillamente significa ausencia de pronunciamiento de mérito sobre el fondo mismo de la vigencia o insubsistencia, constitucionalidad o inexequibilidad de aquella medida del Gobierno, limitativa de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia frente a los decretos de estado de sitio y por medio de uno de esos mismos decretos de carácter legislativo.

No se planteó en la demanda contra el Decreto legislativo 12 de 1959 cuestión alguna sobre la

vigencia o validez del Decreto legislativo 3519 de 1949, y el recurso de aclaración de la sentencia no es vía idónea para convertirlo en objeto acumulado del pronunciamiento. No es demanda en debida forma como presupuesto necesario de la acción de inexequibilidad.

Pero así como es manifiesto el propósito del Gobierno de hacer ejecutar las sentencias judiciales como concreta expresión de la Carta Fundamental y leyes de la República en los casos particulares que fueron la sujeta materia del juzgamiento, es igualmente manifiesto en la Corte el obedecimiento a la Constitución y leyes nacionales, del mismo modo que la aplicación del artículo 50 del Código Judicial por mayoría no de las tres cuartas partes sino de las diecinueve ventiavas partes de sus miembros integrantes de la corporación.

A todas luces no es el caso del recurso de aclaración. Pero los motivos expuestos parecerían conducentes a disipar la inquietud a que alude el señor Procurador General. En consecuencia, por sustracción de materia, no procede la aclaración solicitada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, veintitrés (23) de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Sobre la solicitud de aclaración formulada por el señor Procurador General,

Se considera:

1. No por implícito es menos claro el entendimiento de que la Corte, por el voto de las diecinueve veintiavas partes de los miembros que la integran aplicó el artículo 50 del Código Judicial vigente cuando fue adoptada por mayoría absoluta la sentencia que antecede. Es obvio por demás que de otra manera no habría sido publicada.

Aparece apenas la opinión del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el sentido de que fuese necesaria la mayoría de tres cuartas partes para aprobar el fallo en mención. Y es ostensible que ningún camino, menos aún si es indirecto o circunstancial, puede ser de recibo para trocar la mayoría de las diecinueve veinteavas en minoría frente al voto disidente del Magistrado doctor Osejo Peña, incapaz en absoluto de darle viabilidad al recurso de aclaración que el artículo 482 del Código Judicial establece para *los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.* Primeramente, porque como lo reconoce el señor Procurador, no es dable señalar concepto o frase alguna que en el referido fallo ofrezca razonablemente verdadero motivo de duda. Y en segundo término, porque como las sentencias ejecutoriadas deben cumplirse, tales frases o conceptos dudosos han de figurar en la resolución por cumplir, que no en la parte motiva del fallo.

2. Por mayoría de *doce* Magistrados sobre *veinte,* la Corte decidió el 11 de agosto de 1959 (XCI, 2215-2216. 357) que la Ley 2ª de 1958 había elevado a la categoría de normas legales el contenido de los Decretos legislativos dictados por varios Gobiernos a partir del 9 de noviembre de 1949 con invocación del artículo 121 de la Carta. De donde por virtud de esa cláusula general se produjo *de plano* sustracción de materia para las demandas de inexequibilidad de los dichos Decretos legislativos en su carácter de tales, o sea con abstracción de la Ley 2ª de 1958 y sus continuadoras 105 de 1959 y 79 de 1960.

Es entonces de palmar evidencia que la sustracción de materia declarada por la Corte el 15 de julio de 1961 con respecto al Decreto legislativo 3519 de 1949, bajo ponencia del propio Magistrado doctor Osejo Peña, no es otra cosa que providencia inhibitoria. Lo cual justa y sencillamente significa ausencia de pronunciamiento de mérito sobre el fondo mismo de la vigencia o insubsistencia, constitucionalidad o inexequibilidad de aquella medida del Gobierno, limitativa de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia frente a los decretos de estado de sitio y por medio de uno de esos mismos decretos de carácter legislativo.

3. No se planteó en la demanda contra el Decreto legislativo 12 de 1959 cuestión alguna sobre la vigencia o validez del Decreto legislativo 3519 de 1949, y el recurso de aclaración de la sentencia no es vía idónea para convertirlo en objeto acumulado del pronunciamiento. No es demanda en debida forma como presupuesto necesario de la acción de inexequibilidad.

Pero así como es manifiesto el propósito del Gobierno de hacer ejecutar las sentencias judiciales como concreta expresión de la Carta Fundamental y leyes de la República en los casos particulares que fueron la sujeta materia del juzgamiento, es del mismo modo manifiesto en la Corte el obedecimiento a la Constitución y leyes nacionales, del mismo modo que la aplicación del artículo 50 del Código Judicial por mayoría no

de las tres cuartas sino de las diecinueve veintiavas partes de los miembros integrantes de la corporación.

4. A todas luces no es el caso del recurso de aclaración. Pero los motivos expuestos parecerían conducentes a disipar la inquietud a que alude el señor Procurador General.

En consecuencia: por sustracción de materia no procede la aclaración solicitada.

Publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponde, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. EFREN OSEJO PEÑA

I—*Prelación de normas legales.* Personas debidamente informadas sobre estas materias podrán decir si la providencia precedente, en la forma y en el fondo, está a tono con la seriedad y jerarquía de la Corte Suprema, como también si da satisfactoria respuesta a la comedida demanda de aclaración que, a petición del Gobierno, presentó el señor Procurador General de la Nación, con el fin de establecer cuáles son las disposiciones constitucionales que violan las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960 en cuanto exigen, mediante el prohijamiento del Decreto número 3519 de 1949, las tres cuartas partes de los votos de la Sala Plena de la Corte, para la declaración de inexequibilidad de los decretos legislativos acusados por motivos de inconstitucionalidad; y por qué da especial prelación al artículo 50 del Código Judicial, que tiene igual categoría, como norma legal, a la de las citadas Leyes, las cuales, como disposiciones relativas "a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general", según lo enseña el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 57 de 1887; y en caso de incompatibilidad, como posteriores, deben prevalecer sobre el memorado artículo 50 del Código Judicial, pues, conforme al artículo 2º de la Ley 153 de 1887: "la ley posterior prevalece sobre la anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior".

II—*Decretos legislativos elevados a categoría de leyes.* Según la sentencia de fecha 11 de agosto de 1959, proferida en un juicio adelantado en forma regular, para decidir sobre la exequibilidad de la Ley 2ª de 1958, la Sala Plena de la Corte, por mayoría de votos, decidió que los decretos legislativos no regían como tales, sino en su nueva categoría de normas legales, como se dice en este aparte del fallo mencionado:

"No es de recibo la alegación del demandante sobre que las disposiciones que siendo inconstitucionales en su origen por haberse dictado fuera de los límites del inciso 1º del artículo 121 continúan siéndolo, y la ley que las elevara a leyes sería opuesta a la Constitución, porque de acuerdo con el pensamiento de la Corte la vigencia de los decretos no fue extendida después del restablecimiento del orden público, sino que su contenido quedó incorporado por referencia al texto de la Ley 2ª de 1958, y el Congreso no puede incidir en desviación del artículo 121 de la Ley de Leyes. Desde luego, si los decretos legislativos pueden incurrir en otras infracciones a la Carta, como han desaparecido en tal carácter es claro que no podrían en la práctica ser objeto de juicio de inexequibilidad por carencia de materia, que la produjo el Congreso al incluír su contenido en una ley, así como se habría configurado respecto a cualquier ley por su derogatoria o en relación con decretos legislativos al restablecerse el orden público. Mas debe advertirse que si cualesquiera de los preceptos de tales decretos atenta contra normas constitucionales diversas al artículo 121, ya como parte integrante de la Ley 2ª de 1958 puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución, sin que en el momento

actual la Corte deba investigar todas y cada una de dichas normas a fin de descubrir su posible inconstitucionalidad, pues la Ley 96 de 1936 establece, como ya se dijo, que la Corte debe proceder al examen correspondiente no solo por el aspecto que señala el acusador ni en relación con las disposiciones de la Carta por aquél señaladas, mas no dispone que la acción de inexequibilidad comprenda los artículos de la ley que no han sido acusados" (G. J. Tomo XCI, págs. 360 a 361).

Según el aparte transcrito, se deducen, con fuerza de verdad legal o de cosa juzgada, las siguientes conclusiones:

a) Los decretos legislativos adquirieron la categoría de leyes regulares expedidas por el Congreso;

b) En el supuesto de que alguno de los decretos legislativos se hubiese proferido con "desviación del artículo 121 de la Ley de Leyes", tal vicio no incide en la nueva norma expedida por el Congreso con fundamento, no en el artículo 121, sino en el 76 de la Carta;

c) Si algún decreto legislativo se ha dictado con violación de otra disposición constitucional, distinta a la del memorado artículo 121, la ley no lo redime o sanea del vicio, sino que "puede ser demandado con apoyo en el artículo 214 de la Constitución".

III—*Las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960 no violan ningún precepto constitucional sobre mayorías.* Ni el artículo 214, ni el 215, ni ninguno otro de la Constitución regula o señala la mayoría necesaria para la declaración de inexequibilidad de los decretos legislativos; por tanto, no existe fundamento alguno para calificar como violatorias de la Carta las leyes que elevaron a tal categoría el Decreto legislativo número 3519 de 1949, porque hasta su expedición sólo por analogía se aplicaba el principio consagrado por el artículo 50 del Código Judicial, que no tiene la calidad de precepto constitucional, sino que se dictó como norma válida en los juicios civiles entre particulares, regulados por el Código de Procedimiento Civil.

En los cuerpos colegiados, como la Corte y los Tribunales, la manifestación de voluntad resulta de la suma de las opiniones individuales, por regla general; pero como en forma excepcional ocurren puntos de vista distintos, opiniones encontradas e interpretaciones opuestas, para salvar la dificultad, la ley determina las mayorías necesarias para dar eficacia y valor a una determinada suma de opiniones o declaración de voluntad, como la mayoría absoluta, la relativa, las dos terceras partes, etc.; pero que siempre resulta como un cercenamiento del respectivo cuerpo colegiado, porque en lugar de ser todos los que deciden, lo hace la mitad más uno, las dos terceras partes, etc.

Por tanto, cuando la Constitución confía a la Corte Suprema su guarda e integridad, no entiende conferirle tal atribución a la mayoría absoluta, sino a la totalidad de los Magistrados que la integran; pero por excepción, para salvar dificultades con los votos disidentes, le atribuye eficacia a una mayoría, que la Constitución no ha determinado y, por esto, se aplicaba por analogía el artículo 50 del Código Judicial, norma legal ahora parcialmente subrogada por las leyes citadas que, por una parte, legislan sobre un punto no definido por la Constitución; y por otra, tienden a buscar la mayor suma de opiniones para mejor acierto en decisiones tan importantes.

Tampoco debe suponerse que la Corte solamente llena su misión de guardar la Constitución cuando declara inexequible una norma acusada, sino que también la cumple cuando, por el contrario, hace la declaración de exequibilidad del decreto o ley infundadamente acusados; y que una declaración u otra se tome por mayoría absoluta o por las dos terceras partes, etc., en nada modifica ni le resta competencia a la Corte para conocer de los negocios a ella atribuídos por la Carta.

Tampoco puede considerarse que la mayoría absoluta, la mitad más uno, constituye una regla general dentro de los preceptos de la Carta, pues varias de sus disposiciones, como el inciso último del artículo 88, señalan o exigen una mayoría especial; y así, en la disposición citada, se lee: "... las decisiones en la Comisión o en la Cámara respectiva deberán ser adoptadas por las dos terceras partes de los votos de los miembros que componen una y otra".

Aún más, según el artículo 3º del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, en las corporaciones públicas de elección popular, "la mayoría para todos los efectos legales, será de los dos tercios de los votos..."; por tanto, la exigencia de mayorías especiales para casos importantes no es ajena a los preceptos constitucionales vigentes, que descartan como regla general la simple mayoría absoluta.

IV—*Aplicabilidad del artículo 215 de la Carta.* Según lo expuesto, las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960 no violan ni directa ni indirectamente ningún precepto constitucional; pero si así fuera, para declarar la inexequibilidad de tales preceptos habría que ocurrir a lo dispuesto en

el artículo 214 en armonía con la Ley 96 de 1936, como lo advierte la sentencia de 11 de agosto de 1959; sin embargo, si se quiere hacer uso de la facultad contenida en el artículo 215, o sea, si la inconstitucionalidad de la norma se invoca como excepción, se requiere la existencia del respectivo juicio, para que la declaración tenga valor relativo dentro del dicho proceso, porque, según el artículo 17 del Código Civil "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria". . . .

En el juicio promovido sobre la inexequibilidad del Decreto 12 de 1959 ni directa ni indirectamente estaban en tela de juicio las memoradas Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960; de ahí la duda surgida al Gobierno y expuesta por el señor Procurador General de la Nación ante la Corte, bajo sus diversos aspectos jurídicos, no como una mera operación aritmética.

Por lo demás, me refiero a lo expuesto sobre esta materia en el acta de la sesión número 30 de la Corte Plena de fecha 13 de julio de este año, en la cual se aprobó la providencia de 15 de dicho mes respecto de la acusación directa contra el Decreto número 3519 de 1949, que no procedía decidir en el fondo, según lo resuelto en la sentencia de 11 de agosto de 1959 y de acuerdo con lo expuesto antes.

En conclusión, por hallarse vigente aún la Ley 79 de 1960, en relación con el Decreto 3519 de 1949, en cuanto exige las tres cuartas partes de los votos de la Sala Plena para la declaración de inexequibilidad de los decretos legislativos, ni estar afectada la dicha ley de vicio alguno de inconstitucionalidad, la mayoría "de las diecinueve veintiavas partes" de la Sala, haciendo uso de las mismas facultades y atribuciones invocadas en la sesión del 13 de julio pasado (Acta número 30), podía ahora rectificar el concepto allí emitido, fuera de juicio y fuera de todo procedimiento legal, para reconocer el HECHO de que la sentencia de 24 de julio de 1961, sobre declaración de inexequibilidad del Decreto número 12 de 1959, se acordó "con menor número de votos del exigido por la ley".

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

DELITO DE CONCUSION
JUZGAMIENTO DEL PRESIDENTE DE LA REPBLICA

1. La concusión, como delito consumado, como tentativa y como delito imposible.—2. La concusión como delito plurisubsistente.—3. Competencia de la Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento, por delitos imputados al Presidente de la República u otros altos funcionarios del Estado.—4. Análisis de los elementos tipificadores del delito de concusión. En qué consiste el abuso del cargo o de las funciones. Concusión explícita y concusión implícita. Concusión consumada y tentativa de concusión.

1. El último requisito señalado para el delito de concusión, o sea, la entrega o promesa de dinero o de cualquiera otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como consecuencia de la intimidación o el fraude de aquél, constituye lo que se denomina momento consumativo del reato; por lo tanto, si este requisito de la promesa o entrega no se logra, se concluye necesariamente que el delito no se consumó. Puede ocurrir que los actos atribuídos al sindicado configuren un principio de ejecución, siempre que se establezca que dichos actos tuvieron la eficacia de constreñir, inducir o convencer, caso en que se tendría un simple conato, pero no un delito consumado de concusión, ya que ni la promesa ni la entrega de dinero o de otra utilidad se obtuvieron por parte del sindicado. En el caso de que los actos atribuídos al acusado no fueron eficaces o idóneos para intimidar o convencer o inducir, se tendría una penalidad mínima por un delito imposible de concusión, previsto y sancionado en armonía con el artículo 18 del Código Penal, que autoriza para disminuír discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y aun prescindir de ella.

2. Aplicando la original terminología y clasificación de los delitos en unisubsistentes, o sea, aquellos en que el momento de la ejecución y el de la consumación se sueldan íntimamente en un acto único, y en plurisubsistentes, o sea, aquellos en que el proceso ejecutivo es fraccionable en actos distintos que marcan el iter criminis, a la definición que nuestro estatuto penal da del delito de concusión, sin mayor dificultad se comprende que éste es plurisubsistente, porque para alcanzar su resultado propio material se requiere, de parte del agente, una actividad fraccionable en actos distintos, ya que el concusionario, para lograr la meta deseada, la dación o la promesa de dación de dinero o de cualquiera otra utilidad ilícita, ordinariamente ha de ejecutar distintos actos sucesivos, especialmente si el sujeto pasivo de la infracción no es una persona natural, sino una persona jurídica, gobernada y administrada por varias personas naturales.

3. Con respecto a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para calificar el mérito de este sumario, esta Sala, por mayoría de votos, resolvió el punto afirmativamente, al ocuparse de otro proceso seguido contra el mismo procesado, en providencia de 2 de agosto de 1960 ("Gaceta Judicial" XCIII, páginas 20 a 64), de la cual se transcriben los siguientes apartes:

"La acusación prévia ante el Senado y la declaración de haber lugar a seguimiento de causa (con respecto a delitos) no son sino actos condición o condiciones de procedibilidad que afectan el ejercicio de la competencia de la Corte, mas no la existencia misma de ésta...

"Estas condiciones de procedibilidad (acusación de la Cámara e intervención del Senado,

con respecto a delitos) en el juzgamiento por la Corte de los altos funcionarios del Estado se explican porque su procesamiento, con esa intervención de las Cámaras Legislativas, busca crear una garantía política que asegure el régimen que esos altos empleados representa, y evitar la consiguiente conmoción colectiva que traería consigo, por caso, que el Presidente de la República pudiera ser perseguido y juzgado por delitos, dentro de la justicia ordinaria, sin la previa intervención de la Cámara de Representantes, para acusarlo, (condición sin la cual el Senado no puede intervenir) y del Senado para declarar (por delitos) que hay lugar a formación de causa (condición sin la cual la Corte no puede juzgar). Y estas razones ya no son valederas con respecto al juzgamiento del Presidente de la República, ni de los demás altos funcionarios del Estado, por delitos cometidos durante el ejercicio del cargo, pero cuando la acción penal se inicia después de que han cesado en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

"Claro que en la mayoría de las infracciones previstas en el Código Penal va implícita la indignidad por mala conducta, cuando el delito se comete durante el ejercicio del elevado cargo público. Y en esas situaciones, siendo indiscutible la competencia del Senado para conocer por esa indignidad (regla 2ª del artículo 97 de la Carta), aun tratándose de juzgar por ella a los altos funcionarios del Estado, cuando la acción penal se inicia luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones y por cuanto a esa indignidad no se refiere el artículo 131, es lógico que la Cámara de Representantes, como se hizo en este negocio, al acusar por la referida indignidad debe señalar el posible delito que la origina, cuya averiguación, entonces, debe hacerla el Senado, pues ese delito sería el fundamento del cargo político, cuyo juzgamiento (por la indignidad) corresponde al Senado.

"La conexidad que establece la fuente de la represión política (la indignidad) y de la sanción penal (el delito), que es, en tales casos, una sola, el hecho estimado como violatorio de la norma penal, obliga a que la instrucción que adelante el Senado se ocupe de establecer la existencia de ese delito, mas no porque en relación con él esa corporación legislativa deba hacer una declaración de haber o no lugar a seguimiento de causa, para que la Corte conozca del delito, sino porque es el presupuesto para que el Senado pueda llamar a juicio por la indignidad, a fin de imponer la sanción, que en este caso de juzgamiento de los ex funcionarios del Estado, es pertinente: la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos, con fundamento en la facultad señalada para el Senado por la regla 2ª del artículo 97 de la Carta.

"A esta sanción política no puede sustraerse el alto funcionario público que se haya hecho acreedor a ella, sólo porque la acción penal se inicie luego de que ha cesado en el ejercicio del cargo. Por tanto, esa facultad del Senado para imponerla, previa acusación de la Cámara de Representantes, con respecto a los ex funcionarios de la Nación, es indiscutible.

"Por último: la Corte Suprema de Justicia, como se dejó dicho, mantiene su competencia para juzgar por delitos a los altos funcionarios del Estado, así la acción penal se inicie luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones, sin que el ejercicio de ella esté condicionado a la previa acusación de la Cámara y a la intervención del Senado para declarar (autorizar) que hay lugar a seguimiento de causa o a formación de causa.

"Ocurre que tratándose de delitos (comunes u oficiales) cometidos durante el término del ejercicio de las funciones públicas, la acción penal nace con la determinación, desde ese instante, del juez que debe juzgar.

"Y si la violación punible es imputada al Presidente de la República o al encargado del Poder Ejecutivo o a un Ministro del Despacho, ese juzgamiento corresponde a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

"Pues bien:

"a) Si la acción penal se adelanta durante el período del ejercicio del cargo, esa competencia de la Corte para juzgar está condicionada a la intervención del Senado para declarar que hay lugar a seguimiento de causa (art. 97 de la Carta), o a formación de causa (art. 131 ibídem), declaración que no es una resolución sobre llamamiento a juicio, por delitos, contra el procesado, sino la autorización para que la Corte conozca por las violaciones punibles.

"Pero el Senado de la República sólo tiene facultad para otorgar esa autorización para que la Corte juzgue, si por el delito o delitos a que ella se refiere, la Cámara de Representantes presentó acusación ante la Alta Cámara. Esa acusación equivale a lo que Florián denomina richiesta, o demanda de ciertas autoridades, sin la cual la acción penal no puede adelantarse, y que es igual a la prevista en el artículo 7º del Código Penal, pues en los eventos que esta disposición señala no se puede adelantar el pro-

ceso sino mediante querella o 'petición del Procurador General de la Nación'.

"b) Si la acción penal se adelanta sólo después de que el alto funcionario acusado cesó en el ejercicio del cargo, la competencia de la Corte para juzgar (determinada desde cuando se cometió el delito y surgió la acción penal) ya no está condicionada, en su ejercicio, a la previa intervención de las Corporaciones Legislativas.

"c) Si la Cámara de Representantes acusa a un alto funcionario del Estado, luégo de que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, para que el Senado le imponga las sanciones políticas (privación temporal o absoluta de los derechos políticos), y esa acusación fundamenta la indignidad en la realización de algún delito durante la época en que el acusado ejerció el cargo, el Senado, como funcionario de instrucción para conocer de la indignidad, también tiene competencia para investigar sobre la existencia de la violación penal, pues sin la comprobación de ésta no podría llamar a juicio al acusado por esa indignidad, ni juzgarlo, ni imponer las penas políticas pertinentes. Pero la facultad de instruír con respecto a la infracción penal no le impone la necesidad de autorizar a la Corte para que ésta juzgue al sindicado por el delito, mediante la declaración de haber lugar a formación de causa, dado que esta condición de procedibilidad sólo es necesaria cuando la acción penal se inicia durante el período en que el alto funcionario del Estado ejerce el cargo. En este caso, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, es suficiente que la Alta Corporación Legislativa ponga el proceso a disposición de la Corte, para lo de su competencia".

Estas y muchas otras consideraciones hechas por la Corte en la providencia aludida, son pertinentes para afirmar la competencia de la Corte respecto de la calificación del mérito del presente sumario.

4. El delito, expresa Mezguer, es "una conducta típicamente antijurídica y culpable".

La tipicidad hace relación a la coincidencia de un hecho, de un acto humano, con una definición de la ley penal. La reunión de los elementos constitutivos del delito, dice el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, son la base de la comprobación del cuerpo del delito.

La concusión la comete "el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad" (art. 156 del Código Penal).

Requiere, pues, esta infracción penal los siguientes elementos típicos:

a) Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito.

b) Abuso del cargo o de las funciones.

La extralimitación de las facultades oficiales o la omisión de las mismas, es lo que constituye el abuso de las funciones.

El abuso del cargo hace relación a actos que no corresponden a la competencia oficial del funcionario público, pero que son facilitados por esa particular calidad del agente.

"Abuso —dice Giuseppe Maggiore, (Derecho Penal, T. 3º, Parte Especial, pág. 186, Edit. Temis, Bogotá, 1955)—, es el uso ilícito de las calidades de funcionario público. Supone la posesión legítima de esas calidades. El abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones; esto hace que haya delito, tanto cuando el funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional, como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, para cometer el delito. Comoquiera que sea, la coacción o la inducción deben cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario público...".

Puede, pues, el funcionario público incurrir en el delito de concusión aun respecto de actos que no corresponden a su competencia oficial, pues basta que su condición de funcionario público los facilite.

Así lo anota también Luis Carlos Pérez (Derecho Penal Colombiano, T. 1º, Parte Especial, pág. 175; Edit. Temis, Bogotá, 1956), quien dice que "no es necesario que el empleado ponga sus funciones al servicio de la actividad punible, sino que es suficiente con que destaque ilícitamente la condición pública de que está investido...".

c) Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno.

De la constricción o de los actos de inducción puede ser sujeto pasivo un particular o un funcionario público.

Los medios empleados por el agente permiten distinguir entre concusión explícita o manifiesta y concusión implícita u oculta.

Dice Carrara (Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, T. V, pág. 114, parágrafo 2572) lo que pasa a transcribirse:

"Pero el verdadero oficial puede extorsionar dinero del particular ya sea amenazando abier-

tamente con abusar de sus poderes si no se le da dinero, ya sea engañando ocultamente al particular haciéndole creer que el dinero es verdaderamente debido. De ahí surge la subdivisión de la concusión propia en implícita y explícita. La explícita si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto, como el que amenaza con arrestar, emplazar, etc., si no se le da dinero. Es implícita, si el oficial da a entender al particular que debe hacer un pago que no es debido, como cuando el perceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuestos, o cuando un canciller, un registrador, etc., exigen un derecho indebido o superior al debido. En ambos casos existe abuso de autoridad con fin de lucro; pero en el primer caso el abuso es patente, y en el segundo latente. En ambos casos el particular que paga injustamente, paga metu publicae potestatis, salvo que en el uno se sabe que sufre un abuso, y en el segundo se ignora...".

En la concusión explícita, anota también Carrara, (Tomo V, página 125), cualquier temor basta para dar lugar al delito. "Es por esto que los civilistas advierten que la excepción de concusión es más amplia que la excepción quod metus causa; porque para admitir esta última se exige un temor grave qui cadat in virum constantem, mientras que para la concusión basta cualquier temor infundido por el magistrado, incluso el temor levísimo y necio de un mal insignificante...".

Constreñir es compeler la voluntad de alguien mediante la fuerza o la amenaza. Y en la concusión, por el miedo al poder público (metu publicae potestatis).

La violencia moral o amenaza puede ser explícita o implícita. Y es indiscutible que en la proposición que un funcionario de superior jerarquía dentro de la administración pública, haga a uno de inferior categoría, dependiente de aquél, va implícita la amenaza de un daño para éste si desatiende lo propuesto.

Esta situación no origina delito alguno, si el superior tiene la competencia para dar órdenes al funcionario inferior y ellas se refieren al cumplimiento lícito de las funciones de aquél, como cuando el juez le ordena al secretario del despacho que notifique una providencia a las personas que deben recibir noticia de ella.

d) Entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.

Este requisito, así como los otros tres que antes se han indicado, es necesario para que se tenga como consumado el delito de concusión. Así lo ha estimado la Corte, en providencias de 15 de septiembre de 1955 ("Gaceta Judicial", Tomo LXXXI, pág. 276) y 26 de abril de 1956 ("Gaceta Judicial", Tomo LXXXII, pág. 379), donde ha dicho lo siguiente:

"Son requisitos necesarios de la concusión: a) calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito; b) abuso del cargo o de las funciones; c) empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno, y d) entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude".

Sobre este último elemento del delito de concusión anotan Giuseppe Maggiore y Stefano Riccio, lo que pasa a transcribirse:

Dice Maggiore: "El momento consumativo se verifica apenas el funcionario público ha constreñido o inducido al sujeto pasivo a dar o prometer. En efecto, entonces la acción queda subjetiva y objetivamente agotada, y el delito perfecto; la entrega efectiva, si ya existe la promesa, no es un elemento constitutivo del delito, sino sólo su consecuencia. Unicamente habrá tentativa en el caso de que la petición o la pretensión del concusionario no sea acogida, es decir, no sea seguida de entrega ni de promesa" (obra citada, T. III, pág. 188).

Expresa Riccio: "El momento consumativo debe situarse en la dación o en la promesa de la dación de lo no debido, causada por la constricción o por la inducción; en consecuencia, no obstante no exigirse el que el hecho o el provecho o el daño se haya materialmente realizado, no coincide, sin embargo la conducta del sujeto activo, tendiente a constreñir o engañar, así esté compuesta de varios actos, con la declaración de dar o de querer dar del sujeto pasivo particular" ("Delitti contra la Publica Administrazione").

En otra providencia recaída en este mismo proceso dijo la Corte: "Las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos resultan ineficaces para determinar si un hecho punible admite o no tentativa". Esta vieja distinción explica el criterio de algunos tratadistas, según el cual el delito de concusión no admite el grado de tentativa, pues lo consideran como delito formal.

Pero es indiscutible que el delito de concusión, como lo define la ley penal colombiana, es susceptible de fraccionamiento en su proceso ejecutivo, esto es, que se trata de una violación penal plurisubsistente. Por tanto, admite el grado de tentativa.

El tratadista Bernardino Alimena (Principios de Derecho Penal, V. 1º, págs. 439 a 441, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915), dice:

"Pero mientras existen delitos en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con un solo acto, y se quiere con una acción compuesta de un solo acto, existen otros en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con varios actos o con varias acciones compuestas de uno o más actos. En aquéllos la consumación va unida a la ejecución; en éstos, entre la consumación y la ejecución hay un iter criminis.

"Si volvemos a los ejemplos anteriores, vemos que, mientras en la imputación verbal de hechos o cualidades injuriosas, en un solo acto, entre el pensamiento y la ofensa, no se interpone ningún otro, de modo que si la palabra no se ha pronunciado, nada se ha hecho aún, y si se ha pronunciado, se ha consumado el delito; en el homicidio, por el contrario, entre el pensamiento y la muerte se interponen tantos actos —blandir el arma, asestar el golpe, repetirlo— que la muerte puede seguir a la intención o puede no seguir.

"Los delitos del primer grupo, como se ejecutan en un solo instante, con un único acto —qui unico actu perficiuntur— no admiten iter criminis que conduzca a ellos; los delitos del segundo grupo, como no se ejecutan en un solo instante con un acto único, admiten un iter criminis.

"Cuando el agente, por causas independientes de su voluntad, se haya detenido en el iter criminis, hay una tentativa, o —reproduciendo una palabra del lenguaje corriente— se dice que el delito ha sido intentado.

"Cuanto hemos dicho, no significa que los delitos, que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admitan tentativa sólo por ser formales. Esta conclusión es errónea. Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, sino porque para alcanzar este objeto es menester hacer cierto camino. Tan cierto es esto que si fuese posible matár a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación no habría intervalo alguno. De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, según que, entre la intención y el peligro actual y el daño potencial, haya o no que recorrer cierto camino. Así, imputar cualidades o hechos injuriosos, es siempre, como sabemos, un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición, etc.".

También Luigi Scarano, en su obra sobre La tentativa (Edit. Temis, Bogotá, 1960, pág. 131), dice sobre la "admisibilidad de la tentativa en los delitos llamados formales", lo que pasa a transcribirse:

"Reconocidos como requisitos de la institución examinada la univocidad y la idoneidad del acto, resulta posible la tentativa, tanto en relación con los delitos materiales como respecto de los formales.

"Contrariamente a la antigua doctrina, que reconocía la existencia de la tentativa en el comienzo del delito, y que coherentemente negaba la posibilidad de tentativa en los delitos llamados formales, en los que el comienzo de ejecución se identifica con el momento de la consumación, los ejemplos arriba examinados han demostrado que también en los delitos de pura conducta, en los cuales "la acción no se cumple" (art. 56), es configurable la tentativa. Es ésta una de las consecuencias importantes que se desprenden de la afirmación de que no es posible reducir la tentativa al acto ejecutivo; la tesis contraria, en buena lógica, debería negar que la tentativa se presenta en los delitos formales".

Y como este tratadista pugna por la abolición de la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, considera admisible la tentativa aun en los delitos unisubsistentes. Dice al respecto: "Dado que para la noción de tentativa no es necesaria la actividad ejecutiva, no se plantea ya con respecto a los delitos que se perfeccionan con un acto (qui uno actu perficiuntur) el problema de si es fraccionable esa actividad. No se puede asegurar (anota agudamente Vannini) que en el delito unisubsistente, en cuanto tal, no puede admitirse la tentativa" (P. 302).

La legislación penal colombiana requiere (art. 16) que se dé principio a la ejecución, el propósito de cometer un delito determinado, y la falta de realización material del acto criminoso.

Ahora bien: al menos la promesa que el sujeto pasivo haga al agente, respecto de sus pretensiones, señala el momento consumativo del

delito de concusión, **de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 del Código Penal colombiano.**

Es esto apenas lógico, pues solo esa promesa —por lo menos— es lo que revela que el sujeto activo de esta violación punible realmente constriñó al sujeto pasivo, o que los actos suyos tuvieron la capacidad de inducirlo.

Recuérdese que el citado artículo del Código Penal colombiano, así como el 317 del de Italia, dicen que el delito de concusión existe cuando el funcionario público constriñe o induce a alguien a darle o prometerle. **Y la evidencia de que hubo constreñimiento o de que el sujeto pasivo fue inducido no puede ofrecerla sino una promesa —por lo menos— que el sujeto pasivo haga al agente, con respecto a los fines perseguidos por éste.**

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

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Por cuanto en este proceso fue clausurada la investigación y el Ministerio Público rindió su concepto, entra la Corte a resolver sobre el mérito del sumario, en cuanto a los cargos que le aparecen al señor Gustavo Rojas Pinilla, quien ejerció la Presidencia de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957.

HECHOS:

En providencia de 10 de agosto de 1959 se hizo el siguiente resumen de lo ocurrido:

"El doctor Carlos Echeverri Herrera, quien había denunciado por la prensa los hechos materia del proceso, rindió en el informativo dos declaraciones juradas (fs. 4 a 6 del cuaderno Nº 1, y 21 a 24 v. del cuaderno Nº 4), en las cuales dijo, sintetizando lo pertinente, esto:

"1º El testigo desempeñaba, desde mediados de 1955, el cargo de Consejero Comercial de la Embajada de Colombia en la República Federal de Alemania, y de allí fue promovido por el Gobierno a la Gerencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que aceptó a instancias del entonces Ministro de Agricultura, doctor Eduardo Berrío González, y de la cual tomó posesión el 20 de noviembre de 1956, para un período de dos años.

"2º En la primera quincena del mes siguiente, el procesado, quien a la sazón ocupaba la Presidencia de la República, lo llamó telefónicamente desde su palacio y le hizo saber 'que había varios centenares de personas vecinas de la región de Agua Chica y otros Municipios próximos que estaban deseosas de adquirir parcelas de tierras incorporadas dentro de las haciendas de Mosquitos y Sabanas de Román', que pertenecían a la Compañía Ganadera de Patiño Ltda., advirtiéndole 'que él ejercía la Gerencia de la citada compañía. En la misma conversación telefónica —sigue refiriendo el deponente— el General se extendió en ponderaciones sobre la calidad de aquellas tierras y me dijo que si la Caja Agraria financiaba su parcelación, para que mediante préstamos de sus fondos a los aspirantes a parcelas éstos pudieran comprarle a la Compañía Ganadera de Patiño Limitada, la Caja resultaría haciendo una labor social muy encomiable. Pregunté entonces al General que de qué cuantía serían los préstamos que irían a solicitar los presuntos parceleros de las haciendas de Mosquitos y Sabanas de Román. El General me respondió que muchos de estos préstamos tendrían que ser por una cuantía aproximada de doscientos mil pesos cada uno. Mi respuesta al General fue muy neta en estos dos sentidos. Primero: que yo no podía adelantar el menor concepto sobre ninguna de las parcelaciones que se le venían proponiendo a la Caja..., porque era necesario, a mi juicio, estudiar minuciosamente un plan de prioridades en materia de parcelaciones...', por razones de carácter técnico, social y de conveniencia práctica, que expone en forma pormenorizada, para continuar, así: 'La segunda objeción que hice al General con ocasión de su propuesta, fue de carácter estatutario. En efecto, los estatutos de la Caja vigentes en la época de mi Gerencia, establecían que para el fin específico de adquirir tierras, la institución no podía conceder préstamos mayores de cincuenta mil pesos cada uno... El General me orguyó entonces que esos estatutos eran anticuados y que habría que reformarlos de inmediato a fin de facilitar préstamos de cuantías superiores a los allí previstos. Yo le contraargumenté en el sentido de que una reforma estatutaria no se podía improvisar tan poco (sic), siendo además esa función asunto que debía tener origen y aprobación en la Junta Directiva de la Caja. El Gerente, le agregué, no tiene facultad de reformar por sí mismo los estatutos de la entidad'. Afirma que le presentó otros reparos, y prosigue: 'El General no se mostró satisfecho de mis anteriores observaciones. Me dijo que se sorprendía de que le resultaran tantos obstáculos a

una propuesta que él estimaba inspirada en ideales de justicia social. Terminó manifestándome que por lo menos estudiara el detalle (sic) las grandes posibilidades productivas de las tierras de que había hablado y la situación social de quienes podían ser beneficiarios de su parcelación. Me dijo también que era urgente crear la agencia de la Caja en el Municipio de Agua Chica, en vista de que, según él, esa agencia beneficiaría grandemente a la región, siendo lamentable que quienes quisieran adquirir tierras a través de la financiación de la Caja en aquella zona, no contaran con el instrumento indispensable para hacer sus solicitudes de crédito, instrumento que lo constituiría la anhelada agencia de Agua Chica. A estos dos requerimientos del General contesté diciéndole que en primer lugar el estudio que me solicitaba sobre las tierras de Mosquitos y Sabanas de Román y sobre la situación social de quienes aspiraban a ser sus parceleros, sí podían llevarse a efecto, para obtener elementos de juicio que permitieran una decisión seria por parte de la Junta Directiva, respecto a si ese proyecto de parcelación era o no conveniente. Le dije al General que desplazaría para esos efectos uno o varios funcionarios de la entidad, a la región en referencia. En cuanto a la agencia de Agua Chica, le advertí que también me ocuparía de estudiar la conveniencia de su creación y que en el caso de convencerme de que esta agencia fuera aconsejable, buscaría una persona del todo insobornable para dirigirla... Este diálogo telefónico de que he hecho larga referencia terminó con la petición que me hizo el General de que recibiera para darme una primera idea de la gran productividad de las haciendas de Mosquitos y Sabanas de Román a una persona a quien yo no conocía desde luego, pero que según el General era de su entera confianza, fuera de presentármelo como algo así como un especialista en economía agropecuaria. Accedí a esta petición del General y recibí pocas horas después a su presentado, o sea al señor Amín Malkun, quien en su entrevista en mi Despacho, no hizo mucho más que las digresiones que ya me había hecho el Presidente por teléfono, ponderándome las excelencias de aquellas tierras y diciéndome que él estaría listo en la región o en las regiones de Agua Chica y afines para atender e ilustrar al funcionario o funcionarios que la Caja desplazara para los estudios relativos a aquellas tierras y a sus necesidades sociales'.

"3º El declarante 'gravemente impresionado de las intenciones del Presidente', creyó del caso informar sobre ellas al 'Ministro de Agricultura, doctor Berrío González, quien presidía en razón de su cargo, la Junta Directiva de la Caja', y quien escuchó el relato 'poco menos que horrorizado', habiéndose resistido 'en un principio a creer que aquellas propuestas fueran posibles en labios del Presidente'.

"4º El Gerente y el Ministro convinieron no proponer a la Junta Directiva de la Caja el inmediato rechazo a la solicitud del acusado, porque en ella había miembros que no les inspiraban confianza, y optaron por integrar una comisión compuesta por el Jefe de Sucursales y Agencias de la última, señor Jorge Escobar Motta, y por el doctor Camilo Bedoya, empleado del Ministerio, para que adelantaran cuidadoso estudio del problema, comenzando por examinar 'en la respectiva Notaría o Notarías de Bogotá, los orígenes de la Compañía Ganadera de Patiño Limitada y la tradición de sus títulos'. Luego de hacer esto y de visitar las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román, rindieron el informe correspondiente, con 'fecha ocho o nueve de enero' de 1957, el cual no alcanzó a ser conocido por la Junta Directiva, debido a que ésta se hallaba muy atareada y a que transcurridos algunos días se produjo el retiro del Gerente.

"5º 'En vísperas o a raíz' de la renuncia del doctor Echeverri Herrera, éste y el Ministro Berrío González, únicos funcionarios que conocían oficialmente el referido informe, hablaron 'sobre el particular al ex Ministro de Agricultura y miembro de la Directiva de la Caja, don Hernando Salazar Mejía, quien presentó la suya, más o menos, simultáneamente' con la del declarante 'y la que hizo a su turno el doctor Berrío González'. Antes había dicho al respecto: 'Los señores Berrío González y Hernando Salazar estaban enterados por mí de las pretensiones del General Rojas Pinilla en relación con las operaciones a que me he referido. Una vez enterados de mi renuncia, me dijeron que de inmediato presentarían las suyas y así lo hicieron efectivamente'.

"6º Refiriéndose a algunas publicaciones de la prensa, afirmó: 'Pero quiero recalcar que el Presidente Rojas me manifestó telefónicamente y con especial énfasis y entusiasmo que era muy conveniente que la Caja adquiriera la hacienda de Jesús del Río para fines de parcelación... Sobre este particular debo agregar que la negociación en referencia fue discutida por la Junta Directiva de la Caja en la sesión correspondiente al dieciséis de enero del corriente año (1957), y negada en la misma fecha. Y agregó: '... el General Rojas Pinilla en ambos casos se me dirigió telefónicamente para poner de presente el inte-

rés de su parte en que la Caja procediera a tales operaciones' (las relativas a la parcelación de Mosquitos y Sabanas de Román, por una parte, y la de Jesús del Río, por la otra). 'En cuanto a Jesús del Río, después de haberme expuesto el Presidente por teléfono, la conveniencia que según él revestía para la Caja la operación que proponía el señor Bru, este mismo señor se presentó a la Gerencia a exponer su proyecto de venta a la Caja de una parte de la citada hacienda'.

"7º En la primera declaración, dijo: 'La renuncia me fue solicitada por el Presidente Rojas Pinilla el día veintidós de enero de este año, mediante una llamada telefónica para ese fin. El General Rojas Pinilla no me explicó cosa distinta de afirmarme que cada día se hacía más patente el desacuerdo entre los dos. Después de aludir sumariamente a discrepancias en cuanto a la dotación o provisión de ciertos cargos, me mencionó también el hecho de no haberse procedido hasta ese momento a la creación de la agencia de Agua Chica'. En la segunda se expresó, así, sobre el particular: 'El día anterior a la presentación de mi renuncia, quien habla había tenido un diálogo poco cordial, desde luego, con el Presidente de la República, quien me había llamado telefónicamente desde Melgar para manifestarme entre otras cosas que bajo mi Gerencia, la Caja Agraria no marchaba, que no se había hecho nada por la parcelación de Jesús del Río..., que tampoco se había creado la agencia de Agua Chica, y que, además, yo mantenía en suspenso a viejos servidores de la institución que el General estimaba como sus enemigos o enemigos del Gobierno'."

Ahora bien:

En diligencia de careo practicado por el Magistrado sustanciador entre el denunciante, doctor Carlos Echeverri Herrera y el procesado, señor Gustavo Rojas Pinilla, el día dos de septiembre de mil novecientos sesenta, se tiene lo siguiente: (fs. 60 a 80 del Cd. Nº 11).

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "Concretamente, doctor Echeverri Herrera, usted acepta en esta declaración que la única promesa que le hizo al General Rojas Pinilla, fue la de enviar una comisión a fin de que estudiara la fertilidad de las tierras y la situación social de los aspirantes a parcelas, pero únicamente para que el informe que rindieran los comisionados, le sirviera a la Junta Directiva de la Caja como base para resolver si la tan mentada parcelación de las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román era o no conveniente. ¿Fuera de esta promesa, usted le prometió, doctor Echeverri Herrera, en su carácter de Gerente de la Caja de Crédito Agrario, cosa distinta?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "No recuerdo de ninguna otra promesa fuera del estudio de la productividad de aquellas tierras y de la situación social de los presuntos parceleros, a lo cual correspondió el nombramiento de la comisión que de común acuerdo con el Ministro Berrío se integró con los señores Escobar Motta y Bedoya".

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "¿Supo usted, doctor Echeverri Herrera, en su carácter de Gerente de la Caja de Crédito Agrario, que alguna persona hubiera elevado solicitud de préstamo a la Caja Agraria para comprar parcelas en las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román, y que como consecuencia de esa solicitud, la Caja de Crédito Agrario hizo entrega del dinero para comprar parcelas en las mencionadas fincas?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "Durante mi Gerencia no se formularon solicitudes escritas a este respecto".

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "¿Reconoce entonces usted, doctor Carlos Echeverri Herrera, que, en su carácter de Gerente de la Caja de Crédito Agrario, no le hizo promesa ni entrega de dinero o de cualquiera otra utilidad al General Gustavo Rojas Pinilla, ni en su carácter de Presidente de la República, ni en su carácter de Gerente de la Compañía Ganadera de Patiño, ni con relación a las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román, ni a ninguna otra finca o negocio del General Gustavo Rojas Pinilla?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "No se le facilitó al General Rojas Pinilla dinero durante mi Gerencia, ni en su calidad de Presidente, ni en su simultánea calidad de Gerente de una compañía ganadera. Tampoco se le prometió dinero, lo cual no desvirtúa mi testimonio, sino que lo confirma. Creo que otros gerentes de instituciones de crédito semioficial, por aquel entonces, tendrían que responder de otra manera, y no sólo por solicitud del General Rojas, sino por oferta oficiosa de los mismos".

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "Usted reconoce, doctor Echeverri Herrera, tanto en las declaraciones que rindió ante la Comisión Nacional de Investigación Criminal y Comisión Instructora del Senado, como en la presente diligencia de careo, que sólo existió una sola conversación telefónica entre usted y el General Rojas

Pinilla, sobre la supuesta parcelación de las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román. En dicha conversación el General Rojas Pinilla lo amenazó con alguna pena o castigo, si no efectuaba la parcelación de las mencionadas fincas, o si en lugar de amenazarlo, lo halagó con promesas de mejores puestos o de beneficios materiales en el caso de que lo hiciera?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "Que no hubo amenazas ni halagos en la conversación, pero que siendo yo funcionario parcialmente por lo menos dependiente de un Presidente en uso de los máximos poderes, su llamada en el sentido tantas veces mencionado aquí, constituía una presión indebida sobre el entonces Gerente de la Caja Agraria".

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "Usted, doctor Echeverri Herrera, como abogado titulado, debe poseer los conocimientos gramaticales suficientes para interpretar correctamente las palabras. En consecuencia, ¿usted considera que para inducir a una persona a que ejecute determinado acto, es suficiente una mera insinuación, o por el contrario, tomando el verbo en su verdadera acepción gramatical, para inducir lo mismo que para seducir, son necesarios varios actos continuados?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "Para inducir o seducir puede bastar un solo acto. Repito que una sola insinuación de un Presidente investido de plenos poderes, sobre un Gerente de un instituto semioficial, la estimo como posible causa para inducir a éste a que acepte y obedezca. Es mi opinión".

Pregunta el señor Rojas Pinilla: "¿Usted habló, doctor Echeverri Herrera, con el Jefe de la sección de parcelaciones o con alguno de los empleados de dicha sección, sobre la supuesta parcelación de las fincas de Mosquitos y Sabanas de Román?".

Contesta el doctor Echeverri Herrera: "Dada la gravedad que para mí tenía este asunto sólo hablé de él con anterioridad a mi renuncia, con el doctor Eduardo Berrío González, Ministro de Agricultura, e hice referencia del mismo asunto, en forma absolutamente reservada, a los comisionados Escobar y Bedoya".

Pregunta el Magistrado sustanciador: "¿Usted..., doctor Echeverri Herrera... rechazó desde un principio la solicitud que le hizo telefónicamente el señor Rojas Pinilla, en relación con la negociación de parcelaciones de las expresadas fincas de Sabanas de Román y Mosquitos?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "Sí rechacé tales solicitudes, como he tenido oportunidad de expresarlo numerosas veces".

Pregunta el Magistrado sustanciador: "Usted, ante la solicitud a que se ha venido haciendo referencia, hecha por el ex Presidente telefónicamente..., ¿se sintió o no constreñido o inducido o seducido o convencido a acceder a ella?".

Responde el doctor Echeverri Herrera: "No me sentí convencido, pero sí presionado, habida cuenta de la autoridad del Presidente de la República, y de que no me sentí convencido, ya lo expresé desde mi declaración ante la Comisión Instructora del Senado".

Del interrogatorio que al doctor Echeverri Herrera hizo también el doctor Carlos V. Rey, defensor del procesado, se desprende lo siguiente:

a) Que "en la conversación telefónica...", dice el doctor Echeverri Herrera... "se pidió al Gerente de la Caja Agraria la anuencia para préstamos que obtendrían personas distintas de la Compañía Ganadera de Patiño Limitada, pero cuyo valor estaba destinado a comprar parcelas de aquellas fincas";

b) Que los préstamos que se hubieran otorgado a los presuntos parceleros, se habrían hecho con "las garantías suficientes", dice también el doctor Echeverri Herrera;

c) Que en la negociación propuesta por el procesado no se planteaba agravio alguno para los intereses de la Caja, "sino de beneficio económico para la Compañía Ganadera de Patiño... a la cual le harían compra los presuntos parceleros", anota también el doctor Echeverri Herrera;

d) Y a la pregunta que le hace el defensor, de si ese beneficio económico lo considera "injusto, deshonorable, vitando, a expensas de la Caja Agraria", responde el denunciante que lo estima "inadmisible... por cuanto el Gerente de la Compañía Ganadera era simultáneamente Presidente de la República". En razón de otra pregunta, agrega: "Yo no he hablado de delito contra los intereses de la Caja. He hablado de una presión presidencial para que ésta diera en préstamo dinero a terceros para que le compraran tierras a la Compañía bajo su gerencia".

e) También dice el doctor Echeverri Herrera que "si el Presidente de entonces, General Rojas, hubiera inclinado la voluntad del Gerente en favor de aquella proyectada parcelación, lo demás podría ser un proceso prolongado, como dice el doctor Rey, pero con innegables resultados positivos para el proponente".

f) Por último y para dar respuesta a otra pregunta del defensor del señor Rojas Pinilla, expresa que "la primera impresión mía sobre los textos legales que consulté para el caso, me condujeron a la creencia de que se trataba de una tentativa o de la frustración de un delito de concusión. Pero será el fallador de este negocio quien determine en qué categoría delictual puede colocarse esta situación de hecho, en forma definitiva".

Y en la diligencia de careo cumplido entre el mismo doctor Echeverri Herrera y el Coronel Alfonso Pontón, el denunciante afirma lo que pasa a transcribirse:

a) Que "la conversación telefónica..." a que se ha referido... "tuvo lugar dentro de la primera quincena de diciembre de 1956";

b) Que "por la anormal y gravísima pretensión del Presidente... Berrío y yo convinimos en que fuera la comisión ya referida, con el objeto de tener toda la documentación posible para rechazar en la Junta cualquier solicitud formal que sobre este particular llegare a presentarse...";

c) Que "amenazas concretas no las recuerdo. Sí recuerdo, en cambio, el énfasis y el ahinco con que el entonces Presidente me puso de presente su interés por aquella parcelación. Fue hasta el punto de que el entonces Presidente me dijo que de todas maneras había que reformar los estatutos, en cuanto al límite por ellos establecido para la cuantía de préstamos destinados a adquisición de fincas. Aquel enfásis y aquel ahinco que el entonces Presidente imprimía a sus manifestaciones sobre el particular, agregadas al hecho de que tales manifestaciones se hacían por la propia persona del Presidente al Gerente de una institución de crédito semioficial, en época en que el Presidente era omnímodo, me parecieron siempre y las sigo estimando como una presión ilícita" (fs. 52 a 55 v., del cuaderno Nº 11).

Por su parte, el Coronel Alfonso Pontón declara, en esta misma diligencia de careo, que en su condición de Edecán del Presidente Rojas Pinilla, tuvo oportunidad de escuchar una conversación telefónica de éste con el doctor Echeverri Herrera, ocurrida el día 20 de enero de 1957, cuando el procesado se encontraba en la población de Melgar, en la cual le expresaba el Jefe del Estado su disgusto por la destitución del Gerente de la Agencia de la Caja Agraria de Melgar y por no haber provisto los cargos de las sucursales de la misma en Medellín y en Agua Chica. Agrega que el señor Rojas Pinilla le dijo al doctor Echeverri Herrera que "era un muérgano y que le exigía la renuncia al lunes siguiente".

Por último, en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por el Magistrado sustanciador en las dependencias de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el día 2 de septiembre de 1960, se verificó lo siguiente:

a) Que "del examen cuidadoso de todas las actas, hasta la Nº 1112, de 27 de mayo de 1957, no se encontró que en dicha Junta se hubiese tratado nada en relación con solicitudes de parcelación de las haciendas de Mosquitos y Sabanas de Román, de propiedad de la Sociedad Ganadera de Patiño Ltda...";

b) Que "en el acta Nº 1104, de 22 de enero de 1957... el doctor Echeverri Herrera manifiesta que los miembros de la Junta deben estar ya enterados de la renuncia que de su cargo se ha permitido presentar ante el Excelentísimo señor Presidente de la República, por conducto del señor Ministro de Agricultura, la que le fue solicitada telefónicamente por el mismo señor Presidente, el día lunes, 21 de los corrientes, a las 5 p. m., y explica que inmediatamente se enteró de ella el señor Ministro de Agricultura";

c) Que "en el acta Nº 241, de 22 de agosto de 1956..." se dice lo siguiente: "Agencia Crediticia Agua Chica, Mag. - Aprobó el comité en principio el establecimiento de una agencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, con todas sus dependencias, en la población de Agua Chica, Departamento de Magdalena, ordenando, en consecuencia, solicitar la respectiva autorización a la Superintendencia Bancaria"; y que en el acta Nº 1073, de 7 de diciembre de 1955, aparece lo siguiente: "Estudio sobre la oficina en Agua Chica, Mag. Por solicitud del señor Ministro de Agricultura, comisiona la Junta a la sección de sucursales y agencias para que estudie cuidadosamente la posibilidad de establecimiento de una oficina de la Caja de Crédito Agrario, con servicio de ahorros, en Agua Chica, Mag".

DESARROLLO DEL PROCESO Y COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CALIFICAR EL MERITO DEL SUMARIO

La Comisión Nacional de Instrucción Criminal, con fundamento en publicaciones aparecidas en los periódicos "Intermedio" y "La República", en las cuales se decía que el señor Gustavo Rojas Pinilla, por la época en que desempeñó la Presidencia de la República, había pro-

puesto "tortuosos negocios al doctor Carlos Echeverri Herrera", cuando este último ocupaba la Gerencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, dispuso abrir la correspondiente investigación, la que, una vez perfeccionada, fue remitida a la Cámara de Representantes para los efectos indicados en el ordinal 5º del artículo 102 de la Constitución Nacional.

Examinado el proceso por la Cámara de Representantes, decidió presentar acusación ante el Senado de la República contra el señor Gustavo Rojas Pinilla, designando para llevar su vocería al doctor Emiliano Guzmán Larrea, quien en ejercicio del cargo formuló a aquél los siguientes cargos:

a) Indignidad por mala conducta en el ejercicio de sus funciones de Presidente de la República;

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

c) Por el delito de CONCUSION (artículo 156 del Código Penal).

El día 22 de octubre de 1958 el Senado de la República aceptó la acusación y dispuso tener como pruebas todas las practicadas por la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, al igual que ordenó cumplir otras diligencias.

Agotado el trámite dentro de la Comisión Instructora del Senado de la República, mediante Resolución de 15 de diciembre de 1958, esta corporación legislativa dispuso lo siguiente:

"a) Llamar a responder en juicio ante el Senado, por los trámites señalados en el Título V, Capítulo I, Libro III del Código de Procedimiento Penal, al señor Gustavo Rojas Pinilla, General en retiro, mayor de edad, de esta vecindad, hijo del señor Julio Rojas y de la señora Hermencia Pinilla de Rojas, POR INDIGNIDAD POR MALA CONDUCTA EN EL EJERCICIO DEL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, durante el período comprendido entre el 13 de junio de 1953 y el 10 de mayo de 1957;

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

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

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

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

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

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

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

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

En cumplimiento de la anterior providencia, el Senado de la República adelantó el juzgamiento político y envió a la Corte Suprema de Justicia el proceso para que se adelantara el juicio penal al sindicado con respecto al delito de Concusión, sobre el cual declaró que "sí hay lugar a seguimiento de causa".

Recibido el negocio en esta corporación, mediante auto de 27 de octubre de 1960, por mayoría de votos se dispuso la excarcelación caucionada del señor Gustavo Rojas Pinilla, con fundamento en lo previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, que dice lo siguiente:

"Si antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que

mereciere como pena privativa de la libertad, por el delito de que se le acusa, habida calificación que debería darse a la delincuencia, será también puesto en libertad mediante caución''.

En este proveído, la Sala llegó a la conclusión de que el delito imputado al señor Gustavo Rojas Pinilla no alcanzó a consumarse, habiéndose iniciado sólo su proceso ejecutivo, lo cual apenas permite calificar la conducta del sindicado como una tentativa del delito de Concusión.

Las consideraciones hechas entonces son las que pasa a transcribirse:

''... Es suficiente...'' lo expuesto... ''para concluír, de manera indudable, el que de parte del denunciante y ex Gerente de la Caja de Crédito Agrario, doctor Carlos Echeverri Herrera, no hubo promesa para satisfacer la solicitud que afirma le hizo telefónicamente el sindicado, con el objeto de obtener la financiación de los fundos de propiedad de la sociedad ganadera que gerenciaba el sindicado, siendo Presidente de la República.

''Con el fin de sustentar la tesis de que la concusión, a la luz de nuestro Código Penal, es un delito material, el defensor del sindicado invoca la autoridad de algunos tratadistas italianos, entre ellos los profesores Antolisei, Raniero, Petrocelli, Levi y Giuseppe Mauro, y a la de algunas sentencias de la Corte de Casación italiana.

''Dichas citas son oportunas en lo que respecta al estudio de la naturaleza jurídica del delito de concusión, tal como lo define el artículo 156 de nuestro Código Penal, copiado casi literalmente del artículo 317 del Código Penal de Italia, cuyo texto es el siguiente:

'Artículo 317. El funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, constriña o induzca a alguno a darle o a prometerle indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, será castigado con reclusión de cuatro a doce años y con multa no menor de tres mil liras'.

''Al lado de los autores que cita el señor defensor en apoyo de su tesis, se encuentra también la autoridad de Giuseppe Maggiore, quien al respecto expresa lo siguiente: '*El momento consumativo* se verifica apenas el funcionario público ha constreñido o inducido al sujeto pasivo a dar o prometer. En efecto, entonces la acción queda subjetiva y objetivamente agotada, y el delito perfecto; la entrega efectiva, si ya existe la promesa, no es un elemento constitutivo del delito, sino sólo su consecuencia. Unicamente habrá tentativa en el caso de que la petición o la pretensión del concusionario no sea acogida, es decir, no sea seguida de entrega ni de promesa' (''Derecho Penal'', v. III, p. 188).

''Como nota al texto transcrito, agrega Maggiore: 'hay quien niega en la concusión la posibilidad de la tentativa', V. Gavazzi, ob. cit., 36. Este error procede de Carrara, quien consideró la concusión como delito formal (Programa... Parágrafo Nº 2583) siendo así que se trata de un delito material típico, en cuanto se consuma al verificarse el resultado.

''Pero es el expositor Stefano Riccio, tal vez quien más detenida y claramente demuestra que en el delito de concusión, tal como lo define el Código Penal italiano, es posible la figura de la tentativa. Este autor expone al respecto lo siguiente:

'La inducción o la coerción de una parte produce la turbación del normal funcionamiento y del prestigio de la administración pública, atinente en forma particular a la observación del deber de probidad de los funcionarios públicos, de otra parte la lesión al patrimonio del particular y a su libertad de consentir.

'No se trata de dos resultados materialmente distintos, de dos momentos cronológicamente sucesivos, sino de un resultado único, el cual asume diversos aspectos, según se considera en relación con el particular o con la administración pública.

'Ambos efectos son esenciales; de allí que sólo en el momento en el cual se verifican, se consuma el delito.

'Exactamente el artículo 317 define el momento consumativo con las palabras: El funcionario público... que constriñe o induce a alguien a dar o prometer... indebidamente. Si es verdad que el delito se consuma sólo cuando todos los elementos, que forman su esencia, se encuentran reunidos en el hecho criminoso, del cual se trata, es decir, si delito consumado es aquel hecho criminoso, en el cual se encuentran reunidos todos los requisitos que la ley considera necesarios para integrar la figura típica del delito, es en consecuencia necesario decir que en el momento en el cual el hecho cumplido por el agente reproduce en su totalidad los elementos necesarios y suficientes para dar vida al delito, éste se consuma, aunque no se agote.

'La dación o promesa lesiona el objetivo jurídico particular del delito; en el momento de la dación o promesa, se verifica el último elemento necesario y suficiente para la integración de su figura típica: es decir, la concusión se consuma. El momento consumativo puede no coincidir con

aquel en el cual se realiza el hecho material o el resultado hacia el cual miraba el funcionario público, es decir, la obtención del provecho no debido.

'Si, en verdad, la promesa de dar, es suficiente para integrar el delito, ella marca el momento consumativo del delito, mientras la efectiva dación o entrega marcará el momento consumativo del daño al particular; daño al particular que si bien agota el delito, representa sin embargo en la economía del caso legal, un *post factum* no punible, o con mucho sólo tendrá eficacia modificativa para los efectos de la existencia de las atenuantes de que hablan los numerales 4º y 6º del artículo 62 y de la agravante de la cual habla el numeral 7º del artículo 61.

'Como observa Levy, se deben considerar dos casos: O después de la promesa continúa el abuso y la inducción o el constreñimiento, de la cual es medio y se tiene una progresión criminosa que se consuma con la dación; o a la promesa sigue la dación sin ninguna ulterior actividad por parte del funcionario público, y ello excede de la objetividad material jurídica del delito, constituyendo de él sólo una consecuencia...

'La concusión pertenece al grupo de delitos, en los cuales, el hecho material, jurídicamente importante consiste en una serie de fenómenos exteriores y no en el puro y simple exteriorizarse de la acción, en cuanto no es suficiente para la integración del caso legal la exteriorización de la coerción o de la inducción; sin embargo, en el momento mismo en el cual la coerción o la inducción son proyectadas contra el particular, si éste engañado o coaccionado, da o promete la utilidad, se consuma el delito, porque además del elemento medio y la acción del delito, tiene existencia también un resultado externo jurídicamente apreciable.

'El momento consumativo en consecuencia, en la concusión está al final del momento ejecutivo, pero no coincide con él y se realiza cuando el constreñimiento o la inducción alcanza el efecto exterior al verificarse el dar o el prometer por parte del particular.

'...De cuanto se ha dicho puede deducirse que la concusión es delito plurisubsistente, con *iter criminis fraccionable*. De ello se deriva la admisibilidad de la tentativa bajo la dúplice forma contemplada por el artículo 56, como habíamos ya dicho. El problema venía siendo resuelto en varias formas según se considerara el carácter material o formal del delito, si bien aún en esta hipótesis haya sido sostenida la configuración de la tentativa.

'Las dos cuestiones...', continúa Riccio..., 'deben ser resueltas independientemente la una de la otra. La concusión es delito plurisubsistente (no instantáneo) y por ello en relación a él puede tenerse el delito tentado verdadero y propio o el delito frustrado, pudiendo no completarse el *iter criminis* o no verificarse el hecho o resultado.

'El momento consumativo debe situarse en la dación o en la promesa de la dación de lo no debido, causada por la constricción o por la inducción; en consecuencia, no obstante no exigirse el que el hecho o el provecho o el daño se haya materialmente realizado, no coincide sin embargo la conducta del sujeto activo, tendiente a constreñir o a engañar, así esté compuesta de varios actos, con la declaración de dar o de querer dar del sujeto pasivo particular.

'En consecuencia, para que se dé la tentativa, es necesario el que se hayan cumplido actos ejecutivos, por los que respecta no ya a la obtención del provecho y a la producción del daño, sino más bien a la constricción y a la inducción en engaño, con tal de que la voluntad tienda claramente al fin delictuoso y los actos revistan el carácter de univocidad.

'Siempre que los actos cumplidos sean idóneos y dirigidos en forma no equívoca al resultado...', concluye este autor..., 'se da la tentativa; carece de importancia por ello, que los actos hayan sido cumplidos en el ámbito del propio o del ajeno derecho y que sean lejanos o próximos al momento consumativo. Objeto del delito de concusión es el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública; es suficiente para la existencia de la tentativa que los actos sean ejecutivos y unívocamente tendientes a la lesión del bien protegido prevalentemente, aun en el caso de que fuera imposible el apoderarse del dinero exigido' (Delitti contra la Publica Administrazione)''.

En el mismo auto, agrega la Sala lo siguiente:

''Por otra parte, resulta ineficaz y sin importancia práctica, la tradicional división de los delitos en materiales y formales, ya que esta división ha sido criticada y desechada por la mayoría de los modernos tratadistas y por la jurisprudencia, puesto que ella ocasiona dificultades desde el punto de vista de la tentativa, así como para determinar el momento consumativo del delito, como expresamente lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, en fallo de ca-

sación penal de 21 de mayo de 1956, en el que se dijo:

'Para determinar si un hecho punible admite o no tentativa y frustración resultan ineficaces las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos, porque la realidad palpitante de la vida demuestra que aun en los dos últimos pueden existir tales manifestaciones recortadas de la acción criminosa. La pauta decisiva hay que buscarla en el *iter criminis:* Si el delito es susceptible de un proceso ejecutivo, de un fraccionamiento en varios actos que no alcanzan a lesionar el bien jurídico amparado por la norma penal, entonces caben las formas imperfectas o degradadas del ilícito, presupuesto naturalmente el dolo que guía la actividad del malhechor. En consecuencia, las infracciones que se perfeccionan con un acto único (*qui unico actu perficiuntur*), excluyen la tentativa, porque se consuman tan pronto como se inician, en virtud de carecer de un *iter criminis*...'." (G. J. t. LXXXII, p. 654).

Cita luego la Sala al tratadista Jorge Frías Caballero, quien en su obra sobre "El Proceso Ejecutivo del Delito", expone lo siguiente:

"La división de los delitos atendiendo al momento de la consumación, en formales y materiales, no tiene ningún valor, sobre todo desde el punto de vista de la tentativa. Ocasiona dificultades incluso, cuando partiendo de ella, se quiere determinar el momento consumativo de los llamados formales. La verdad es que si bien no todos los delitos requieren para llegar a la consumación el acaecer de un resultado material de cierta índole, todos, sin excepción, requieren la producción de un resultado sensible como ya lo hemos señalado antes. No hay delito sin resultado. Lo han dicho v. Liszt, Altavilla, Massari, Jiménez de Asúa, Battaglini, Carnelutti, etc. etc., como ya lo hemos visto en otras oportunidades. Esta controversia que podrá parecer un poco verbal, como lo han entendido algunos, no lo es, si se la mira desde el punto de vista de los delitos que siendo formales, pueden consumarse, es decir, alcanzar su resultado propio, por medio de una actividad fraccionable en el tiempo y en el espacio. Es en estos casos y no en los otros en que la aceptación del principio: el delito formal no admite tentativa, es un prejuicio ineficaz y un obstáculo insalvable y perjudicial...

'Es por esta razón que no es una simple *sutileza* llamar plurisubsistentes a los delitos que siendo o no formales, admiten fraccionamiento y por ende tentativa, y unisubsistentes (*qui unico actu perficiuntur*), a los que no la admiten, porque su esencia estriba en que el momento de ejecución y el de la consumación coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente, siendo la tentativa imposible. Tal terminología agrega mucho a la falsa idea de los delitos formales y queda subsistente, apoyada en la realidad de la vida, la diferencia cualitativa que hay entre la injuria oral y la escrita. Es por esto que tal terminología ha sido aceptada por muchísimos tratadistas. De acuerdo con ella, la tentativa no es posible en los delitos que se perfeccionan *unico actu*, como se sostiene por Manzini, Mecacci, Battaglini, Sabatini, etc., en tanto que ella es posible en los llamados plurisubsistentes, es decir, en los de ejecución compuesta, sean o no formales, pues su ejecución es fraccionable temporal y espacialmente, razonamiento aplicable a la categoría de los delitos de peligro, que ciertamente no se superpone a la de los delitos formales'.

"'De aquí se deduce...", afirmó esta Sala entonces..., "que el último requisito señalado..." para el delito de concusión..., "o sea la entrega o promesa de dinero o de cualquiera otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como consecuencia de la intimidación o el fraude de aquél, constituye lo que se denomina momento consumativo del reato; por lo tanto, si este requisito de la promesa o entrega no se logra, como se vio que no lo obtuvo el sindicado en el caso en estudio, se concluye necesariamente que el delito imputado no se consumó. Puede ocurrir que los actos atribuídos al sindicado configuren un principio de ejecución, siempre que se establezca que dichos actos tuvieron la eficacia de constreñir, inducir o convencer al denunciante; en este caso se tendría un simple conato, pero no un delito consumado de concusión, ya que la promesa y menos la entrega de dinero o de otra utilidad no se obtuvieron por parte del sindicado. En el caso de que los actos atribuídos al acusado no fueron eficaces o idóneos para intimidar o convencer o inducir al denunciante y ex Gerente de la Caja Agraria, doctor Carlos Echeverri Herrera, se tendría una penalidad mínima por un delito imposible de concusión, previsto y sancionado también en armonía con el artículo 18 del Código Penal, el cual autoriza para disminuír discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y aun prescindir de ella.

"Aplicando la original terminología y clasificación de los delitos en unisubsistentes, o sea aquellos en que el momento de la ejecución y el de la consumación se sueldan íntimamente en un acto único, y en plurisubsistentes, o sea aquellos en que el proceso ejecutivo es fraccionable en

actos distintos que marcan el *iter criminis*, a la definición que el artículo 156 de nuestro estatuto penal da del delito de concusión, sin mayor dificultad se comprende que éste es plurisubsistente, porque para alcanzar su resultado propio material se requiere, de parte del agente, una actividad fraccionable en actos distintos, ya que el concusionario, para lograr la meta deseada, la dación o la promesa de dación de dinero o cualquiera otra utilidad ilícita, ordinariamente ha de ejecutar distintos actos sucesivos, especialmente si el sujeto pasivo de la infracción... no es una persona natural, sino una persona jurídica, como ocurre en el caso en estudio, gobernada y administrada por varias personas naturales...

"De lo dicho necesariamente se concluye que para que el acusado hubiera podido consumar el propósito que en su denuncia le atribuye el doctor Echeverri Herrera, de realizar con la institución de crédito semioficial que éste gerenciaba, la parcelación de los fundos pertenecientes a la sociedad ganadera que aquél representaba, no le habría bastado con constreñir o inducir a su denunciante, sino, por lo menos, a la mayoría de los miembros de la directiva de la Caja de Crédito Agrario. Pero esta directiva, según lo declara el propio denunciante, no alcanzó a conocer ni a estudiar la solicitud de parcelación de las expresadas fincas.

"Por otra parte, en este proceso no existe, hasta ahora, prueba que demuestre que el sindicado hubiera hablado de la proyectada parcelación con persona distinta del denunciante y ex Gerente de la Caja de Crédito Agrario, doctor Echeverri Herrera, pues los testigos doctores Eduardo Berrío González y Hernando Salazar Mejía, dicen que de esto se enteraron porque se lo contó el mismo denunciante. De lo dicho hay que deducir que el propósito que a este respecto le atribuye al sindicado el doctor Echeverri Herrera, apenas inició su proceso ejecutivo, pero no llegó a materializarse en su consumación, puesto que el momento consumativo de dicho propósito no podía ser otro que el efectivo logro de la anhelada parcelación, o por lo menos una promesa al respecto de la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario, que era la entidad que debía decidir este asunto de conformidad con los estatutos, es decir, acerca de la aceptación o rechazo de la propuesta o pretensión del ex Presidente Rojas Pinilla..." (fls. 86 a 106 del Cd. Nº 11).

Posteriormente, en auto de 26 de noviembre de 1960, en atención a lo solicitado por el defensor del señor Rojas Pinilla, se dispuso "solicitar al señor Presidente del honorable Senado de la República copia auténtica de las piezas contentivas de las declaraciones de los señores Antonio Alvarez Restrepo, Carlos Echeverri Herrera, General Marco A. Villamizar y gerentes de los bancos de la ciudad, rendidas dentro del proceso que por el delito de concusión adelantó aquella alta corporación contra el ex General Gustavo Rojas Pinilla", piezas que ya obran en este negocio (fls. 144 a 163 del Cd. Nº 11).

Por último, mediante providencia fechada el 14 de febrero de 1961 se declaró cerrada la investigación y se dispuso correr traslado al señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, para el concepto sobre el mérito de la misma, el cual fue rendido el día doce de abril último (fls. 169 a 202 del Cd. Nº 11). Y de los autos de 23 de junio y de 2 de agosto, aparece que las ponencias presentadas por los doctores Julio Roncallo Acosta y Primitivo Vergara Crespo, sobre calificación del mérito de este sumario, fueron rechazadas por mayoría de votos en las sesiones de esta Sala, verificadas el 22 de junio y el 2 de agosto del corriente año, respectivamente.

Ahora bien:

Con respecto a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para calificar el mérito de este sumario, esta Sala, por mayoría de votos, resolvió el punto afirmativamente, al ocuparse del proceso también seguido contra el señor Gustavo Rojas Pinilla por "delitos contra los funcionarios públicos", de que trata el Capítulo VIII, Título III, del Libro Segundo del Código Penal, en providencia de 2 de agosto de 1960 (G. J. XCIII, Nos. 2228-2229, p. 20 a 64), de la cual cabe transcribir lo siguiente:

"...La Alta Cámara no profirió auto de vocación a juicio por el delito 'contra los funcionarios públicos' a que su auto hace referencia, sino que dispuso que de la infracción se ocupara la justicia ordinaria, si bien empleando la declaración de haber lugar a seguimiento de causa que, de una parte, en el entendimiento del Senado, según se ha visto, no tiene el alcance de una resolución sobre llamamiento a juicio; y, de otra, era innecesaria, pues resultaba suficiente la orden de poner el proceso a disposición de la Corte, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, si se atiende a que el mismo Senado afirma que en el procesamiento del Presidente de la República, fuera de los plazos señalados en el artículo 131 de la Constitución Nacional (como ocurre en este negocio), no es menester acusación de la Cámara de Representantes, ni declaración del Senado sobre haber

lugar a seguimiento de causa, conclusión a la cual también llega la Sala en esta providencia, como se examinará más adelante.

"Además, el Senado de la República dispuso el envío del proceso a la Corte para que resolviera no sólo '*sobre llamamiento a juicio y juzgamiento...*', sino también para que examinara su propia competencia. Lo dice claramente así en su providencia de 9 de diciembre de 1958, en frase ya transcrita, pero sobre la cual no sobra insistir, a saber:

'Sobre las decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto a las violaciones del Código Penal en el capítulo que trata de Delitos contra los funcionarios públicos, tan alta entidad judicial TIENE SU PLENA Y CABAL AUTONOMIA PARA RESOLVER Y ES ALLI DONDE SE DEFINIRA SOBRE LLAMAMIENTO A JUICIO Y JUZGAMIENTO O SOBRE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION...'

. . . . . .

Se hacen luego, en el mismo proveído las siguientes consideraciones:

"a) Si corresponde a la Corte 'juzgar...' (art. 151 de la Carta, atribución 1ª) ...a los altos funcionarios del Estado, es lógico que para ello debe tener también la facultad primaria de todo juzgamiento, que es proferir el auto de proceder, pues la unidad del juicio se rompería si un funcionario dicta el auto de proceder, y otro distinto adelanta la etapa procesal del juicio y profiere sentencia.

"La misma separación que la Carta establece entre las Ramas del Poder Público (artículo 55), y la atribución señalada en ella al Organo Judicial del Estado para administrar justicia (artículo 58), no permite interpretar los artículos 97, 131 y 151 de la Constitución en el sentido de que el Senado, por delitos de que se sindique a los altos funcionarios públicos, inicie el juzgamiento profiriendo el auto de vocación a juicio, para que se continúe, luego, dentro de la justicia ordinaria.

"Cuando el artículo 97 de la Carta dice, con relación a los delitos oficiales (regla 2ª) que 'se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena', no cabe duda que en esta corporación judicial se inicia el juicio dictando al efecto el auto de proceder, una vez que el Senado la autorice para ocuparse del proceso, mediante la condición de procedibilidad contenida en la frase 'haber lugar a formación de causa' (artículo 131), o en la de 'seguir causa' (artículo 97).

"Si así no fuera, en la citada disposición constitucional se hubiera empleado una locución distinta, como la de proseguir el juicio, o la de continuarlo. Sólo con tal entendimiento se podría sostener que el Senado inicia el juicio, y la Corte lo continúa o lo prosigue.

"b) El artículo 594 del Código de Procedimiento Penal no puede interpretarse en forma que coloque esta norma legal en discordancia con la misma Constitución y con el citado Código.

"En consecuencia, cuando en dicho artículo se habla de que el Senado llama a juicio, no puede entenderse cosa distinta de la de que la corporación expide el auto de proceder por la indignidad emergente del delito, dado que sobre esa materia (la indignidad) es por lo que el Senado juzga, de acuerdo con la facultad que le confiere la regla 2ª del artículo 97 de la Carta.

"La cuestión planteada no puede se resuelta tomando en cuenta únicamente los artículos 97 de la Constitución y 594 citado, sino, especialmente, con vista en los preceptos de aquélla que dan competencia al Senado para conocer de las acusaciones de la Cámara de Representantes contra los altos empleados nacionales; los que dan poder al Senado, como tribunal de justicia, para decidirla (artículo 96 de la Carta) y las normas que otorgan competencia a la Corte para juzgar a esos mismos empleados (artículo 151, atribución 1ª).

"Las disposiciones citadas son de naturaleza procesal, pero no todas tienen la misma significación: las atributivas de competencia son de carácter sustancial y, por ende, imperativas, consideradas por la doctrina y la jurisprudencia de orden público; la del artículo 97 de la Carta, como la del 594 del Código de Procedimiento Penal, son meramente instrumentales. Si entre ellas se descubriera falta de consonancia o ambigüedad, deberá prevalecer sobre la norma instrumental la de derecho sustancial.

"El artículo 97 (pero tratándose del juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, dentro del ejercicio del cargo), se concreta a fijar las consecuencias que se derivan de la acusación admitida por el Senado y lo hace estableciendo al efecto cuatro reglas:

'1ª Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspenso de su empleo.

'2ª Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indigidad

por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

'3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

'4ª El Senado podrá someter la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que concurran al acto'.

"Conciernen estas reglas a actividades que debe cumplir el Senado, a actos con incidencia en los procesos en que entiende, finalidad primordial del mandato. El propósito de este artículo no es regular el comportamiento de la Corte frente a los procesos de su competencia, sino indicar los eventos en que ella debe actuar.

"La competencia de la Corte para juzgar a los referidos empleados (señalados en el artículo 102 —ordinal 5º— de la Carta), no tiene su fuente inmediata en el artículo 97, sino en el artículo 151 —atribución 1ª—, competencia que precisa con toda claridad el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, al decir que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia conoce privativamente de las causas que se sigan contra el Presidente de la República, el Encargado del Poder Ejecutivo y los Ministros del Despacho; y el artículo 42 (ordinal 5º), en relación con los demás funcionarios cuya acusación corresponde a la Cámara de Representantes y su juzgamiento a la Sala Penal de la Corte.

"Conocer de un proceso es prestar la jurisdicción desde el acto que lo inicia hasta el acto que lo concluye. La jurisdicción comprende la actividad del órgano desde que se le requiere hasta su consumación en la sentencia. En la jurisdicción penal el juicio comienza con el auto de proceder. Sobre la base de tal premisa, la conclusión no puede ser otra que la de que está reservada la calificación del sumario a quien la Constitución y la ley dieron el poder de juzgar, calificación que puede llevar a la resolución sobre llamamiento a juicio del sindicado.

"Si ha de privar el texto relativo a la competencia, del cual se deriva la facultad para conocer de un proceso, sobre el meramente instrumental contenido en el artículo 97 de la Carta (regla 2ª), que ordena seguir juicio criminal al reo ante la Corte, luego de declarar el Senado que hay lugar a seguimiento de causa o a formación de causa, tales declaraciones que corresponden al Senado tienen sólo la significación de simple permiso o autorización para que la Corte intervenga. Pero, naturalmente, huelga advertirlo, cuando el proceso se adelanta encontrándose el sindicado en ejercicio del cargo público o durante el lapso para el cual fue elegido el Presidente de la República, si es a éste a quien se sindica.

"Es el alcance que el Senado, en este negocio, le dio a la declaración de haber lugar a seguimiento de causa contra el señor Rojas Pinilla, por el delito 'contra los funcionarios públicos' de que se le sindica, declaración que, como se dejó dicho, era innecesaria, pues de acuerdo con lo que esa misma corporación legislativa expresa en su providencia de 9 de diciembre de 1958, a quien ya no es Presidente de la República, porque el período para el cual fue designado se halla vencido, se le puede 'PERSEGUIR Y JUZGAR SIN ACUSACION DE LA CAMARA Y SIN FORMACION DE CAUSA POR EL SENADO', si de delitos se trata, dado el precepto contenido en el artículo 131 de la Constitución Nacional.

"c) 'Conocer de las causas...', que es lo que el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal dispone en relación con los delitos de que se sindique a los altos funcionarios del Estado allí mencionados, es ocuparse de los procesos con facultad para calificar el mérito del sumario. Así se desprende de las demás disposiciones del citado Código en que se señala la competencia de la Sala Penal de la Corte (artículo 42), de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (artículo 44) y de los Jueces de Circuito en lo Penal (artículo 47), en los cuales se determina con la misma frase 'conocer de las causas...', sin que se haya puesto en duda que ella comprende la facultad para calificar el mérito del sumario, dentro de lo cual puede ser proferido el auto de vocación a juicio.

"d) En la providencia de 28 de mayo de 1926 la Sala Plena de la Corte expresó que 'declarar el Senado que hay lugar a seguimiento de causa es frase que debe entenderse en el sentido de que existen los elementos necesarios para que esa corporación permita que se abra la acción pública contra ciertos funcionarios, como sindicados, permiso que es la garantía establecida en derecho público, para favorecer a los altos funciona-

rios del Estado, contra las acusaciones o denuncios ligeros, calumniosos o temerarios' (proceso contra el Consejero de Estado, doctor Ramón Rosales, G. J. t. XXXII, Nos. 1683-1684, p. 313 y ss.).

"e) El doctor Aníbal Cardozo Gaitán dice que la facultad para declarar que hay lugar a seguimiento de causa, señalada al Senado, 'no significa que dicte auto de proceder, sino tan sólo que da su asentimiento, suspendiendo al funcionario, para que el asunto pueda seguir ante la Corte Suprema'.

"Y refiriéndose a los dos juicios que, en su concepto, deben ser seguidos contra los altos funcionarios del Estado, expone lo siguiente (p. 113 y ss. de su obra sobre 'Juzgamiento de los altos funcionarios del Estado'):

'...manifestamos nuestra opinión sobre que la tesis de la total independencia entre las jurisdicciones del Senado y de la Corte es la que mejor se acomoda a las singulares condiciones de estos procesos y al espíritu de los textos constitucionales colombianos.

'El juicio de responsabilidad es uno, aunque seguido ante dos altos cuerpos... No tenemos para qué repetir los argumentos que hemos consignado para demostrar que los procesos ante el Senado son de naturaleza política, y de carácter criminal los que se surten ante la Corte. Con esta diversidad de materias, que hace distintos los criterios de los juzgadores, es suficiente, así lo pensamos, para que se concluya que no debe el Senado someter sus fallos a la revisión de la Corte, ni ésta sentirse ligada a las conclusiones del Senado procediendo cada tribunal con absoluta autonomía, dentro de su propio radio de acción: políticamente el uno, criminalmente el otro. El juicio de responsabilidad podría considerarse como uno solo, pero la responsabilidad es de dos clases: política, la de que conoce el Senado, y criminal aquella cuyo conocimiento compete a la Corte'.

"f) '...es principio capital de derecho procesal penal...', dice el doctor Luis Rueda Concha..., 'que un funcionario debe hacer el sumario y otro distinto calificarlo y fallarlo. Este es un canon fundamental de procedimiento penal' (p. 111, T. I., de las Actas de la Comisión Redactora del actual Código de Procedimiento Penal).

"g) Es cierto que en la legislación procesal penal derogada por el Código vigente sobre la materia, la expresión 'seguir causa criminal...' era equivalente a llamamiento a juicio, pero es natural que si alguna obscuridad existiera en la interpretación de los artículos 97 y 131 de la Carta, la manera de aclararla no sería la de acudir a disposiciones derogadas, sino a las que, por regir, corresponde aplicar, como es la contenida en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal".

Luego, anota la Corte que "la acusación previa ante el Senado y la declaración de haber lugar a seguimiento de causa (con respecto a delitos), no son sino actos condición o condiciones de procedibilidad que afectan el ejercicio de la competencia de la Corte, mas no la existencia misma de ésta..."

"Estas condiciones de procedibilidad (acusación de la Cámara e intervención del Senado, con respecto a delitos) en el juzgamiento por la Corte de los altos funcionarios del Estado...", dice más adelante en la misma providencia..., "se explican porque su procesamiento, con esa intervención de las Cámaras Legislativas, busca crear una garantía política que asegure el régimen que esos altos empleados representa, y evitar la consiguiente conmoción colectiva que traería consigo, por caso, que el Presidente de la República pudiese ser perseguido y juzgado por delitos, dentro de la justicia ordinaria, sin la previa intervención de la Cámara de Representantes, para acusarlo (condición sin la cual el Senado no puede intervenir) y del Senado para declarar (por delitos) que hay lugar a formación de causa (condición sin la cual la Corte no puede juzgar). Y estas razones ya no son valederas con respecto al juzgamiento del Presidente de la República, ni de los demás altos funcionarios del Estado, por delitos cometidos durante el ejercicio del cargo, pero cuando la acción penal se inicia después de que han cesado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, como ocurre en este proceso.

"Claro que en la mayoría de las infracciones previstas en el Código Penal va implícita la indignidad por mala conducta, cuando el delito se comete durante el ejercicio del elevado cargo público (en la mayoría, porque hay conductas delictivas que no originan esa indignidad, como sería el evento de unas lesiones personales cometidas en un accidente automoviliario, solamente imputables a negligencia o a imprudencia). Y en estas situaciones, siendo indiscutible la competencia del Senado para conocer por esa indignidad (regla 2ª del artículo 97 de la Carta), aun tratándose de juzgar por ella los altos funcionarios del Estado, cuando la acción penal se inicia luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones y por cuanto a esa indignidad no se

refiere el artículo 131, es lógico que la Cámara de Representantes, como se hizo en este negocio, al acusar por la referida indignidad al señor Rojas Pinilla, debe señalar el posible delito que la origina, cuya averiguación, entonces, debe hacerla el Senado, pues ese delito sería el fundamento del cargo político, cuyo juzgamiento (por la indignidad) corresponde al Senado.

"La conexidad que establece la fuente de la represión política (la indignidad) y de la sanción penal (el delito), que es, en tales casos, una sola, el hecho estimado como violatorio de la norma penal, obliga a que la instrucción que adelante el Senado se ocupe de establecer la existencia de ese delito, mas no porque en relación con él esa corporación legislativa deba hacer una declaración de haber o no lugar a seguimiento de causa, para que la Corte conozca del delito, sino porque es el presupuesto para que el Senado pueda llamar a juicio por la indignidad, a fin de imponer la sanción, que en este caso de juzgamiento de los ex funcionarios del Estado, es pertinente: La privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos, con fundamento en la facultad señalada para el Senado por la regla 2ª del artículo 97 de la Carta.

"A esta sanción política no podría sustraerse el alto funcionario público que se haya hecho acreedor a ella, sólo porque la acción penal se inicie luego de que ha cesado en el ejercicio del cargo. Por tanto, esa facultad del Senado para imponerla, previa acusación de la Cámara de Representantes, con respecto a los ex funcionarios de la Nación, es indiscutible.

"Por último:

"La Corte Suprema de Justicia, como se dejó dicho, mantiene su competencia para juzgar por delitos a los altos funcionarios del Estado, así la acción penal se inicie luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones, sin que el ejercicio de ella esté condicionado a la previa acusación de la Cámara y a la intervención del Senado para declarar (autorizar) que hay lugar a seguimiento de causa o a formación de causa.

"Ocurre que tratándose de delitos (comunes u oficiales) cometidos durante el término del ejercicio de las funciones públicas, la acción penal nace con la determinación, desde ese instante, del juez que debe juzgar.

"Y si la violación punible es imputada al Presidente de la República o al Encargado del Poder Ejecutivo o a un Ministro del Despacho, ese juzgamiento corresponde a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

"Pues bien:

"a) Si la acción penal se adelanta durante el período de ejercicio del cargo, esa competencia de la Corte para juzgar está condicionada a la intervención del Senado para declarar que hay lugar a seguimiento de causa (artículo 97 de la Carta), o a formación de causa (artículo 131 ib.), declaración que no es una resolución sobre llamamiento a juicio, por delitos, contra el procesado, sino la autorización para que la Corte conozca por las violaciones punibles.

"Pero el Senado de la República sólo tiene facultad para otorgar esa autorización para que la Corte juzgue, si por el delito o delitos a que ella se refiere, la Cámara de Representantes presentó acusación ante la Alta Cámara. Esa acusación equivale a lo que Florián denomina *richiesta,* o demanda de ciertas autoridades, sin la cual la acción penal no puede adelantarse, y que es igual a la prevista en el artículo 7º del Código Penal, pues en los eventos que esta disposición señala no se puede adelantar el proceso sino mediante querella o 'petición del Procurador General de la Nación'.

"b) Si la acción penal se adelanta sólo después de que el alto funcionario acusado cesó en el ejercicio del cargo, la competencia de la Corte para juzgar (determinada desde cuando se cometió el delito y surgió la acción penal) ya no está condicionada, en su ejercicio, a la previa intervención de las corporaciones legislativas.

"c) Si la Cámara de Representantes acusa a un alto funcionario del Estado, luego de que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, para que el Senado le imponga las sanciones políticas (privación temporal o absoluta de los derechos políticos), y esa acusación fundamenta la indignidad en la realización de algún delito durante la época en que el acusado ejerció el cargo, el Senado, como funcionario de instrucción para conocer de la indignidad también tiene competencia para investigar sobre la existencia de la violación penal, pues sin la comprobación de ésta no podría llamar a juicio al acusado por esa indignidad, ni juzgarlo, ni imponer las penas políticas pertinentes. Pero la facultad de instruír con respecto a la infracción penal no le impone la necesidad de autorizar a la Corte para que ésta juzgue al sindicado por el delito, mediante la declaración de haber lugar a formación de causa, dado que esta condición de procedibilidad sólo es necesaria cuando la acción penal se inicia durante el período en que el alto funcionario del Estado ejerce el cargo. En este caso, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, es sufi-

ciente que la alta corporación legislativa ponga el proceso a disposición de la Corte, para lo de su competencia".

Las consideraciones hechas en la providencia aludida y lo expuesto, sobre el mismo particular por esta Sala, en los autos de 10 de agosto de 1959 (f. 201, del Cd. Nº 9) y de 11 de septiembre de 1959 (f. 247, Cd. ib.), son pertinentes para afirmar la competencia de la Corte respecto de la calificación del mérito de este sumario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de reiterar su concepto de 19 de agosto de 1960 (fs. 15 a 41 del cuaderno Nº 11), el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal estima que se dan las exigencias del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para que se llame a responder en juicio criminal al señor Gustavo Rojas Pinilla "por el delito de concusión perpetrado contra los intereses de la Caja Agraria".

Con cita de las opiniones de Carrara, Luis Carlos Pérez y Antonio Vicente Arenas, quienes apoyados en la teoría de que en los delitos formales no es dable el grado de tentativa, estiman que la concusión no la admite, afirma que los hechos imputados al procesado constituyen un delito perfecto, siendo del caso indicarlo, así, en el auto de proceder, y, además, revocar el beneficio de excarcelación caucionada concedido al señor Rojas Pinilla, pues en caso de un fallo condenatorio la pena imponible sería mayor de la que tuvo en cuenta la Corte, al calificar los cargos como tentativa de concusión, para otorgarla.

Lo que transcribe de los tratadistas citados, es lo siguiente:

a) De *Luis Carlos Pérez* ("Derecho Penal Colombiano", Parte Especial, v. 1, p. 176 y 177):

"No importa que no se haya dado nada al funcionario. *Basta que se le haya prometido lo que se sabe que no se le adeuda...*" subraya la Sala... "Tampoco importa que las entregas o las promesas beneficien inmediatamente, porque pueden estar dirigidas a terceros con los cuales el empleado tiene vinculaciones.

"Lo anterior destaca el *carácter formal* de esta infracción: se consuma no cuando el sujeto pasivo ha entregado el dinero o los bienes, sino en el momento en que el servidor público instiga, engaña, induce, intimida.

"Si se consuma con la mera exigencia, es claro que queda descartado el grado de tentativa".

b) *Francisco Carrara* ("Programa de Derecho Criminal". Parte Especial, v. 5º, pg. 124, Parágrafo Nº 2583):

"Piénsese lo que se quiera de estas opiniones, lo cierto es que la corrupción no es un delito *formal,* porque requiere un *resultado,* y el resultado consiste en el asentimiento obtenido o en la aceptación del oficial, de manera que equivocadamente se diría que se consuma con la sola acción sin pasión. Por el contrario, la concusión es verdaderamente un delito *formal,* porque para su consumación no es necesario que el particular haya dado realmente el dinero que se le quería quitar por el temor o por el engaño. El delito se agota por la sola acción del oficial público dirigida al engaño o a la intimidación de otro. Esta acción deberá ser completa en sus condiciones especiales para que el delito pueda llamarse perfecto; pero cuando esté en sí misma completa, el maleficio estará consumado, porque en éste la objetividad jurídica no radica en el derecho *particular,* sino en el derecho *universal* o *social;* y la agresión de éste es perfecta tan pronto como fue agotada subjetivamente la acción".

c) *Antonio Vicente Arenas* ("Comentarios al Código Penal", T. 1º, p. 83):

"Debe tenerse presente que la concusión es uno de los delitos llamados *formales,* en los que no se requiere la producción de un determinado evento para que se consume. Esta infracción penal se consuma con el solo acto de constreñir o inducir a alguien a dar o prometer, aunque no se obtenga la dádiva o la promesa. Si el tercero es constreñido a dar o prometer y se niega a lo uno o a lo otro, no por eso puede decirse que se trata de un conato de concusión. Es un delito perfecto o consumado. Como delito de peligro que es no requiere para su consumación un perjuicio efectivo sino meramente potencial. Por lo demás, la cantidad o la calidad de las dádivas o las promesas es indiferente para que se estructure el delito..."

Igualmente menciona el Ministerio Público los conceptos de Eusebio Gómez, González Roura y Sebastián Soler, quienes comentan la legislación penal de la Argentina, en respaldo de su punto de vista sobre imposibilidad de que ocurra la tentativa en el delito de concusión.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Existe la prueba requerida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder contra el señor Gustavo Rojas

Pinilla, por el delito de concusión, en el grado de tentativa, quien desempeñaba la Presidencia de la República cuando ocurrieron los hechos de que se le sindica.

La disposición procesal citada exige que en el sumario "aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resulte, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe, del hecho que se investiga".

El delito, expresa Mezguer, es "una conducta típicamente antijurídica y culpable".

La tipicidad hace relación a la coincidencia de un hecho, de un acto humano con una definición de la ley penal. La reunión de los elementos constitutivos del delito, dice el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, son la base de la comprobación del cuerpo del delito.

La *concusión* la comete "el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad" (art. 156 del Código Penal).

Requiere, pues, esta infracción penal los siguientes elementos típicos:

a) *Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito.*

Esta exigencia, con respecto al sindicado señor Rojas Pinilla, está plenamente comprobada en este proceso con los documentos que dan cuenta que el nombrado ejerció la Presidencia de la República durante el período comprendido entre el 13 de junio de 1953 y el 10 de mayo de 1957.

b) *Abuso del cargo o de las funciones.*

La extralimitación de las facultades oficiales o la omisión de las mismas, es lo que constituye el abuso de las funciones.

El abuso del cargo hace relación a actos que no corresponden a la competencia oficial del funcionario público, pero que son facilitados por esa particular calidad del agente.

"Abuso...", dice *Giuseppe Maggiore* ("Derecho Penal", T. 3º —Parte Especial—, p. 186, Edit. "Temis", Bogotá, 1955), "es el uso ilícito de las calidades de funcionario público. Supone la posesión legítima de esas calidades... El abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones; esto hace que haya delito, tanto cuando el funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional, como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, para cometer el delito. Comoquiera que sea, la coacción o la inducción deben cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario público..."

Puede, pues, el funcionario público incurrir en el delito de *concusión* aun respecto de actos que no corresponden a su competencia oficial, pues basta que su condición de funcionario público los facilite.

Así lo anota también *Luis Carlos Pérez* ("Derecho Penal Colombiano", t. 1º —Parte Especial—, p. 175; Edit. "Temis", Bogotá, 1956), quien dice que "no es necesario que el empleado ponga sus funciones al servicio de la actividad punible, sino que es suficiente con que destaque ilícitamente la condición pública de que está investido..."

Pues bien:

Habiendo existido, como aparece demostrado, la proposición que el entonces Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, hizo al Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor Echeverri Herrera, funcionario dependiente de aquél, en categoría, para que esa institución facilitara económicamente la parcelación de las fincas de "Sabanas de Román" y "Mosquitos", pertenecientes a la "Compañía Ganadera de Patiño Ltda.", que el sindicado gerenciaba, es, entonces, lógico tener como probado que de parte del señor Rojas Pinilla existió abuso de cargo, con esta conducta suya.

La prueba de la aludida proposición del Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, al señor Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, resulta de los siguientes elementos de convicción:

a) *Testimonio del doctor Carlos Echeverri Herrera.*

Su dicho ofrece serios motivos de credibilidad, no sólo por la calidad moral del deponente, sino también porque en las distintas oportunidades en que ha hecho un relato de lo ocurrido (declaraciones juradas de los fs. 4 a 6 del Cd. Nº 1, y de los fs. 21 a 24 del Cd. Nº 4, y diligencias de careo con el señor Coronel Alfonso Pontón —fs. 52 a 55 del Cd. Nº 11— y con el sindicado —fs. 60 a 80 del mismo Cd.—, el declarante no se contradice y es enfático en afirmar la existencia de la proposición que dice le hizo el señor Rojas Pinilla, y en asegurar que dada la condición de Presidente de la República de éste, si bien no aceptó dicha proposición, sí se consideró "presionado" (f. 76 del Cd. Nº 11).

b) *Otros elementos de juicio que respaldan lo declarado por el doctor Echeverri Herrera.*

Además, aparecen en el informativo acreditados otros hechos que respaldan el testimonio del doctor Echeverri Herrera y corroboran la ocurrencia de los que son materia de este proceso, los cuales señaló esta Sala en su providencia de 10 de agosto de 1959, así:

1º El informe de los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar Motta (fs. 103 y ss., del Cuad. Nº 1), fechado el 9 de enero de 1957, en el cual dan cuenta "de la comisión que les fue confiada para estudiar el proyecto en que está interesada la firma 'Sociedad Ganadera de Patiño Ltda.', sobre la parcelación de las fincas que posee dicha sociedad en los Municipios de Río de Oro, Gamarra y Aguachica", informe rendido al señor Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor Carlos Echeverri Herrera.

El examen hecho por los nombrados Bedoya Valencia y Escobar Motta sobre la constitución de la "Sociedad Ganadera de Patiño Ltda." y de sus títulos de propiedad de las haciendas de "Mosquitos" y "Sabanas de Román"; del estado en que se encuentran estas fincas y de la situación social y económica de los colonos que en ellas fueron encontrados; del precio de venta señalado por dicha sociedad a cada hectárea de terreno, indica claramente la existencia de una propuesta de parcelación de dichas haciendas, con anterioridad al citado nueve de enero de mil novecientos cincuenta y siete.

También dicen los informantes que no pudieron recibir datos directos del señor Amín Malkun, por cuanto no se encontraba en la región, "debido seguramente a que no recibió oportunamente el telegrama dirigido por la Gerencia General, en el cual se anunciaba nuestra visita. Por tal motivo...", agregan... "no pudimos establecer claramente si el proyecto de parcelación abarca las dos fincas, o sean las denominadas 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román', o si se circunscribe a una de las dos o a parte de terrenos de una y otra, reservándose la Sociedad porciones de las mismas..."

2º Anota la Sala, en la providencia aludida, que "el doctor Eduardo Berrío González manifiesta que, en su carácter de Ministro de Agricultura y Presidente de la Junta Directiva de la Caja Agraria, el doctor Echeverri Herrera le informó 'a mediados de diciembre del 56', sobre la propuesta que le hizo el acusado respecto de las haciendas 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román' (f. 87 v., del Cd. Nº 4). El doctor Hernando Salazar Mejía expresa que fue noticiado sobre el mismo particular por los doctores Echeverri Herrera y Berrío González, a raíz de haberle sido solicitada la dimisión al primero, y que por tales motivos el Ministro y él resolvieron también presentar sus renuncias irrevocables, como en efecto sucedió (fs. 184 y ss., del Cd. Nº 4)".

Y observa la Sala en el auto citado que el señor Rojas Pinilla explica la conducta de estos declarantes expresando "que fueron engañados por el doctor Echeverri Herrera. Pero es obvio que si así hubiera ocurrido, él habría podido sacarlos con facilidad del error, y evitar una crisis de grandes repercusiones contra la rectitud y prestigio del Gobierno".

3º También dice esta Sala en el mismo proveído que "sobre la otra negociación existen los siguientes datos: el doctor Eduardo Berrío González (f. 88 ib.) informa que 'el Presidente me habló de la conveniencia de comprar una hacienda denominada Jesús del Río, de propiedad de un señor Alcides'; en el cuaderno Nº 1, aparece al folio 86 un escrito firmado por Alcides Bru en que pone 'a la orden de la Caja Agraria' ... 'cinco mil (5.000) hectáreas de tierra de la hacienda ... Jesús del Río; al f. 88 figura una comunicación de 26 de octubre de 1956, suscrita por Jaime Ortega Lafaurie, Director de la Sección de Colonización y Parcelaciones de la Caja, en la cual se le informa al señor Bru que esta entidad ha comenzado a vender parcelas en tres haciendas que posee en la misma región en que se halla ubicada 'Jesús del Río', con lo cual cree interpretar 'los deseos del señor Presidente y desarrollar una labor social en un todo de acuerdo con la política seguida por el Gobierno de las Fuerzas Armadas', y que 'antes de terminar de vender las parcelaciones mencionadas anteriormente, no podremos entrar a negociar nuevas fincas', advirtiéndole, además, que 'las instrucciones que ha recibido esta Sección, al respecto, son terminantes'; al f. 90 existe una respuesta del señor Bru a la nota anterior, fechada el 6 de noviembre de 1956, en la cual se permite hacer al Director, 'a pesar de lo terminante de su comunicación', entre otros, el siguiente apunte: 'Si la ayuda a tales campesinos ha de ser realmente efectiva, como Ud. lo dice en su carta, lo mejor que podría hacer para interpretar fielmente el pensamiento del señor Presidente de la República, sería la de dar la oportunidad a esas gentes de hacerse a parcelas en los terrenos que he venido ofreciendo'; allí mismo, se lee: 'Para terminar, permítame recordarle que después de haberle explicado al Sr.

Presidente las necesidades de los cultivadores de dicha región, él ha visto y comprendido la necesidad de dirigirme nuevamente a Ud. para insistir sobre esta negociación...'; al fl. 92 hay otra respuesta, de 9 de noviembre, al doctor Ortega Lafaurie, en la cual observa el señor Bru: 'Si la ayuda a tales campesinos ha de ser realmente efectiva, como Ud. dice y como lo desea el Gobierno de las Fuerzas Armadas, y especialmente el Sr. Presidente, a quien le he expuesto el problema y bien lo conoce, me ha indicado ponerme nuevamente en contacto con Ud., con el fin de que ustedes compren cuanto antes la cantidad de tierra que quieran...'; al fl. 95 existe una carta dirigida por el Sr. Bru al Gerente de la Caja, el 16 de enero de 1957, en la cual manifiesta: 'Confirmo la oferta que hice el día de ayer para vender parte de la hacienda de 'Jesús del Río', la cual como le dije, tiene interés el Gobierno Nacional...'; al f. 97 se encuentra una nueva misiva del propio señor Bru...", en la cual se dice que "interpretando fielmente el pensamiento del Exmo. Sr. Presidente, General Rojas Pinilla, quien desea que toda la hacienda 'Jesús del Río' fuera parcelada..."; a fs. 79 y ss. corre copia del acta número 1103, correspondiente a la sesión celebrada por la Junta Directiva de la Caja, el 16 de enero de 1957, donde constan las razones por las cuales se rechazó nuevamente la propuesta del señor Bru, y lo que sigue: 'A propósito del caso concreto que se discute, el señor Gerente advierte que algunas personas que se consideran allegadas al Excelentísimo señor Presidente presionan a la Caja para que se comprometa en la compra de determinadas tierras para fines de parcelación. Pero, agrega el Gerente que no obstante dicha circunstancia es de parecer que cualquier propuesta que se reciba en materia de parcelaciones, debería quedar supeditada a la aprobación de la Junta Directiva, en armonía con el plan general que se adopte'. 'La Junta —continúa el acta— estuvo de acuerdo con el señor Gerente al respecto y consideró que, efectivamente, era prudente subordinar la negociación del señor Bru y en general toda propuesta en materia de parcelaciones, al examen general que deberá emprender el Comité consultivo sobre el particular y la política general que con base en dicho examen aconseje el Comité para el mismo fin'; al fl. 98 está otra carta del señor Bru, enviada el 11 de febrero al nuevo Gerente de la Caja, señor Brigadier General Marco Antonio Villamizar, a la cual pertenecen los apartes que en seguida se transcriben 'Desde octubre del año pasado he venido gestionando ante esa entidad, la venta de cierta cantidad de hectáreas de la finca de 'Jesús del Río...', con destino a la parcelación en que el Gobierno Nacional tiene un gran interés...'. 'Como a la reunión de la Junta mencionada ya, asistirá el representante personal de su Excelencia y miembro de esa entidad, Sr. Coronel Pontón, quien está suficientemente ilustrado de toda esta negociación y a la vez ampliamente informado del pensamiento del Excelentísimo señor Presidente de la República, nadie mejor que él podría informar a Ud. sobre la conveniencia de resolver esta operación a la mayor brevedad posible...'; al f. 86 del cuaderno Nº 3 se halla, por último, una tarjeta con el siguiente contenido: 'Presidencia de la República. —Casa Militar—. Bogotá, febrero 21 de 1957. Señor General Marco A. Villamizar. Gerente Caja Agraria. E. S. D. Me permito recomendar de manera especial ante el señor General al portador, señor Alcides Bru S., persona de reconocida honorabilidad y quien tiene iniciado un negocio con esa Entidad. Expreso al señor General, mis sinceros agradecimientos por la atención que se digne prestar a mi recomendado y me suscribo como su Atto. S. S. Tte. Coronel *Ignacio Rengifo Garcés*. Jefe de la Casa Militar de Palacio'. (Hay un sello que dice 'Presidencia de la República - Casa Militar').

"De lo expuesto y transcrito...", señaló esta Sala en la providencia de 10 de agosto de 1959, varias veces citada..., "es menester concluír que la declaración del doctor Carlos Echeverri Herrera sí ofrece serios motivos de credibilidad, conforme a las reglas de la crítica testimonial, porque ella tiene sólido respaldo en los demás elementos de juicio que obran en el informativo, y responde, por lo tanto, al criterio más exigente respecto a la valoración del testimonio. Y visto lo anterior, nada importa que sólo el testigo hubiera escuchado unas propuestas que, por haberle sido hechas directamente y por teléfono, sólo él estuvo en condiciones de oír".

Pues bien:

Esta propuesta del procesado al doctor Carlos Echeverri Herrera constituye un abuso del cargo, por la coerción que a este funcionario oficial ella implica —como se examinará en seguida— y por el interés particular que el sindicado buscaba con ella.

c) *Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno.*

De la constricción o de los actos de inducción puede ser sujeto pasivo un particular o un funcionario público.

Los medios empleados por el agente permiten distinguir entre concusión *explícita* o *manifiesta* y concusión *implícita* u *oculta*.

Dice *Carrara* (obra citada, t. V., p. 114, Parágrafo 2572) lo que pasa a transcribirse:

"Pero el verdadero oficial puede extorsionar dinero del particular ya sea amenazando abiertamente con abusar de sus poderes si no se le da dinero, ya sea engañando ocultamente al particular haciéndole creer que el dinero es verdaderamente debido. De ahí surge la subdivisión de la concusión propia en implícita y explícita. La explícita, si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto, como el que amenaza con arrestar, emplazar, etc., si no se le da dinero. Es implícita, si el oficial da a entender al particular que debe hacer un pago que no es debido, como cuando el perceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuestos, o cuando un canciller, un registrador, etc., exigen un derecho indebido o superior al debido. En ambos casos existe abuso de autoridad con fin de lucro; pero en el primer caso el abuso es patente, y en el segundo latente. En ambos casos el particular que paga injustamente, paga *metu publicae potestatis*, salvo que en el uno se sabe que sufre un abuso, y en el segundo se ignora...".

En la concusión explícita, anota también *Carrara* (obra citada, p. 125, t. V.), cualquier temor basta para dar lugar al delito. "Es por esto que los civilistas advierten que la excepción de concusión es más amplia que la excepción *quod metus causa;* porque para admitir esta última se exige un temor grave *qui cadat in virum constantem,* mientras que para la concusión basta cualquier temor infundido por el magistrado, incluso el temor levísimo y necio y de un mal insignificante...".

Constreñir es compeler la voluntad de alguien mediante la fuerza o la amenaza. Y en la *concusión,* por el miedo al poder público (*metu publicae potestatis*).

La violencia moral o amenaza puede ser explícita o implícita. Y es indiscutible que en la proposición que un funcionario de superior jerarquía dentro de la administración pública, haga a uno de inferior categoría, dependiente de aquél, va implícita la amenaza de un daño para éste si desatiende lo propuesto.

Esta situación no origina delito alguno, si el superior tiene la competencia para dar órdenes al funcionario inferior y ellas se refieren al cumplimiento lícito de las funciones de aquél, como cuando el juez le ordena al secretario del Despacho que notifique una providencia a las personas que deben recibir noticia de ella.

Pero cuando lo propuesto, como en los hechos de que se sindica al señor Gustavo Rojas Pinilla para la época en que ejerció el cargo de Presidente de la República, nada tienen que ver con las atribuciones oficiales de este alto funcionario del Estado, y se refiere, además, a la búsqueda de un lucro indebido, al menos en el orden moral, es indiscutible que la amenaza implícita que esa proposición conlleva, como que fue hecha por el Jefe del Estado a un funcionario oficial cuyo nombramiento dependía de aquél, constituye el delito de concusión, si el sujeto pasivo de esa violencia moral, al tomar en consideración lo propuesto, prometió, siquiera, lo buscado por el agente.

Esta promesa, al menos, es necesario que ocurra para que el delito de concusión resulte perfecto, como pasa a estudiarse.

d) *Entrega o promesa indebidas, de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.*

Este requisito, así como los tres que antes se han indicado, es necesario para que se tenga como consumado el delito de *concusión.* Así lo ha estimado la Corte, en providencias de 15 de septiembre de 1955 (G. J. t. LXXXI, p. 276) y de 25 de abril de 1956 (G. J. t. LXXXII, p. 379), donde ha dicho lo siguiente:

"Son requisitos necesarios de la concusión: a) calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito; b) abuso del cargo o de las funciones; c) empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno, y d) entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude".

Debe repetirse lo que sobre este último elemento del delito de *concusión* anotan *Giuseppe Maggiore* y *Stefano Riccio,* citados por la Sala en la providencia de 27 de octubre de 1960, a saber:

Dice *Maggiore:* "El *momento consumativo* se verifica apenas el funcionario público ha constreñido o inducido al sujeto pasivo a dar o prometer. En efecto, entonces la acción queda subjetiva y objetivamente agotada, y el delito perfecto; la entrega efectiva, si ya existe la promesa, no es un elemento constitutivo del delito, sino sólo su consecuencia. *Unicamente habrá tentativa en el caso de que la petición o la pretensión del concusionario no sea acogida, es decir, no sea seguida de entrega ni de promesa*" (ob. cit., v. III, p. 188).

Expresa *Riccio:* "El momento consumativo debe situarse en la dación o en la promesa de la dación de lo no debido, causada por la constricción o por la inducción; en consecuencia, no obstante no exigirse el que el hecho o el provecho o el daño se haya materialmente realizado, no coincide, sin embargo la conducta del sujeto activo, tendiente a constreñir o engañar, así esté compuesta de varios actos, con la declaración de dar o de querer dar del sujeto pasivo particular" (obra citada).

"Las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos resultan ineficaces para determinar si un hecho punible admite o no tentativa", dijo la Corte en providencia ya mencionada atrás. Esta vieja diferenciación explica el criterio de algunos tratadistas, algunos de ellos mencionados por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal en su concepto, según el cual el delito de *concusión* no admite el grado de tentativa, pues lo consideran como delito formal.

Pero es indiscutible que el delito de *concusión,* como lo define la ley penal colombiana, es susceptible de fraccionamiento en su proceso ejecutivo, esto es, que se trata de una violación penal plurisubsistente. Por tanto, admite el grado de tentativa.

El tratadista Bernardino Alimena ("Principios de Derecho Penal", v. 1º, p. 439 a 441, Edit. "Librería General de Victoriano Suárez", Madrid, 1915), dice:

"Pero mientras existen delitos en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con un solo acto, y se quiere con una acción compuesta de un solo acto, existen otros en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con varios actos o con varias acciones compuestas de uno o más actos. En aquéllos, la consumación va unida a la ejecución; en éstos, entre la consumación y la ejecución hay un *iter criminis.*

"Si volvemos a los ejemplos anteriores, vemos que, mientras en la imputación verbal de hechos o cualidades injuriosas, en un solo acto, entre el pensamiento y la ofensa, no se interpone ningún otro, de modo que si la palabra no se ha pronunciado, nada se ha hecho aún, y si se ha pronunciado, se ha consumado el delito, en el homicidio, por el contrario, entre el pensamiento y la muerte se interponen tantos actos —blandir el arma, asestar el golpe, repetirlo— que la muerte puede seguir a la intención o puede no seguir.

"Los delitos del primer grupo, como se ejecutan en un solo instante, con un único acto —*qui unico actu perficiuntur—,* no admiten un *iter criminis* que conduzca a ellos; los delitos del segundo grupo, como no se ejecutan en un solo instante con un acto único, admiten un *iter criminis.*

"Cuando el agente, por causas independientes de su voluntad, se haya detenido en el *iter criminis,* hay una tentativa, o —reproduciendo una palabra del lenguaje corriente— se dice que el delito ha sido intentado.

"Cuanto hemos dicho, no significa que los delitos, que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admitan tentativa sólo por ser formales. *Esta conclusión es errónea.* Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, sino porque para alcanzar este objeto es menester hacer cierto camino. Tan cierto es esto que si fuese posible matar a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación no habría intervalo alguno. De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, según que, entre la intención y el peligro actual y el daño potencial, haya o no que recorrer cierto camino. Así, imputar cualidades o hechos injuriosos, es siempre, como sabemos, un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición, etc.".

También *Luigi Scarano,* en su obra sobre "La Tentativa" (Edit. "Temis", Bogotá, 1960, p. 301), dice sobre "la admisibilidad de la tentativa en los delitos llamados formales", lo que pasa a transcribirse:

"Reconocidos como requisitos de la institución examinada la univocidad y la idoneidad del acto, resulta posible la tentativa, tanto en relación con los delitos materiales, como respecto a los formales.

"Contrariamente a la antigua doctrina, que reconocía la existencia de la tentativa en el comienzo del delito, y que coherentemente negaba la posibilidad de tentativa en los delitos llamados formales, en los que el comienzo de ejecución se identifica con el momento de la consumación, los ejemplos arriba examinados han demostrado que también en los delitos de pura conducta, en los cuales 'la acción no se cumple' (artículo 56), es configurable la tentativa. Es ésta una de las

consecuencias importantes que se desprenden de la afirmación de que no es posible reducir la tentativa al acto ejecutivo: la tesis contraria, en buena lógica, debería negar que la tentativa se presenta en los delitos formales".

Y como este tratadista pugna por la abolición de la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, considera admisible la tentativa aun en los delitos unisubsistentes. Dice, al respecto: "Dado que para la noción de tentativa no es necesaria la actividad ejecutiva, no se plantea ya con respecto a los delitos que se perfeccionan con un acto (*qui uno actu perficiuntur*) el problema de si es fraccionable esa actividad. No se puede asegurar (anota agudamente Vannini) que en el delito unisubsistente, en cuanto tal, no pueda admitirse la tentativa" (p. 302).

La legislación penal colombiana (artículo 16) requiere que se dé principio a la ejecución, el propósito de cometer un delito determinado y la falta de realización material del acto criminoso.

Ahora bien:

Al menos la promesa que el sujeto pasivo haga al agente, respecto de sus pretensiones, señala el momento consumativo del delito de *concusión*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 del Código Penal Colombiano.

Es esto apenas lógico, pues sólo esa promesa —por lo menos— es lo que revela que el sujeto activo de esta violación punible realmente constriñó al sujeto pasivo, o que los actos suyos tuvieron la capacidad de inducirlo.

Recuérdese que el citado artículo del Código Penal Colombiano, así como el 317 del de Italia, dicen que el delito de concusión existe cuando el funcionario público *constriñe o induce a alguien a darle o prometerle*. Y la evidencia de que hubo constreñimiento o de que el sujeto pasivo fue inducido no puede ofrecerla sino esa promesa —por lo menos— que el sujeto pasivo haga al agente, con respecto a los fines perseguidos por éste.

Y se tiene:

Es el mismo doctor Echeverri Herrera quien afirma que ninguna promesa le hizo al procesado, pues su propuesta no lo convenció, si bien se sintió presionado por ella. De consiguiente, esta última condición del delito imputado al señor Gustavo Rojas Pinilla no tuvo cumplimiento.

El delito de *concusión* investigado alcanzó, pues, sólo el grado de *tentativa*.

—

De lo examinado, se tiene que las exigencias del delito tentado de concusión aparecen plenamente comprobadas. El cuerpo de este delito, en este alcance, está acreditado suficientemente.

De otra parte:

Los elementos de convicción ya examinados arrojan ese mínimo probatorio a que se refiere el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la responsabilidad del procesado para que pueda proferirse, en su contra, auto de vocación a juicio.

Y en cuanto a la revocatoria del beneficio de excarcelación concedido por la Sala al sindicado, en providencia de 27 de octubre de 1960 (fs. 86 a 106 del Cd. Nº 11), como lo solicita el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, por cuanto estima que los hechos imputados al señor Gustavo Rojas Pinilla constituyen un delito consumado de concusión y no habría cumplido, por tanto, la pena imponible en caso de un fallo condenatorio en su contra, la Sala no accede a lo pedido por el Ministerio Público y mantiene, en consecuencia, el beneficio de excarcelación del procesado, en razón de que se trata de una tentativa de concusión, como se dejó dicho, fundamento que tuvo en cuenta la Corte para otorgarle dicha gracia, según el auto ya citado.

—

Corresponde, pues, dictar auto de proceder contra el señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión, en el grado de tentativa.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, LLAMA a responder en juicio criminal de única instancia, por la vía ordinaria, al señor Gustavo Rojas Pinilla, de las condiciones civiles anotadas, quien ejerció la Presidencia de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957, por el delito de CONCUSION de que trata el Código Penal en el Capítulo 2º, del Título III, de su Libro Segundo.

Hágase saber al procesado el derecho que la ley le confiere para designar un defensor que lo asista y represente en el juicio, con la advertencia de que si no lo nombrare dentro de la ejecutoria de esta providencia, le será designado de oficio.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Peláez Trujillo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto

Bravo, con salvamento de voto; *Enrique Coral Velasco,* con salvamento de voto; *Roberto de Zubiría, Gustavo Fajardo Pinzón,* con salvamento de voto; *José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez,* con salvamento de voto; *Enrique López de la Pava,* con salvamento de voto; *Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Arturo C. Posada,* con salvamento de voto; *Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta,* con salvamento de voto; *Primitivo Vergara Crespo,* con salvamento de voto, *Luis Carlos Zambrano, Julio Pardo Dávila,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACLARACION

que los Magistrados doctores Luis Fernando Paredes y José J. Gómez R., hacen al suscribir la anterior providencia.

Los suscritos Magistrados han votado el auto de proceder contra el señor Gustavo Rojas Pinilla, por el delito de concusión, no obstante estimar que ya había sido enjuiciado por el honorable Senado de la República, en relación con este mismo delito, teniendo en cuenta:

1º Que según el criterio de la mayoría de la Sala, de acuerdo con doctrina sentada en el caso Barraza, en el cual figuró el mismo sindicado, debíase calificar —como lo hizo— el proceso de concusión, ya que en su concepto el honorable Senado no pronunció enjuiciamiento por esta infracción, y

2º Que algunos actos procesales cumplidos en la Corte en el presente negocio, se conforman más a la índole de la etapa sumarial que a la de la causa abierta.

Por estas razones, los suscritos, aceptando dicha situación procesal, consideraron que debían votar el auto de llamamiento a juicio, el cual, fuera del fundamento legal requerido que contiene, no es sino ratificación, en lo sustancial, del auto de proceder que en concepto de quienes suscriben esta aclaración, dictó aquella entidad legislativa, según lo previsto en el ordinal 3º del artículo 97 de la Carta.

Bogotá, 14 de agosto de 1961.

José J. Gómez R., Luis Fernando Paredes.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JULIO RONCALLO ACOSTA

El suscrito Magistrado considera que la competencia de la Corte para conocer de este proceso está subordinada al llamamiento a juicio del honorable Senado de la República, ya que se imputa al procesado un delito cometido "en ejercicio de funciones públicas". Esta conclusión se desprende de los artículos 97, regla 2ª, de la Constitución y 594 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 151 de la Carta.

El texto completo de los dos primeros artículos citados está concebido en los siguientes términos:

"Artículo 97. En los juicios que se sigan ante el Senado se observarán estas reglas:

1ª Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspenso de su empleo;

2ª *Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones* o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los dere-

chos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena;

3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema;

4ª El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que concurran al acto".

"Artículo 594. El Senado, por sí o por medio de una comisión de su seno, instruirá el sumario hasta decidir si hay mérito o no para llamar a juicio.

Si el Senado resolviere no llamar a juicio, se archivará el proceso.

Si llamare a juicio y se tratare de delitos comunes, pondrá el proceso y el sindicado a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

Si el llamamiento a juicio fuere por infracciones cometidas en ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas, se señalará el día en que deba celebrarse la audiencia pública. Esta resolución se comunicará a la Cámara de Representantes, se notificará personalmente al acusador y al acusado, haciendo saber a éste el derecho que tiene de nombrar defensor y que la audiencia se celebrará aunque no compareciere.

Si el acusado estuviere ausente, la notificación se hará por medio de una orden firmada por el Presidente del Senado y sometida al Gobernador o Intendente del lugar donde residiere el acusado". (Se ha subrayado).

Ahora bien: la mayoría de la Corte acepta que, en el presente caso, el honorable Senado no llamó a juicio al procesado por el delito de concusión, vale decir, por "delito cometido en ejercicio de funciones públicas". Entonces, siendo evidente que el honorable Senado no profirió contra aquél auto enjuiciatorio por la mencionada infracción penal, considera el suscrito muy respetuosamente que la Corte está inhibida para ejercer, en este proceso, la atribución primera del artículo 151 de la Carta: "Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97".

No obstante la anterior discrepancia, el Magistrado disidente no podrá menos de acatar la decisión mayoritaria de la Sala, al convertirse ésta en una ley del proceso.

Fecha ut supra.

Julio Roncallo Acosta

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ARTURO C. POSADA

Me he apartado de la muy respetable opinión de los señores Magistrados que suscriben el llamamiento a juicio del señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión, en el grado de tentativa, por las siguientes razones:

El artículo 429 del Código de Procedimiento Penal no autoriza dictar auto de proceder sino "cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas del testimonio, o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe, del hecho que se investiga..."

De los elementos que la providencia enjuiciatoria considera como constitutivos del cuerpo del delito, el único que tiene pleno respaldo probatorio, es el de la "calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito", con los documentos que dan cuenta de que ejerció la Presidencia de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957.

El abuso del cargo, consistente en "la proposición que el entonces Presidente de la República, señor Gustavo Rojas Pinilla, hizo al Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor Echeverri Herrera, funcionario dependiente de aquél, en categoría, para que esa institución facilitara económicamente la parcelación de las fincas de 'Sabanas de Román' y 'Mosquitos', pertenecientes a la 'Compañía Ganadera de Patiño Limitada' que el sindicado

gerenciaba", lo da por demostrado la providencia de que me aparto, con el testimonio del doctor Carlos Echeverri Herrera, el informe de los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar, la declaración del doctor Eduardo Berrío González así en lo que toca con lo que dice le refirió el doctor Echeverri Herrera, como con lo que el Presidente le habló sobre la conveniencia de comprar la hacienda denominada Jesús del Río de propiedad de Alcides Bru.

En definitiva, la proposición de facilitar económicamente la parcelación de las fincas de Sabanas de Román y Mosquitos no cuenta en el expediente con otro respaldo probatorio que el dicho del doctor Echeverri Herrera, pues los demás elementos nada le agregan a él.

El artículo 224 del Código de Procedimiento Penal dejó al Juez el poder de "apreciar razonadamente" la credibilidad del testigo, pero "teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

Sobre estos particulares, no debe perderse de vista que, dada la categoría del cargo que ocupaba el doctor Echeverri Herrera como Gerente de la poderosa institución, que es la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, al recibir la propuesta de un hecho delictuoso, estaba obligado a hacer una dejación inmediata y escrita del puesto, pero ocurre que siguió tranquilamente en él hasta cuando, según reza el expediente, se le pidió la renuncia de la Gerencia en una forma un tanto desobligante. Y no vino a dar cuenta del supuesto delito de que sólo él tenía conocimiento sino hasta después de haberse retirado de la Presidencia de la República el autor de él. Pero hay más aún: si la propuesta que se le hizo revestía el carácter de ilícita, en manera alguna ha debido tener ella un comienzo de aceptación con la comisión que se dio a los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar Motta para estudiar la parcelación de las fincas de Sabanas de Román y Mosquitos con base en el informe dado por el doctor Echeverri Herrera.

A todo lo dicho se agrega que éste ha asumido en el proceso el papel de denunciante y de testigo de los hechos relatados por él. A esta circunstancia, que de por sí le resta credibilidad a su dicho, se une la actitud de silencio asumida por el mismo en el intervalo transcurrido desde cuando sucedió la propuesta delictuosa hasta cuando dio conocimiento de ella. El estaba obligado en obedecimiento del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente, que lo hubiera sido el Procurador General de la Nación. El silencio en que se mantuvo hasta cuando el procesado dejó la Presidencia de la República, y la manera como hubo de dejar la Gerencia en que había sido colocado por el mismo acusado, son también factores que le merman imparcialidad, y, por consiguiente, credibilidad, para que dentro de la libertad de apreciación pudiera aceptarse como plena prueba. El valor que puede dársele es apenas el de un simple indicio.

La deposición del doctor Berrío González sobre el relato que dice le hizo el doctor Echeverri Herrera acerca de la propuesta del señor Gustavo Rojas Pinilla relacionada con facilitar económicamente las parcelaciones de Sabanas de Román y Mosquitos, no constituye un indicio que refuerce el dicho del testigo denunciante, porque ella se refiere al indicio que hay en tal dicho, y el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal claramente dice que "los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio".

Igual observación cabe al informe que dieron los señores Camilo Bedoya Valencia y Jorge Escobar Motta, porque, si su comisión se produjo por orden directa del Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el informe rendido por ellos se refiere al testimonio del doctor Echeverri Herrera, es decir, al mismo indicio. Y si la comisión se les dio por tener la Caja otra solicitud de parcelación de las nombradas fincas, ninguna relación tendría con la proposición delictuosa del procesado.

El indicio proveniente de que el Presidente Rojas Pinilla le habló al doctor Berrío Gonzáles de la conveniencia de comprar la finca de Jesús del Río, de propiedad de Alcides Bru, ninguna relación tiene con el hecho imputado a aquél, y por lo mismo, tampoco tiene el carácter de indicio.

Estas razones son las que me llevan a estimar que no hay plena prueba de la propuesta en que se hace consistir el delito tentado de concusión, sino solamente un indicio constituído por la declaración del testigo denunciante, que no autoriza el llamamiento a juicio, sino un sobreseimiento temporal, que, de conformidad con el artículo 436 del Código de Procedimiento Penal, tiene ocurrencia "cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito".

Fecha *ut supra*.

Arturo C. Posada.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava y José Hernández Arbeláez.

1. Ninguna competencia incumbe a la Corte Suprema de Justicia para calificar por segunda vez dentro del mismo proceso el mérito de diligencias sumarias que terminaron con enjuiciamiento por delito perfecto de concusión, proferido desde el 15 de diciembre de 1958 por el honorable Senado de la República en ejercicio de la privativa competencia que le está discernida imperativamente por el artículo 97, 2º, de la Constitución Nacional.

Menos aún le cabe a la Corte competencia para asumir la revisión y modificación de aquella providencia —que es ley del proceso— y darle fisonomía imperfecta para el llamamiento a juicio a un determinado ilícito que ya fue objeto de tipificación como delito perfecto en el pronunciamiento ejecutoriado de la Cámara Alta.

2. El poder jurisdiccional del Estado es uno solo. Y hay notoria incongruencia en su ejercicio, del mismo modo que antiprocesalismo evidente, cuando un proveído ejecutoriado, que se dictó con plenitud de competencia, padece metamorfosis porque en lugar de la prosecución del juicio hasta concluír por sentencia de mérito, se vuelve la mirada atrás para cambiar el pliego de cargos a que debe referirse la defensa del acusado por los mismos hechos constitútivos de la responsabilidad política deducida dentro del marco de sus atribuciones por el honorable Senado en sentencia condenatoria.

3. Al salvar nuestro voto en la incidencia acerca de libertad provisional por pena cumplida, quedó bien claro cómo el juicio ha debido proseguirse por la Corte desde cuando proceso y procesado quedaron a su disposición para deducir la responsabilidad común que le cupiere por el tanto de culpa a que se limita la competencia de la Corte por el nítido mandato del artículo 151 de la Ley Fundamental, atribución 1ª, en armonía con la regla 2ª del 97, que ordena seguir "juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena".

4. No es necesario repetir aquí lo que entonces fue expuesto con superabundante claridad, ni tampoco señalar de nuevo las razones que con sumo detenimiento quedaron puntualizadas en el campo del derecho constitucional colombiano para sostener que en el proceso seguido al mismo acusado por delitos contra funcionarios públicos, el honorable Senado llamó también a juicio con privativa competencia. Basta referirnos a tales piezas, de las que la última en cita corre ya publicada en la "Gaceta Judicial" (XCIII, 2228-2229-43 y ss.).

Y comoquiera que la mayoría de la corporación ha procedido a dictar un segundo y antiprocesal auto de enjuiciamiento, con el agravante de que modifica el pliego de cargos por ventilar en el juicio, es precisamente llegada la oportunidad propia para dilucidar si la Corte es competente para ello: entonces surgen con igual e incontrovertible claridad las mismas razones de orden constitucional que privan a la Corte de esa competencia, por ser exclusiva del honorable Senado de la República, según fue expuesto en aquellos salvamentos en forma exhaustiva.

Lo cual respalda una vez más nuestra posición al respecto.

Fecha *ut supra.*

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. PRIMITIVO VERGARA CRESPO

Como persisto en la convicción de que el proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia contra el ex Presidente de la República señor Gustavo Rojas Pinilla, por el supuesto delito de concusión, debía concluír con un sobreseimiento definitivo, tal como lo propuse y sostuve en la ponencia que en este asunto presenté a la consideración de la Sala Plena, me veo en la necesidad de salvar mi voto, toda vez que me aparto de las conclusiones a que llegó la mayoría de la Sala, al considerar que se debe calificar el mérito del sumario con un llamamiento a juicio por el ilícito de conato de concusión.

Estimo que el hecho imputado por el denunciante doctor Carlos Echeverri Herrera al sindicado Rojas Pinilla, no es constitutivo del delito de "concusión", previsto y sancionado por el artículo 156, y por el cual autorizó el Senado de la República para que se siguiera juicio penal contra dicho ex Presidente, puesto que ni aceptando el dicho de aquél, como testimonio que no merece tacha, lo cual no es admisible, aparece estructurado este delito con los elementos que para configurarse exige la citada disposición de nuestro estatuto penal, lo cual trataré de demostrar, en la forma lo más clara y sintética posible, en el presente salvamento de voto.

El texto del artículo 156 del Código Penal, es del tenor siguiente:

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

Esta disposición es copia casi literal del artículo 317 del Código Penal Italiano, el cual califica como "concusión" el hecho "del funcionario público que abusando de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguno a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad".

De acuerdo con la definición que nuestro estatuto penal da del delito "de la concusión", la Corte Suprema, en fallo del 15 de septiembre de 1955, señaló y precisó, con toda exactitud, los requisitos legales necesarios para que dicho delito pueda tener existencia jurídica penal, así:

1º Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto activo del delito;

2º Abuso del cargo o de las funciones;

3º Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno, y

4º Entrega o promesa indebida de dinero o de cualquiera otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o el fraude.

De lo dicho se concluye, con toda certidumbre, que si en un hecho imputado a una persona no se reúnen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley y señalados por la jurisprudencia, el delito de concusión no se consuma, o no existe, o se transforma en otro delito.

Así, por ejemplo, si el constreñimiento o la inducción a engaño no se realiza por un funcionario público o por el encargado de un servicio público sino por un particular, entonces el delito se transforma en un delito de "extorsión", si el medio empleado para lograr la entrega fue el constreñimiento o coacción moral; o en un delito de "estafa", si se empleó el engaño o la simulación para obtener la entrega del bien ajeno. En estas dos clases de delitos no basta la simple promesa para que se consumen, como ocurre con el de concusión, sino que es necesario que la entrega o dación se realicen efectivamente.

Así mismo, lo que distingue la concusión del delito de "cohecho" o corrupción es el uso de la coacción o del engaño, que falta en el segundo, por cuanto en éste hay un concurso de voluntades. Por esto la doctrina tradicional aconseja como criterio práctico para distinguir la concusión del cohecho, el siguiente: en la concusión el funcionario pide o exige, franca o veladamente; en el cohecho no exige ni pide nada, simplemente acepta para sí o para un tercero el dinero o la dádiva.

Procede, por lo tanto, estudiar ante todo, si se encuentran reunidos todos los requisitos exigidos por la ley penal colombiana para que se configure el delito de concusión, o si falta alguno o algunos de estos requisitos, teniendo en cuenta para ello primordialmente, el testimonio

del denunciante y acusador doctor Carlos Echeverri Herrera, así como las demás pruebas conducentes que obran en el proceso, legalmente producidas.

Conviene advertir que la apreciación del valor racional y legal de las pruebas producidas en orden a establecer la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado, se hará más adelante, y que por el momento el dicho del denunciante se tendrá en cuenta únicamente en orden a establecer si de su contenido de sus diferentes testimonios pueden deducirse los requisitos exigidos por la ley para que se configure el delito de concusión, pues si se concluye que atendiendo el contenido de sus manifestaciones, no se reúnen los expresados requisitos, sobraría adentrarse en un estudio minucioso acerca de la valoración de dicha prueba. Esta advertencia tiene particular importancia porque este sonado proceso, no solamente tuvo su origen en las acusaciones del denunciante, doctor Echeverri Herrera, sino porque sobre los hechos atribuídos como delictuosos al sindicado, que éste ha negado rotunda y reiteradamente, no existe otra prueba directa e inmediata distinta del expresado testimonio, y por cuanto en la configuración del delito imputado, existen ciertos elementos de efectos principalmente psicológicos o subjetivos, como son la inducción o convencimiento del sujeto pasivo del delito y la constricción o coacción moral, que afectan la voluntad, y por tanto la libertad, de este sujeto.

Primer elemento del delito. Los hechos imputados como delictuosos, según testimonio del denunciante, se cometieron en la primera quincena del mes de diciembre de 1956, época en que el acusado ejercía el cargo de Presidente de la República, pues es de público y notorio conocimiento que el señor Gustavo Rojas Pinilla ejerció las funciones inherentes a este alto cargo durante el lapso comprendido entre el 13 de junio de 1953 y el 10 de mayo de 1957. Pero además, en el proceso obran legalmente producidas las siguientes pruebas con las cuales se establece plenamente dicha calidad en el sindicado: a) copia del Acto legislativo número 1 de 1953, originario de la Asamblea Nacional Constituyente, por el cual esta corporación legalizó el título de Presidente al acusado, documento que debidamente autenticado obra al folio 114 del cuaderno 8º del informativo, y b) certificación del Secretario General del Ministerio de Gobierno, en el que consta que el sindicado ejerció el cargo de Presidente de la República durante el lapso antes referido (f. 115, cuad. 8º). Además, obran en el proceso los *Anales de la Asamblea Nacional Constituyente,* debidamente autenticados, en los que se publicaron las actas de elección y posesión del señor Rojas Pinilla, como Presidente de Colombia.

Segundo elemento. El abuso del cargo o de las funciones entraña un abuso de autoridad, elemento que es común a los delitos que cometen los funcionarios o empleados públicos por razón del ejercicio de sus funciones o excediéndose en ellas, abusando de su autoridad, que en el Código Penal colombiano están comprendidos bajo la denominación genérica de Delitos contra la Administración Pública, que incluye el peculado, la concusión, el cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, el prevaricato, los abusos de autoridad y otras infracciones y la usurpación de funciones públicas, en el caso especial previsto en el artículo 183 del dicho Código. Estos son los delitos denominados irregularmente de *responsabilidad* u oficiales, por cuanto ellos solamente pueden ser cometidos por quien ejerce funciones públicas y está, por lo tanto, investido de autoridad, de la cual abusa. Por esto, sujeto activo de tales ilícitos es siempre un funcionario público que abusa de sus funciones, que se parcializa por interés, o que recibe dinero o dádivas como recompensa de sus resoluciones, o que se apropia o da mala aplicación a los fondos que por razón de su cargo custodia o administra.

En relación con este elemento expresa Manzini: "El abuso requerido por el delito de concusión se tiene en el hecho de valerse del ejercicio de las propias funciones para obtener lo ilícito. El oficio, en verdad, se pone en acción, como órgano del ente público, al cual pertenece, mediante el ejercicio de las funciones de su competencia, por aquel que tiene la capacidad de ejercicio legítimo de las funciones mismas".

Por lo tanto, para saber en cada caso concreto si un funcionario obra legítimamente o en forma abusiva, de sus funciones, hay que acudir a la norma constitucional, legal o reglamentaria que señala sus funciones, pues según el artículo 63 de nuestra Carta "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento".

En el caso particular del Presidente de la República, los artículos 118, 119 y 120 de la Constitución detallan las funciones propias de su cargo. Ahora, de conformidad con el artículo 20 de la Carta, el Presidente es responsable, como todo funcionario, por extralimitación de dichas funciones, o por omisión en el ejercicio de ellas, pero esta responsabilidad no siempre es

penal sino que también puede ser administrativa o política.

Resta averiguar si los hechos atribuídos por el denunciante doctor Carlos Echeverri Herrera al sindicado, configuran el requisito del abuso de funciones o del cargo.

El doctor Echeverri Herrera, en la parte fundamental de su denuncia, expresa lo siguiente: "Efectivamente el General no hizo solicitud escrita a la Caja Agraria en relación con las fincas de 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román', de propiedad de la Compañía Ganadera de Patiño Ltda. La solicitud me la hizo a mí por teléfono, llamándome desde Palacio, uno de los días de la primera quincena de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis. El General me explicó que había varios centenares de personas, vecinas de la región de Agua Chica y otros Municipios próximos, que estaban deseosas de adquirir parcelas de tierras incorporadas dentro de las haciendas de 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román'. Me agregó el General que estas haciendas eran de propiedad de la Compañía Ganadera de Patiño Limitada, noticia que hasta ese momento yo ignoraba; y concluyó este aspecto de su solicitud, con la advertencia de que él ejercía la gerencia de la citada compañía. En la misma conversación telefónica el General se extendió en ponderaciones sobre la calidad de aquellas tierras y me dijo que si la Caja Agraria financiaba su parcelación para que, mediante préstamos de sus fundos a los aspirantes a parcelas, éstos pudieran comprarle a la Compañía de Patiño Limitada, la Caja resultaría haciendo una labor social muy encomiable...".

El análisis objetivo y desprevenido del contenido de lo transcrito, lleva a la conclusión que la propuesta telefónica que el denunciante atribuye al acusado, no entrañaba el que éste pretendiera valerse del ejercicio de las funciones propias del cargo que entonces desempeñaba, o sea el de Presidente de la República. La sensación nítida que la lectura de dicho testimonio deja, es la de que el sindicado obraba en su condición de gerente de una sociedad particular de familia, pues hacía resaltar dicha condición "con la advertencia de que ejercía la gerencia de la citada compañía".

Sería grave y expuesto error que al juzgar las actuaciones de un funcionario por un delito de responsabilidad, se confundiera la actividad que emana del ejercicio de sus funciones públicas, con actos del mismo funcionario que no tienen ninguna relación o conexidad con el ejercicio de funciones propias del cargo, pues la responsabilidad por la extralimitación u omisión en el ejercicio de éstas, es completamente distinta a la que puede incurrir como particular, por la comisión de un delito común.

A este respecto y para hacer resaltar la diferencia de responsabilidades de un funcionario público, es ilustrativa la observación de Carrara (Programa, Parte Especial, V): "Si el funcionario público, introduciéndose en casa ajena, amenaza al dueño con armas o emplea de otro modo la fuerza individual para llevarse una cosa ajena, o para obtener la entrega de un documento, tendremos el título ordinario de hurto violento o extorsión, pero no habrá concusión en este caso".

Tan claro parece esto, que la providencia de la cual me aparto no puede dejar de reconocerlo cuando expresa: "Pero cuando lo propuesto, como en los hechos de que se sindica al señor Gustavo Rojas Pinilla para la época en que ejerció el cargo de Presidente de la República, *nada tienen que ver con las atribuciones oficiales de este alto funcionario del Estado...*".

Por lo tanto, aun acogiéndose al testimonio del propio denunciante, no se estructura el elemento del abuso de autoridad o de funciones requerido por la ley para que pueda tipificarse el delito de concusión.

El *tercer elemento* constitutivo del delito de la concusión, consiste en el empleo de actos encaminados a constreñir o inducir, o sea los medios empleados o que puede usar el concusionario, y que dan lugar a las dos formas reconocidas por la doctrina, que distingue la concusión *explícita* o *manifiesta* de la concusión *implícita* u *oculta*, según se utilicen medios coactivos o fraudulentos, debe estudiarse conjuntamente con el elemento de la entrega o promesa indebidas de dinero o cualquiera otra utilidad hechas al funcionario o a un tercero, que señala el momento consumativo del delito, ya que este último requisito es efecto o resultado del empleo de aquellos medios, y siendo, por lo tanto, los actos de constreñir o de inducir, simples medios para lograr el fin de la entrega o promesa de dinero o cualquier otra utilidad, es necesario apreciar, en cada caso concreto, la eficacia del medio, teniendo en cuenta primordialmente el resultado obtenido. Así, si el funcionario concusionario empleó medios ejecutando actos que en general pudieran convencer o constreñir, pero estos medios con respecto a la persona que los empleó resultaron ineficaces, debido a la capacidad o condiciones morales del sujeto pasivo, es muy difícil o dudoso afirmar que en este caso los medios utilizados fueron idóneos o conducentes. La eficacia coactiva o constrictiva o de con-

vencimiento de determinados actos empleados por una persona o funcionario, es cuestión que no puede ser valorada *a priori,* conforme a normas de carácter general, pues esta es cuestión que se establecerá en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el hecho, y de modo especial, las personales del agente (la amenaza que causa una invencible coacción o temor en la anciana débil y achacosa puede dejar impasible al hombre de robusta virilidad). Así también, por ejemplo, es claro que es más fácil convencer o inducir a un mentecato o a un ignorante, que a un hombre ilustrado y de gran temple moral.

En relación con el negocio en estudio, el Senado de la República, al referirse a la actividad desarrollada por el señor Rojas Pinilla "para que funcionarios que de él dependían, violaran las normas legales y estatutarias, así como las de elemental delicadeza con el fin de realizar una transacción que representaba un considerable aumento patrimonial para la sociedad comercial que gerenciaba, que era de su propia familia, reconoce expresamente que: "Afortunadamente el señor Presidente se equivocó, *porque no contó con la entereza de carácter y el valor moral que ostentaba el doctor Echeverri Herrera, gerente de la Caja Agraria y de su Ministro de Agricultura, doctor Berrío González,* quienes no quisieron manchar su reputación mezclándose en la martingala presidencial".

Dadas las condiciones de "carácter y valor moral" reconocidas al denunciante, su ilustración y la alta posición que ocupaba, así como el respaldo con que contaba, por parte de su amigo y condiscípulo el doctor Berrío González, entonces Ministro de Agricultura, de quien directamente dependía, resulta poco verosímil que una solicitud telefónica, que según el propio denunciante solamente duró de doce a quince minutos, fuera un medio idóneo para constreñirlo y forzar su voluntad renuente.

Tan lógica parece esta conclusión, que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal expresamente así lo reconoce, al hacer en su vista de fondo, la afirmación siguiente: "Del examen de los hechos ampliamente estampados en esta vista se puede deducir sin esfuerzo alguno que la actividad no fue de tipo *coercitivo o violento,* sino simplemente, persuasivo o inductivo en el sentido de desatar una determinada actuación, favorable a sus fines, por parte de su subalterno o funcionario".

La Corte Suprema en auto del 27 de octubre del año pasado, en que se concedió la libertad provisional, por pena cumplida, al acusado, llegó a la conclusión que en el presente caso debía descartarse la consumación del delito imputado, pues de las propias manifestaciones hechas por el denunciante Echeverri Herrera, en sus diligencias de careo, se deduce que no hubo la entrega o promesa de dinero o de otra utilidad como efecto de la conferencia telefónica que le atribuye al procesado, y que por tanto, este elemento constitutivo de la concusión no tuvo existencia.

En la citada providencia se expresó, en lo pertinente, lo que sigue:

"La observación de que en el proceso no existe ninguna prueba de que el Gerente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, doctor Carlos Echeverri Herrera, hubiera siquiera prometido al sindicado satisfacer su pretensión de que este establecimiento semioficial financiara la parcelación de los fundos de propiedad de la Sociedad Ganadera de Patiño, de que el ex Presidente sindicado, era Gerente, encuentra, como se ha dicho, fundamento en lo manifestado por aquél en sus varias declaraciones, y de una manera expresa en las diligencias de careo con el sindicado y con el Coronel Alfonso Pontón, cuando al responder a la pregunta que al respecto se le hizo, expresó lo siguiente: "No se le facilitó al General Rojas Pinilla dinero durante mi gerencia, ni en su calidad de Presidente, ni en su simultánea calidad de gerente de una compañía ganadera. Tampoco se le prometió dinero, lo cual no desvirtúa mi testimonio sino que lo confirma. Creo que otros gerentes de instituciones de crédito semioficial, por aquel entonces, tendrían que responder de otra manera, y no sólo por solicitud del general Rojas, sino por oferta oficiosa de los mismos. A la pregunta que se le hizo al doctor Echeverri Herrera, para que expresara si desde un principio había rechazado la solicitud que telefónicamente le había hecho el ex Presidente Rojas Pinilla en relación con la parcelación de las fincas de "Sabanas de Román" y "Mosquitos", contestó categóricamente: "Sí rechacé tales solicitudes, como he tenido oportunidad de expresarlo numerosas veces".

"En el careo sostenido entre Echeverri Herrera y el Coronel Alfonso Pontón, al preguntársele a aquél si hubo alguna oferta concreta de su parte con respecto a las pretensiones del sindicado para que la Caja de Crédito Agrario financiara la parcelación de las haciendas de 'Mosquitos' y 'Sabanas de Román', contestó sin vacilación: 'No hubo ninguna oferta desde luego para satisfacer esa pretensión'. Es suficiente lo transcrito para concluír, de manera indudable, el que de parte del denunciante y

ex Gerente de la Caja de Crédito Agrario, doctor Carlos Echeverri Herrera, no hubo promesa para satisfacer la solicitud que afirma le hizo telefónicamente el sindicado con el objeto de obtener la financiación de los fundos de propiedad de la sociedad ganadera que gerenciaba el sindicado, siendo Presidente de la República".

La Corte, después de hacer un estudio de la naturaleza del delito de concusión, especialmente del momento consumativo, y teniendo en cuenta la opinión autorizada de varios expositores como Giuseppe Maggiore, Stefano Riccio, Jorge Frías, acogió en el auto mencionado la tesis de que la concusión, tal como la define el artículo 156 del Código Penal, al igual que el Código Penal Italiano, es susceptible de tentativa, concluyendo que:

"De aquí se deduce que el último requisito señalado, o sea, la entrega o promesa de dinero o de cualquiera otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como consecuencia de la intimidación o el fraude de aquél, constituye lo que se denomina momento consumativo del reato; por lo tanto, si este requisito de la promesa o entrega no se logra, como se vio que no lo obtuvo el sindicado en el caso en estudio, se concluye necesariamente que el delito imputado no se consumó. Puede ocurrir que los actos atribuídos al sindicado configuren un principio de ejecución, siempre que se establezca que dichos actos tuvieron la eficacia de constreñir, inducir o convencer al denunciante; en este caso se tendría un simple conato, pero no un delito consumado de concusión, ya que la promesa y menos la entrega de dinero o de otra utilidad no se obtuvieron por parte del sindicado".

El mismo denunciante doctor Echeverri Herrera al preguntársele en la diligencia de careo verificada con el sindicado el 3 de septiembre de 1960, si rechazó desde un principio la solicitud que dice le hizo telefónicamente el señor Rojas Pinilla, en relación con la negociación de parcelación de las expresadas fincas de "Sabanas de Román" y "Mosquitos", respondió: "*Sí rechacé* tales solicitudes, como he tenido oportunidad de expresarlo numerosas veces". Preguntado, en la misma diligencia, si ante la solicitud hecha por el ex Presidente, telefónicamente, se sintió constreñido o inducido o convencido a acceder a ella, contestó: "*No me sentí convencido,* pero sí presionado, habida cuenta de la autoridad del Presidente de la República, y de que no me sentí convencido, ya lo expresé desde mi declaración ante la Comisión Instructora del Senado".

Teniendo en cuenta las manifestaciones hechas por el doctor Carlos Echeverri Herrera, denunciante en este proceso, en el sentido de que desde un principio *rechazó* la solicitud que telefónicamente le hizo el sindicado para la celebración del negocio de parcelación de las fincas de propiedad de la sociedad de familia que éste gerenciaba; de que no se sintió *convencido* por dicha solicitud y de que nada *dio* ni nada *prometió,* como Gerente de la Caja de Crédito Agrario, en relación con dicha parcelación, que no se efectuó en ningún momento, resulta muy dudoso aceptar que el sindicado, con dicha conversación, empleó medios de constreñimiento o inducción idóneos. Siendo este elemento o requisito del delito imputado, o sea el empleo de actos encaminados a constreñir o inducir al denunciante, por lo menos muy dudoso en vista de las propias manifestaciones de éste, se impone aplicar el principio de que en materia probatoria toda duda se debe resolver a favor del procesado, que nuestro estatuto procesal penal consagra expresamente en su artículo 204.

CONCLUSION

Como se ha dicho, este proceso tuvo su origen primeramente en algunas informaciones de algunos diarios de esta ciudad que dieron a la publicidad cartas y declaraciones del doctor Carlos Echeverri Herrera, ex Gerente de la Caja Agraria, en las que se acusaba al señor Gustavo Rojas Pinilla de haber propuesto negociaciones "tortuosas" durante el tiempo en que ejerció el cargo de Presidente de la República, perjudiciales a los intereses de dicho Instituto de Crédito, de carácter semioficial. El doctor Echeverri Herrera posteriormente ratificó y amplió su denuncia ante la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, e hizo consistir los hechos imputados al ex Presidente Rojas Pinilla, en sustancia, en una conversación telefónica habida entre éste y el denunciante, conversación de la que no quedó otra constancia o prueba directa fuera del testimonio del mismo denunciante. Del análisis hecho anteriormente de los elementos constitutivos del delito de concusión, a la luz de nuestro estatuto penal, y de acuerdo con el contenido del testimonio del denunciante, se concluyó que el delito no se estructuraba, y, que por consiguiente, el hecho que dio lugar a la investigación, no constituye delito de concusión, imponiéndose, en consecuencia, dictar auto de sobreseimiento definitivo a favor del acusado, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Pero aun en el supuesto contrario de que del contenido del dicho del denunciante doctor Echeverri Herrera, sí pudieran extraerse los elementos constitutivos del delito de concusión imputado al ex Presidente señor Gustavo Rojas, el testimonio de aquél no podría aceptarse como una prueba idónea, conforme a las reglas de la crítica del testimonio, para establecer con él el cuerpo del delito y la responsabilidad penal de éste, como lo exige el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, por las razones siguientes:

a) Por las tachas que pueden hacerse al dicho del denunciante.

b) Porque el testimonio de éste constituye, en definitiva, la única prueba que obra en el proceso sobre la existencia del delito y la responsabilidad del sindicado.

En cuanto a lo primero, o sea las tachas que pueden hacerse al denunciante, esta corporación en auto del 10 de agosto de 1959, al hacer la crítica del testimonio, expresó lo siguiente:

"Contra el testimonio del doctor Carlos Echeverri Herrera pueden, aducirse, sin duda, dos objeciones encaminadas a restarle eficacia probatoria: el desacuerdo habido entre el deponente y el acusado, que permite suponer en aquél falta de imparcialidad para relatar los sucesos en que figuró como protagonista, y a la circunstancia de haber sido él quien los denunciara en forma pública, lo cual autoriza a presumir que tiene interés" (Cuaderno Nº 9, f. 206).

Debe tenerse presente que el acusado en todo momento ha tachado el testimonio del doctor Echeverri Herrera, por ser éste su enemigo y por obrar por un sentimiento de venganza al acusarlo, debido a la forma en que aquél le exigió la renuncia del cargo de gerente de la Caja Agraria, el 22 de enero de 1957.

El propio denunciante, doctor Echeverri Herrera, al respecto expresa en su denuncia, lo siguiente: "La renuncia me fue solicitada *intempestiva y secamente* por el Presidente Rojas Pinilla el día veintidós de enero de este año, mediante una llamada telefónica para ese fin".

En cuanto a la forma descortés y hasta ofensiva como le fue exigida la renuncia al doctor Echeverri Herrera, el Coronel Alfonso Pontón, en el careo sostenido con aquél, manifestó:

"Efectivamente, en mi calidad de Edecán del señor Presidente Rojas lo acompañé a su finca veraniega de Melgar si no me equivoco el día sábado 20 de enero de 1957. Al llegar el General Rojas a su finca la primera noticia que tuvo fue la de que un señor, si no me equivoco de apellido Bueno, encargado de gerenciar la sucursal de la Caja de Crédito en Melgar había sido destituído; esta noticia sumada al descontento del señor Presidente en relación con los nombramientos de Gerentes de las sucursales de Medellín y Aguachica ocasionó profundo desagrado al señor General Rojas e inmediatamente me ordenó pedir una comunicación telefónica con el señor doctor Echeverri Herrera, siendo aproximadamente las once horas del día a que me refiero. Escuché totalmente la conversación en la cual, y como ya dije, bastante exaltado el General Rojas increpaba al doctor Echeverri por haber destituído a un empleado que llenaba a cabalidad sus funciones y en cambio no hacía los nombramientos que eran necesarios, tales como los de Medellín y la sucursal de Aguachica, en donde las gentes de la región habían pasado en repetidas ocasiones memoriales solicitando el nombramiento de tales empleados; que esa actitud era una bofetada para el Presidente, al destituír un empleado que trabajaba bien y cerca a predios presidenciales y no hacer los nombramientos que se habían solicitado. Escuché, además, que la Caja Agraria bajo su dirección no funcionaba, que era un muérgano y que le exigía la renuncia al lunes siguiente. Terminada esta conversación, colgó el teléfono".

Dada la forma intempestiva y humillante como le fue exigida la renuncia al denunciante, de su elevado cargo, por parte del acusado, es muy explicable y humano que en aquél hubiera nacido desde entonces un sentimiento de animadversión y muy verosímil, por lo tanto, de que al acusarlo obrara por satisfacer dicho sentimiento, ejercitando una venganza cuando de ello se le presentó la oportunidad propicia.

En relación con la pasión del odio, en el testigo, hacia el acusado, para restarle mérito probatorio a su dicho, con toda razón, François Gorphe, en su tratado "La crítica del testimonio", considera lo siguiente:

"Nada es tan pérfido como el odio, disimulándose bajo repliegues tortuosos para exhalar su veneno en el momento propicio, en perjuicio de la bella y sencilla fórmula de juramento de 'hablar sin odio y sin amor'" (art. 317 Código Instrucción Criminal). Su influencia deformadora es exactamente la contraria del amor. *Spinoza* la formula en el teorema 26, que depende del anterior: "Nos esforzamos en afirmar de aquello que odiamos todo lo que nos imaginamos que lo mancha de tristeza, y en negar, al contrario, todo lo que imaginamos que lo llena de alegría". Abundan los ejemplos de falsos testimonios por odio. Se encuentran especialmente en los procesos Vuillaume (1809), Rispal y Galland (1819),

Lesnier (1848) y Marc Auliffe (1893), relatados por LAILLER y VONOVEN (292).

"El odio se manifiesta más frecuentemente bajo una forma de *venganza.* No son generalmente sentimientos muy puros los que animan a los denunciantes o querellantes; y cuando el inculpado es entregado a la autoridad judicial, se puede temer que su víctima no quiera tomar revancha, y que, por distintos lados, viejos rencores que podían parecer apaciguados, aprovechen la ocasión para acabar de satisfacerse bajo la apariencia sagrada del testimonio".

Por el aspecto de la calidad *de denunciante,* asumida por el doctor Echeverri Herrera, también es sospechoso su testimonio, como generalmente lo es en todo denunciante, que como en el presente caso, se presenta como víctima, y sobre todo, cuando tiene algún interés o motivo para faltar a la verdad.

En estos casos la sana crítica y la doctrina exigen examinar cuidadosamente y con desconfianza el dicho del denunciante. Al respecto, Mitermaier, expone lo que sigue: "El denunciador es un testigo sospechoso. Demasiado sabido es que empleará todos sus esfuérzos en sostener su denuncia y demostrar su sinceridad, y que, por otra parte, se ve obligado a ello por las penas decretadas contra la calumnia. Además de esto, el hecho de denunciar a un ciudadano es un acto inusitado y que excita al punto la susceptibilidad del Juez; no siempre es un motivo noble, una razón de interés público lo que da lugar a él, y se siente dispuesto a ver en su conducta el resultado del odio o de un sórdido interés privado". (Tratado de "La prueba en materia criminal". Novena edición, pág. 351).

Fuera de las razones expuestas, que hacen aparecer como sospechoso el testimonio del denunciante y acusador, doctor Echeverri Herrera, no puede perderse de vista que dicho testimonio en definitiva es el único, en todo el proceso, acerca de las palabras que él atribuye al acusado, como constitutivas del delito, ya que los testimonios del ex Ministro de Agricultura, doctor Eduardo Berrío González, amigo y condiscípulo de aquél, y el de don Hernando Salazar, miembro de la Directiva de la Caja Agraria, son de referencia, pues según lo explica el propio denunciante, ellos se enteraron de las pretensiones del ex Presidente Rojas Pinilla, acerca de las parcelaciones por conducto de la Caja Agraria, de las fincas de "Mosquitos" y "Sabanas de Román", por los informes que verbalmente les dio el mismo doctor Echeverri Herrera. Así éste explica en su denuncia que: "gravemente impresionado de las intenciones del Presidente" creyó del caso informar sobre ellas "al Ministro de Agricultura, doctor Berrío González, quien presidía en razón de su cargo la Junta Directiva de la Caja", y quien escuchó el relato "poco menos que horrorizado", habiéndose resistido "en un principio a creer que aquellas propuestas fueran posibles en labios del Presidente".

Más adelante, el mismo denunciante explica que: "En vísperas o a raíz" de su renuncia, éste y el Ministro Berrío González, hablaron sobre el particular al ex Ministro de Agricultura don Hernando Salazar Mejía, quien presentó la suya, más o menos, simultáneamente, con la renuncia del denunciante. Antes había dicho éste: "Los señores Berrío González y Hernando Salazar estaban enterados por mí de las pretensiones del General Rojas Pinilla en relación con las operaciones a que me he referido. Una vez enterados de mi renuncia, me dijeron que de inmediato presentarían las suyas y así lo hicieron efectivamente".

Por lo tanto, el testimonio del doctor Berrío González y el de don Hernando Salazar Mejía, en resumidas cuentas, se reducen al testimonio del denunciante doctor Echeverri Herrera, quedando así el dicho de éste como el testimonio único para establecer en el proceso el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado.

Siendo esto así, este único testimonio no puede aceptarse como la prueba requerida por la ley procesal colombiana para proferir un auto de vocación a juicio contra el sindicado, por cuanto la sana crítica, la doctrina y nuestra jurisprudencia le desconocen el valor de plena certeza al testimonio de un solo testigo.

Así en reciente fallo de casación penal, del 30 de septiembre del año pasado, y en relación con el valor de certeza del testigo único, la Corte Suprema expuso lo siguiente:

"De aquí es menester concluír siguiendo a Nicolás Framarino de Malatesta, que el testigo único, aunque sea digno de crédito, pero sin ningún otro apoyo en las pruebas directas o indirectas frente a la contraria del acusado, no puede servir en ningún caso de criterio de certeza. Y agrega el famosísimo autor antes citado algo que en este proceso adquiere verdadera importancia:

" 'El testimonio único, más que prueba, es un enunciado de delincuencia. Es necesario que a ella se adjunten otras pruebas si se quiere producir la certidumbre: la enunciación de la delincuencia del testigo único se destruye por la inocencia del acusado. En lógica judicial, es preciso no dejarse influír por las formas más o me-

nos accidentales, del procedimiento positivo. Pero admitido que estén frente a frente acusado y testigo, aún nos dirá Ellero y con él otros, que la palabra del acusado ofrece menos crédito, porque como interesado es sospechoso. Ante todo cabe oponer a tal objeción una primera respuesta. Si de un lado la palabra del acusado se considera menos creíble por ser interesado, por otro lado resulta más creíble en virtud de la presunción de inocencia que le asiste. El interés, haciendo presumir la facilidad de la mentira, rebaja la fe en el acusado; la presunción de inocencia coincidiendo con sus palabras de disculpa, la realza: trátase de dos presunciones opuestas que se neutralizan'.

''Framarino de Malatesta resume así sus conclusiones sobre lo que denomina 'límite probatorio derivado de la prueba testifical única', en síntesis que es preciso reproducir porque esas enseñanzas no las debe desconocer el Juez cuando de rodillas ante Dios y por aproximación administra justicia:

'' 'II. El testimonio único puede tener por objeto la subjetividad del delito. El delito está subjetivamente comprobado: el testigo dice: 'este es el reo'. Supongamos que el testigo no añade ninguna otra determinación a la objetividad comprobada del delito, y aunque lo hiciese, no por ello cambiaría el nudo de la cuestión que está en la exclusiva indicación del reo.

'' 'En este segundo caso, como en el anteriormente examinado, hallamos frente a frente dos solos asertos, el del testigo y el del acusado, que se neutralizan por las razones ya indicadas. El testimonio designador único del delincuente, no puede provocar aquella certeza que es legítima base de la condena, por todos los argumentos antes expuestos y que conviene resumir:

'' '1º Porque siendo el testimonio único la primera y la única voz que se levanta contra el acusado, debe presentarse ante la conciencia iluminada del Juez, más como enunciación que como prueba de la delincuencia:

'' '2º Porque siendo esta primera y única voz que se levanta contra el acusado, aquello de que en realidad tome su fuerza la acción judicial para moverse contra él, síguese de la enunciación de delincuencia contenida en el testimonio único, constituye propiamente la acusación real contra el acusado debiendo prescindirse realmente de la acusación oficial, que no es más que la aceptación y la proclamación formal y social de la acusación real e individual, que es contenido verdadero del testimonio único. Ahora bien: siendo el testigo único, en realidad, un acusador, es extraño y contrario a todo principio de justicia conceder fuerza superior probatoria a su dicho;

'' '3º Porque el acusado está favorecido con la presunción de inocencia, que realza la fe en su palabra, poniéndolo en seguridad contra los golpes del testimonio acusador, mientras no venga éste apoyado en pruebas;

'' '4º Porque esta sospecha que se quiere oponer contra el acusado para rebajar su crédito, no hay derecho a oponerla como derivada del mismo testimonio único, cuyo valor se quiere juzgar frente a la afirmación contraria del acusado; para probar de la verdad de la imputación no se puede aducir el hecho de la misma, sin una vergonzosa petición de principio.

'' 'Por último, por una consideración extraña a la lógica de las pruebas y relativa a la lógica del derecho punitivo, aun admitida una legítima certeza fundada en la palabra del único testigo, esta certeza no podría llevar a una condenación sin contradecir el fin de la pena. La pena debe, sobre todo, tranquilizar a la sociedad; y la pena impuesta bajo la fe de un testigo único, perturbaría más que otra cosa de un modo profundo la conciencia social; cada cual, seguramente, temblaría ante la posibilidad de verse a su vez condenado, víctima de la maldad de un enemigo acusador'. ('Lógica de las pruebas en materia criminal', páginas 421, 422 y 423)''.

Síguese de lo expuesto, que aun en la hipótesis de que pudiera admitirse que las palabras atribuídas al acusado por el denunciante, contuvieran en sí los elementos exigidos por el artículo 156 del Código Penal, para constituír el delito de ''La concusión'', tampoco el dicho del único testigo y denunciante, doctor Echeverri Herrera, podría aceptarse, desde el punto de la crítica racional de este testigo, como la prueba idónea requerida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para proferir auto de proceder contra el sindicado, imponiéndose por lo tanto, también en este supuesto, la necesidad de favorecer a éste con un sobreseimiento, por lo menos temporal, de conformidad con lo previsto en el artículo 436 de este Código.

Para terminar, estimo necesario dejar expresa constancia de la profunda extrañeza que me ha causado la lectura de algunos comentarios periodísticos publicados en algún diario de esta ciudad, que se titula servidor de la democracia y de los derechos humanos, en los que se hacen críticas torcidas e irrespetuosas con ocasión de una providencia que aún no se ha publicado ju-

dicialmente, llegando hasta la osadía de calificar de "defensores" del sindicado a los Magistrados, que por una u otra razón, digna de todo respeto, salvaremos el voto en esta ocasión.

Este proceder lo considero altamente pernicioso, puesto que con él, no solamente se atenta contra la libertad del derecho de defensa, consagrado en nuestras instituciones, sino contra el libre ejercicio de las funciones de la primera entidad judicial del país.

¿Acaso ignoran u olvidan los autores de estos reprobables procedimientos, que una de las primeras garantías de la libertad de los ciudadanos es la independencia del Poder Judicial, según lo expresó un eximio profesor?

Pero estos comentarios revelan que el país, desdichadamente, no ha logrado aún el grado de cultura cívica necesaria para tolerar una justicia independiente.

A este respecto es oportuno recordar las frases del excelso Maestro Carrara, cuando en su Programa de Derecho Criminal, expresó:

"A la libertad de la defensa le hace la guerra en nuestros días la libertad de prensa. Ha sobrevenido la mala costumbre (que se dice consecuencia inevitable de la prensa libre) de que los periodistas, por conveniencias de especulación o por adhesiones partidarias, den en sus hojas una relación de los juicios criminales pendientes. Estas relaciones son casi siempre inexactas, y, con muchísima frecuencia, informadas por el espíritu de preparar a la opinión pública en la dirección en que cada uno pretende conducir, en su respectivo interés, al Jurado. Perniciosísima costumbre, muchas veces nociva para el triunfo de la verdad".

Primitivo Vergara Crespo.

Bogotá, agosto 18 de 1961.

SE IMPONE UNA SANCION DISCIPLINARIA A UN MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se procede a resolver acerca de la queja del doctor Luis Felipe García B. contra el Magistrado del Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, doctor Servando Gutiérrez Aragón, a que se ha dado el trámite previsto por el Decreto extraordinario número 3665 de 1950, hoy Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960.

Tres cargos se deducen del libelo de queja, a saber:

a) Demoras injustificadas en el despacho de los negocios en que el querellante actúa como apoderado, como también en casi todos los negocios que se han puesto al estudio de aquel Magistrado para fallo;

b) Estar ejecutado como deudor moroso por la Caja de Crédito Agrario;

c) Ser dado a las bebidas embriagantes y concurrir frecuentemente al Tribunal en estado de embriaguez.

El querellante produjo, en relación con la primera de estas imputaciones un certificado del Secretario del Tribunal Superior de Ibagué, de 9 de diciembre de 1960, sobre el hecho de encontrarse al estudio del Magistrado Gutiérrez Aragón varios negocios desde las respectivas fechas allí anotadas, y una copia del informe rendido en el mismo mes por el Visitador del Ministerio de Justicia al Director de la Seccional de Instrucción Criminal y Vigilancia Judicial del Tolima, referente a la visita entonces practicada a la mesa del dicho Magistrado; y en relación con la segunda de esas imputaciones, una constancia del abogado de la Sucursal del referido establecimiento de crédito en Ibagué, acerca de la existencia de un juicio ejecutivo contra el doctor Gutiérrez Aragón y la señora de Gutiérrez. En cuanto al tercer cargo no se adujo elemento de prueba alguno.

Notificado el 9 de febrero de 1961, el doctor Gutiérrez Aragón contestó la querella en escrito del día 18 del mismo mes, de que se toman los pasajes que se verán a continuación, a saber:

Respecto de los negocios en que actúa el abogado doctor García, relacionados en la queja, es decir, en el certificado del Secretario del Tribunal a ésta acompañado, el doctor Gutiérrez Aragón dice: "Relativamente al cargo de morosidad en el despacho de sus asuntos, que me formula el abogado García y de la 'aversión' que dice tengo hacia él por ser el apoderado judicial de un acreedor hipotecario de mi esposa, debo expresar de modo categórico que nunca he padecido de pequeñeces tales, y que sólo tengo hoy para fallarle a García un único negocio, —el ordinario de María Dominga y Arcadio Villaveces contra Laureano y Víctor Valdés—, cuyo proyecto de fallo está en preparación en estos momentos. Los demás que relaciona en la queja, salieron de mi mesa debidamente despachados...".

En cuanto a la ejecución que le sigue la Caja de Crédito Agrario, manifiesta: "La deuda con la Caja Agraria la contraje mucho antes de pertenecer a la Rama Jurisdiccional, y para garantizar el pago hipotecó mi esposa un lote de su propiedad ubicado en la población de Flandes, que hoy tiene un valor catastral de $ 134.000, como el propio abogado de esa institución lo certifica... no se contentaron con la garantía real prestada, sino que también persiguieron mi sueldo. Le dije al abogado del acreedor que me retirara el embargo y me contestó que no podía hacerlo por instrucciones de sus patrones. Entonces me vi obligado a pedirle al Juzgado la reducción autorizada por la ley, para que quede respondiendo de los $ 5.000 debidos, el bien hipotecado, y libre, en consecuencia, mi retribución de Magistrado. En esta hora se tramita el incidente".

Y respecto del cargo de embriaguez, expresa: "Bajo mi fe de caballero cristiano, debo decir que es falsa la imputación que me hace de presentarme a las oficinas del palacio de justicia en estado de embriaguez. No lo afirmo sólo yo. Cito como testigos de que el cargo es mendaz, a personas muy distinguidas y conocidas de la ciudad..."; y a este efecto solicitó la recepción de los testimonios de los doctores Cenón Ferro París, Alberto Vargas Rengifo y David Rincón Bonilla, ex Magistrados del Tribunal, Alonso París Bonilla, ex fiscal del mismo; Pedro J. Castilla y Manuel Solanilla Nieto, fiscales actuales, y José Antonio Caycedo, Miguel Angel García, Mario Barrios, Germán Alvarado Pantoja, Luis Enrique Saiz Ramírez, José Víctor Aldana, Hernando Vera Vera, Lubín Piedrahita y Flaminio Camacho Villoria, actuales Magistrados de esa corporación.

Se ordenó recibir todos estos testimonios, los que efectivamente fueron rendidos sobre el interrogatorio preparado por el Magistrado sustanciador de esta queja, quien, para mejor proveer, dispuso que por el Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué se practicase una visita al despacho del Magistrado doctor Gutiérrez Aragón, con el objeto de relacionar los negocios que éste tuviera a su estudio el 1º de julio de 1960 y desde cuándo y el movimiento de su mesa desde la fecha que se acaba de citar en adelante, particularizando el de los asuntos en que sea apoderado el querellante doctor García, del 9 al 18 de febrero de 1961. Esta visita se llevó a efecto por el Fiscal Primero del Tribunal, según acta de 22 de marzo postrero.

Por último, vinieron a agregarse al expediente unas declaraciones de los señores Julio E. Delvasto P., José Ignacio Narváez y Ricardo Ramírez Osorio, rendidas extrajuicio a petición del querellante, con posterioridad a la introducción de la queja.

Se considera:

1. *Imputación de morosidad.*

La sinopsis del movimiento de los negocios al estudio del Magistrado doctor Gutiérrez Aragón, del 1º de julio de 1960 al 22 de marzo de 1961, consignada en el acta de la visita que en esta última fecha le practicó el Fiscal Primero del Tribunal de Ibagué, comisionado de la Corte al efecto, ofrece los siguientes datos: que el día 1º de julio de 1960, estaban en suspenso treinta y un (31) negocios, de cuya suspensión no se indican las causas, y en actividad ochenta y cinco (85); que de éstos, se encontraban al despacho el día de la visita los siguientes: trece (13) por apelación de autos en juicios ejecutivos, hipotecarios, mortuorios y de separación de bienes, desde diferentes fechas, tres (3) de ellos desde mediados de 1959 y uno desde fines del mismo año; para resolver apelación de sentencias, un (1) ejecutivo y uno (1) de sucesión, desde agosto y diciembre de 1959, respectivamente; ocho (8) para sentencia de segunda instancia en juicios ordinarios, de los cuales cuatro (4) desde mediados de 1959 y los restantes uno (1) desde marzo, dos (2) desde abril y uno (1) desde junio, todos de 1960; y uno (1) para sentencia de primera instancia en asunto de la Nación, desde enero del año últimamente dicho; que del 1º de julio de 1960 al 22 de marzo de 1961 le entraron para estudio de autos y sentencias, entre juicios especiales y ordinarios, setenta y tres (73) negocios; que en este mismo lapso despachó un total de cincuenta y dos (52) negocios, cuya evasión se tradujo en treinta y dos (32) autos en juicios especiales, siete (7) en juicios ordinarios, diez (10) sentencias en juicios especiales y tres (3) sentencias en juicios ordinarios, una de éstas de primera instancia; y que de los asuntos en que tiene interés el doctor Luis Felipe García, que estaban a la mesa del Magistrado el 9 de febrero de 1961, salieron despachados un (1) juicio de sucesión, un (1) ordinario y otro de sucesión, con fechas 10, 15 y 16 del mismo mes, quedándole al estudio un (1) ordinario, un (1) ejecutivo y uno (1) de sucesión, que en su orden le entraron con fechas 16 de julio de 1959, 3 de junio y 27 de octubre de 1960. Es de advertir que de estos tres últimos juicios, no figuran en el certificado del Secretario del Tribunal que se acompañó a la queja y a que se refirió la contestación del Magistrado doctor Gutiérrez Aragón, ni el ejecutivo de Plácido Hoyos contra Sergio Rojas y Luis María Sánchez, ni el de sucesión de Arturo Miguel de los Santos Rodríguez, por lo cual pudo entonces decir el querellado, con referencia a tal certificación, que sólo tenía para fallarle al doctor García el ordinario de María Dominga y Arcadio Villaveces contra Laureano y Víctor Valdés.

Bien se ve que, si el rendimiento de trabajo del Magistrado doctor Gutiérrez Aragón, del 1º de julio de 1960 al 22 de marzo de 1961, lapso a que se contrajo la visita fiscal de esta última fecha, no puede calificarse de excelente, ofrece sin embargo, cierto grado de diligencia, que aleja la necesidad de imponerle ahora, por tal concepto, una sanción disciplinaria. Como lo dijo el Visitador del Ministerio de Justicia en su

informe de diciembre retropróximo "en realidad de verdad el señor Magistrado Servando Gutiérrez Aragón, ha trabajado con bastante intensidad, en estos 6 meses últimos"; y si ello es así, no se advertiría la pertinencia de disciplinar al funcionario que, por su actividad sostenida de algunos meses a esta parte, da muestras de esforzarse por atender a lo de su cargo, ya que el objetivo de las sanciones disciplinarias es precisamente el de mantener a raya a los funcionarios del orden jurisdiccional, así dentro de los límites de una conducta decorosa, como dentro del cumplimiento de las actividades de su oficio, de manera que en cuanto a esto no sufra retardos injustificados la administración de justicia, ni se haga ineficaz, ni pierda de su indispensable imparcialidad.

Aunque el referido Visitador del Ministerio de Justicia, no obstante su concepto favorable atrás reseñado, estimó que "en cuanto respecta a la queja formulada por el doctor Luis Felipe García, sin lugar a duda, en los negocios en que él actúa como apoderado, ha habido un poco de descuido por parte del señor Magistrado"; que "se deja notar cierta aversión por los negocios en que actúa el doctor Luis Felipe García, toda vez que, negocios entrados a su despacho con posterioridad el señor Magistrado los ha tramitado con providencia de fondo"; y que "al doctor Luis Felipe García le asiste mucha razón en la queja que eleva ante el señor Director", con todo, como ese informe no determina cuáles sean los negocios en que las faltas se hayan cometido, determinando las fechas de entradas y salidas, de cuya comparación resulte la deliberada postergación de los asuntos en que tiene interés el querellante, no se encuentra base concreta en que, por esta causa, pueda fundarse una sanción disciplinaria.

Ni sería bastante a sustentarla, la circunstancia de que en su réplica a la queja, el Magistrado Gutiérrez Aragón haya dicho que, si ha habido ocasiones de fallar negocios nuevos con prescindencia de los viejos, "ello sucede, por urgencia de los interesados y calidad también urgente de los mismos negocios, pero sin favoritismos, ni compromisos de ninguna clase. El propio abogado que me acusa ha sido uno de los beneficiados con esa esporádica alteración de los turnos. Que no se ha repetido últimamente, ni se repetirá, dentro de la reorganización que le he dado a mi mesa". Porque, aparte de no estar demostrados concretamente los casos en que tal desorden haya ocurrido, de las explicaciones dadas por el querellado de que no se infieren móviles inconfesables ni hábito en el particular, resulta su propósito de sujetarse a normalidad en el diligenciamiento de los negocios de su mesa.

Pero, el que aquí no haya mérito suficiente para una sanción por el concepto que se acaba de anotar, no significa que se cohoneste la anomalía de alterar el orden que corresponda observar en la evasión de los asuntos a cargo de un juez dado, según las fechas de entrada para estudio y demás circunstancias de que legítimamente resulte la oportunidad con que han de atenderse los varios procesos.

2. *El cargo de ser deudor ejecutado.*

Estriba en el hecho a que se refiere la certificación expedida por el abogado de la sucursal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Ibagué, de fecha 15 de diciembre de 1960, que reza: "Que en el Juzgado Tercero Civil de este Circuito viene cursando desde el año de 1957 (agosto 6) un juicio ejecutivo contra el doctor Servando Gutiérrez Aragón y señora Margarita C. de Gutiérrez, con base en una letra de cambio cedida a nuestras oficinas de Facatativá, por la suma de $ 5.000 y dentro del cual se encuentra embargado el sueldo que como Magistrado del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué devenga el ejecutado y un lote avaluado catastralmente en $ 134.000 ubicado en la población de Flandes (T.)".

Pero, no se ha dicho, ni probado que el doctor Gutiérrez Aragón haya sido renuente al pago de la deuda, hallándose en posibilidades económicas de efectuarlo, o que esté eludiendo contra derecho la solución de la misma, o que se haya puesto torticeramente en condición de no satisfacerla o esté entorpeciendo su cobro judicial con procedimiento alguno reprobable.

Entonces, el estar soportando juicio ejecutivo por esa obligación, de no exigua cuantía, en el cual tiene embargado su sueldo de Magistrado y un predio que, según lo dice él en su contestación, hipotecó su señora para garantía del crédito y que catastralmente vale casi veintisiete veces más que el principal de éste, es hecho que por sí solo, desprovisto de circunstancias de ilicitud, no constituye lo que bajo la causal primera del artículo 2º del Decreto extraordinario número 3665 de 1950 se llama "mora habitual e injustificada en el pago de deudas".

3. *El cargo por ebriedad.*

De las declaraciones en este punto, traídas al informativo, no aparece demostrado que el Magistrado doctor Gutiérrez Aragón tenga el há-

bito de la embriaguez. Así, sus colegas de magistratura, los doctores Germán Alvarado Pantoja, Mario Barrios Monroy, Lubín Piedrahita Marín, Luis Enrique Saiz Ramírez, José Antonio Caycedo, Flaminio José Camacho Villoria, José Víctor Aldana Saiz y Miguel Angel García B., los Fiscales del Tribunal doctores Pedro J. Castilla y Manuel J. Solanilla Nieto y los abogados en ejercicio doctores David Rincón Bonilla, Alonso París Bonilla y Alberto Vargas Rengifo, deponen en el sentido de no haber visto que el doctor Gutiérrez Aragón asista al Tribunal en estado de embriaguez. Solamente, algunos dijeron haber sabido u oído hablar de la afición del Magistrado al licor, pero ninguno llega a dar testimonio por propia percepción de que resulten establecidos concretamente hechos configurativos de tal hábito o de mala conducta suya en lo judicial o en lo social, por éste motivada, salvo lo que se verá luego. Apenas el Magistrado Hernando Vera Vera dice que, durante todo el tiempo en que ha venido desempeñando el cargo, solamente en dos ocasiones, una en Sala de Acuerdo y otra en el cafetín del Palacio de Justicia, lo vio "copetón", "aclarando que dicho estado no era realmente como para llamar mucho la atención". Pero esta declaración, un tanto imprecisa, tampoco alcanza a fundar hecho sancionable en vía disciplinaria.

Ni prestan mérito suficiente en el particular, las declaraciones de nudo hecho surtidas, por fuera de la Corte, después de incoada la queja, a solicitud del querellante, por los abogados Julio E. del Basto, José Ignacio Narváez y Ricardo Ramírez Osorio, porque los dos primeros, aunque manifiestan, cada uno a su modo, que el doctor Gutiérrez Aragón es dado al licor, agregando el segundo que a veces lo hace en sitios de muy baja categoría, no dan la razón de sus dichos, pero sí afirman no constarles que el Magistrado se haya presentado embriagado al Palacio de Justicia; y el tercero de los declarantes solamente refiere que lo vio *en otro tiempo* ingiriendo en forma más o menos constante tales bebidas y que "se dice" que una de las razones para no despachar oportunamente es la de haber continuado frecuentándolas, aunque agrega que no puede afirmar en qué sitios, por lo cual su declaración, relativa a lo ocurrido en otro tiempo, en forma poco explicada, y de mera referencia a lo que se dice en la actualidad, no es concluyente en el caso.

Quiere decir que del haz probatorio hasta aquí visto, no resulta demostrada en el querellado la existencia del hábito de la embriaguez.

Lo que no puede, empero, pasarse por alto es la conducta del Magistrado doctor Gutiérrez Aragón al presentarse en estado de ebriedad a una diligencia judicial, hecho concreto sobre que versan los testimonios de los Magistrados doctores Luis Enrique Saiz Ramírez y Miguel Angel García B., que depusieron en la siguiente forma: el primero dijo: "Lo que sí me consta, por haberlo visto, fue la presentación del doctor Gutiérrez Aragón en estado de embriaguez a parte de la diligencia de inspección ocular practicada por la Sala Civil del Tribunal, por comisión de la honorable Corte Suprema de Justicia, en terrenos ubicados en jurisdicción de los Municipios de Honda, Mariquita y Armero, en un juicio sobre petróleos, en el año de mil novecientos sesenta. El declarante actuaba como ponente y tuvo que soportar pacientemente las impertinencias inherentes al estado en que se hallaba el doctor Gutiérrez Aragón"; y el segundo manifestó: "Sobre este particular sólo puedo decir por percepción directa que, con ocasión de una diligencia de inspección ocular practicada por este Tribunal en las regiones de Armero, Mariquita y Honda, por comisión de la honorable Corte, en asunto de petróleos, en el curso de esa diligencia, dentro de ella, y en uno de esos días del 10 al 17 de septiembre de 1960 el doctor Servando Gutiérrez Aragón se embriagó excesivamente, mortificando de manera especial al ponente doctor Luis Enrique Saiz Ramírez. Naturalmente este hecho causó fastidio, mucho más si se tiene en cuenta la presencia de las partes interesadas doctores García Alvarez, Samper, Zárate y Francisco Ruiz, este último comisionado por la Procuraduría General de la Nación, para esa mencionada diligencia".

La falta —"ebriedad" en una diligencia judicial—, que estos testimonios destacan, contradice los presupuestos de integridad de juicio y circunspeción con que la persona del Magistrado debe presentarse en las diligencias de su oficio, ya por la naturaleza misma de la función, ya por el prestigio de la administración de justicia. La Corte censura así este hecho, en atención al cual y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3º, ordinal a), del decreto extraordinario número 3665 de 1950, hoy Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y 79 de 1960, impondrá al acusado la sanción pecuniaria que se señala en la parte dispositiva de esta providencia.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función disciplinaria, IMPONE al Magistrado del Tri-

bunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, doctor Servando Gutiérrez Aragón, una multa de doscientos pesos ($ 200), que se hará efectiva por el respectivo Pagador, descontándola del sueldo de aquél.

Transcríbase esta decisión al Pagador en referencia y al Departamento de Vigilancia del Ministerio de Justicia, para los fines consiguientes.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala durante el mes de junio de 1961, fueron elaborados por el Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura. Y los correspondientes a los meses de julio y agosto del mismo año, a cargo del doctor Carlos Manuel Gutiérrez E., Relator Judicial Auxiliar.

DOCUMENTOS PUBLICOS — PROMESA DE CONTRATO

Pretende el recurrente que la sentencia que declaró resuelto el contrato de autos incurrió en errores de estimación probatoria. El lote materia del negocio resultó estar congelado por la Oficina del Plan Regulador. Valor probatorio de certificados expedidos en las oficinas públicas. Facultades de los Jueces de instancia en la interpretación de contratos.

1. En el espíritu que alienta nuestro sistema de pruebas, todo elemento de convicción que pueda acogerse a la tarifa legal es admisible, mientras no ocurra uno de dos supuestos: o que la ley exija precisamente cierto medio con exclusión de otros o que rechace determinado medio respecto de una comprobación dada.

2. Entre las certificaciones que como documentos auténticos hacen plena prueba acerca de su contenido, el artículo 632 del Código Judicial, al lado de las que otorgan los Jueces y Magistrados en las circunstancias allí previstas, alude a otras "en los demás casos autorizados por la ley", y no cabe remitir a duda que, entre esas otras, se encuentran ciertamente las que trata el artículo 315 del Código de Régimen Político y Municipal. Si este texto no llega, en su amplitud, hasta permitir que con meras certificaciones pueda hacerse la demostración del contenido mismo de documentos o providencias administrativas, cuya prueba, máxime si se trata de acreditar la titularidad de derechos resultantes de ese contenido, tendría que hacerse a base de las respectivas copias (arts. 630, 632 C. J.), con todo sí autoriza que los funcionarios a que el propio artículo 315 alude, puedan certificar fidedignamente sobre los hechos que registran o en que consisten los negocios que les están confiados. De otro modo, la disposición entrañaría una antinomia, lo que no es dable suponer.

3. En el presente juicio, el certificado del jefe de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá, da cuenta de la situación en que, frente al Distrito, se encontraba el referido inmueble, desde mucho antes de que sobre el mismo se celebrara entre las partes litigantes la discutida promesa de compraventa, esto es, congelado, o sea privado de la posibilidad de ser objeto de construcción por estar destinado todo a la ampliación de una vía pública. Tal situación, como hecho actuante entre los asuntos de la Oficina del Plan Regulador, bien ha podido acreditarse con certificado del Jefe de la misma Oficina (art. 315 del C. P. y M.).

4. No sufre censura el tratamiento dado por el sentenciador al certificado de que tratan los autos, al reputarlo como instrumento auténtico, expedido por funcionario competente, en ejercicio de las funciones de su cargo. Porque, en el Estado de derecho, el ejercicio de funciones públicas hace presumir que quien las desempeña tiene la calidad de funcionario que invoca,

en tanto no se demuestre lo opuesto, así como también que cada uno de ellos ejerce sus atribuciones en la órbita de su legítima incumbencia, mientras no aparezca lo contrario.

5. En cuanto que el Tribunal entendió que el predio del negocio, por no ser susceptible de construcción por estar congelado por la Oficina del Plan Regulador, estaba privado de una calidad fundamental de su goce, con lo cual el prometiente vendedor dejaba de cumplir su obligación de transferir el objeto libre de vicios que anulasen su utilidad, hizo, en uso de su poder discrecional de apreciación, una interpretación del contrato, que no puede ser tocada por la Corte, pues no se vislumbra en ella asomo alguno de error, sino que antes bien, muestra ser un razonamiento ajustado a la realidad y a la lógica.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 22 de julio de 1959, en el juicio ordinario seguido por Jorge Chávez Luque frente a Gundisalvo Rodríguez Páez.

I

ANTECEDENTES

1. Mediante documento privado de fecha 23 de agosto de 1956, Gundisalvo Rodríguez Páez y Jorge Chávez Luque celebraron un contrato de promesa, por el cual el primero se obligó a vender al segundo y éste a comprar a aquél, "un casa-lote", situado en este Municipio, en la carrera 30 o Avenida Cundinamarca, distinguido con el número 10-08, con superficie de 419 varas cuadradas y 86 centímetros y determinado por los linderos que tal instrumento reza, en el que se estipuló, al efecto, lo siguiente: que el precio de la prometida venta es la cantidad de $ 35.687.25 moneda legal, de los que Chávez Luque entregó $ 5.000 en aquel acto, comprometiéndose a que pagaría el saldo en la forma allí mismo estipulada; que la escritura pública de la compraventa se otorgaría a la hora de las tres de la tarde del día 3 de septiembre de 1956, en la Notaría 6ª de Bogotá; y "que para garantizar esta negociación se impone aquí una cláusula penal de cinco mil pesos moneda legal, valor que se estima como arras del negocio, o sea el dinero que recibe hoy el vendedor y en caso de incumplimiento por parte del vendedor estará obligado a devolverlas dobles". Rodríguez Páez declaró que la finca de que la promesa trata "se encuentra libre por todo concepto", a excepción del gravamen que garantiza un crédito a que allí se alude, y finalmente se hizo constar que en el negocio se incluyen "las ramadas, fuerza trifásica, teléfono, casita construída dentro del lote, servicios de luz y agua".

2. Llegados el día y la hora de formalizar la compraventa prometida, y encontrándose ambas partes en el despacho del Notario 6º de este Circuito, sentose ante el mismo funcionario un acta suscrita por ellas y autorizada por este funcionario, en la cual el señor Chávez Luque hizo constar que, aunque ha estado listo con el dinero para cumplir la promesa en referencia, no puede hoy hacerlo porque, aparte de que no le dieron los títulos, ni el certificado, ni la minuta, para que su abogado los estudiara, "según memorándum del 31 de agosto de 1956 suscrito por el doctor Arturo Moreno Mejía, Director del Plan Regulador, el lote materia de la promesa de venta está afectado en su totalidad por el proyecto de ampliación de la Avenida Cundinamarca, proyecto aprobado desde hace cinco años, lo cual quiere decir que está prohibido edificar en el mencionado lote y el suscrito prometió comprar con el propósito manifiesto de edificar y no con el de vendérselo al Municipio...". En la misma acta, el señor Rodríguez Páez hizo constar por su lado que, cuando él adquirió del señor Leopoldo Medina R. el referido lote, el día 1º de febrero de 1955, "tampoco tenía conocimiento, como no lo tuvo hasta en este momento, de la disposición que se acaba de transcribir del Plan Regulador de Bogotá... Que la disposición del Municipio de Bogotá tan sólo afecta una posible construcción y cuando se hizo la promesa de compraventa las partes no estipularon para qué iba a emplear el lote el comprador".

II

EL LITIGIO

3. Así las cosas, Jorge Chávez Luque demandó a Gundisalvo Rodríguez Páez, principalmente para que se declarase la invalidez de la dicha promesa de compraventa y se condenase al deman-

dado a restituírle los cinco mil pesos ($ 5.000) que, por razón de la misma, le dio el actor; y en subsidio, para que se declare resuelto el mismo contrato de promesa de compraventa, por incumplimiento del prometiente vendedor, señor Rodríguez Páez, y se le condene tanto a devolver al demandante los cinco mil pesos ($ 5.000) que éste le entregó en el momento de celebrarse la referida promesa, como a pagarle además la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000), por concepto de la multa estipulada, y a sufragar las costas del juicio.

Como HECHOS comunes a los pedimentos principales y subsidiarios, invocó la celebración del mencionado contrato de promesa de compraventa y el haber recibido Rodríguez Páez de Chávez Luque la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000), en virtud del mismo negocio.

Como hecho correspondiente a la acción principal, alegó el haberse omitido expresar en el documento promisorio "el origen o procedencia del título del enajenante".

Y como HECHOS propios de la acción subsidiaria invocó éstos: Que el prometiente vendedor se obligó a entregar el inmueble "libre por todo concepto", con excepción de un gravamen hipotecario; que para el día 3 de septiembre de 1956, en que debía otorgarse la correspondiente escritura, "el inmueble prometido no se hallaba libre, pues sobre él pesaba una 'congelación' decretada por el Municipio de Bogotá en razón de la ampliación de la Avenida Cundinamarca"; que "este gravamen o vicio que pesaba sobre el inmueble prometido, impedía que sirviera para su uso natural o sea, tratándose de un predio urbano, para edificar en él"; y que "el prometiente comprador, señor Chávez, estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones en el lugar y tiempo debidos, pero en razón del gravamen o vicio que pesaba sobre el inmueble prometido, se abstuvo de suscribir el correspondiente instrumento público".

En DERECHO fundó las súplicas así: Las principales, en los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 2313 y 2594 del Código Civil; y las subsidiarias, en los artículos 1546, 1592 y 1914 del mismo Código.

4. El libelo se presentó acompañado de los siguientes documentos: un ejemplar del escrito de la promesa de contrato en referencia; un certificado del Notario 6º de Bogotá en que se inserta el acta de que se habló al principio; y el memorándum o certificado de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá, documento este último que a la letra dice:

"Municipio de Bogotá. — República de Colombia. — Plan Regulador. — Memorándum Nº 5832.—Bogotá, D. E., agosto 31 de 1956.—De Plan Regulador —Servicios Públicos— Para Jorge Chávez Luque. — Ref.: 9634. — Lote Nº 10-08, carrera 30 —Avenida Cundinamarca—. SE INFORMA: A) El lote de terreno distinguido con el número 10-08 de la carrera 30 (Avenida Cundinamarca) se encuentra afectado en su totalidad por el proyecto de ampliación, a 60 metros, de la citada Avenida. Desde que este proyecto de ampliación fue aprobado, hace más de cinco años, el predio de la referencia está congelado. B) No existe constancia de que en los años de 1955 y 1956 el propietario del predio hubiera solicitado demarcación para tal lote —carrera 30 Nº 10-08—. Por lo tanto no se puede afirmar que el propietario tuviera o no conocimiento de que este inmueble se encontraba congelado. C) Dada la aprobación del proyecto mencionado no podía efectuarse legalmente ninguna construcción en este lote, porque no podía cumplirse con el requisito previo de obtener demarcación. Las sanciones que se imponen a quienes efectúan construcciones sin tener licencia de la Secretaría de Obras Públicas, son aplicadas por la Secretaría de Obras Públicas, Departamento de Control, por medio de los Inspectores de Policía correspondientes.—Atentamente (Fdo.), *Arturo Moreno Mejía,* Director".

5. El demandado contestó, oponiéndose a todas las peticiones de la demanda; y en cuanto a los hechos en que ella dice fundarse, aceptó como ciertos el de la celebración de la referida promesa de compraventa, en los términos del documento que la contiene, y el haber aquél recibido del demandante la suma de cinco mil pesos ($ 5.000), pero en calidad de arras. Sostiene que "tuvo el promitente comprador a su disposición en varias ocasiones por medio del intermediario en esta negociación los títulos completos, tales como el certificado de treinta años, certificado de paz y salvo con el Municipio"; que el día en que debía cumplirse la promesa "hizo exhibición ante el Notario de todos los documentos necesarios para poder firmar dicha escritura"; que "los títulos y papeles citados estaban 'en disposición del comprador en cualquier momento' "; y que, en cuanto a la afirmación del actor de haber estado dispuesto a cumplir sus obligaciones en el lugar y tiempo debidos, "es cierto solamente que el señor Chávez no suscribió el correspondiente instrumento público, retractándose del contrato o incumpliéndolo". Y acompañó copia registrada de la es-

critura número 176 de 1º de febrero de 1955, de la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual Rodríguez Páez compró el inmueble a Leopoldo Medina R.; un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, relativo a la situación jurídica del mismo inmueble, del 1º de agosto de 1926 al 20 de agosto de 1956; y copia de unos autos dictados en el juicio ejecutivo que Chávez siguió contra Rodríguez, ante el Juez 10º Civil de este Circuito, en que se le negó al demandante el mandamiento de pago que solicitaba, por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000), en razón de lo pactado en la citada promesa de compraventa.

6. Sin producción de ninguna otra prueba, surtiéronse las dos instancias del juicio, la segunda por apelación de ambas partes. En el fallo de primer grado se declaró resuelto el cuestionado contrato de promesa de venta, se condenó al demandado a restituír al actor la cantidad de cinco mil pesos que recibió de éste por causa del mismo contrato, se negaron las demás peticiones del libelo y se le impusieron al vencido las costas correspondientes; y por la sentencia del Tribunal se determinó reformar la del inferior, disponiendo que quede en los siguientes términos:

"1º Declárase resuelto el contrato de promesa de venta celebrado entre Gundisalvo Rodríguez Páez y Jorge Chávez Luque, contenido en el documento privado de fecha 23 de agosto de 1956.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al demandado Gundisalvo Rodríguez Páez a restituír al demandante Jorge Chávez Luque, cinco días después de ejecutoriado el presente fallo, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente, que el primero recibió del segundo como parte del precio convenido en la promesa de venta que por éste se resuelve.

"3º Condénase igualmente al demandado Gundisalvo Rodríguez Páez a pagar al demandante Jorge Chávez Luque, dentro del mismo término señalado en el numeral anterior, la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) moneda corriente, por concepto de la multa estipulada en el referido contrato de promesa de venta.

"4º Niéganse las peticiones principales de la demanda, de cuyos cargos se absuelve al demandado.

"5º Con excepción de las de segunda instancia, condénase al demandado en las costas del juicio".

Contra este último pronunciamiento se interpuso por parte del demandado, el recurso de casación.

III

LA SENTENCIA RECURRIDA

7. Sostiene el Tribunal que el convenio celebrado entre los señores Rodríguez Páez y Chávez Luque es ciertamente un contrato bilateral de promesa de venta, que satisface las exigencias de la ley para valer como tal; que por lo mismo le es aplicable el artículo 1546 del Código Civil; que, en el caso del pleito, Chávez Luque, como aparece de la certificación expedida por el Notario 6º de Bogotá, se allanó a cumplir con lo de su cargo, el día en que debía otorgarse la escritura de venta y que fue Rodríguez Páez quien no cumplió con su obligación de transferir el inmueble 'libre por todo concepto', tal como se expresa en el compromiso, por cuanto el predio "se halla afectado en su totalidad por el proyecto de ampliación de la Avenida Cundinamarca, con anterioridad de más de cinco años a la fecha en que debía otorgarse la escritura de venta de dicho lote, y que, consecuencialmente, ese inmueble está 'congelado' "; que la "congelación" consiste "en que no puede efectuarse legalmente ninguna construcción en este lote, por no poder cumplirse con el requisito previo de obtenerse la respectiva demarcación y, por lo mismo, constituye una limitación al derecho de dominio"; que de esa congelación da fe el documento expedido por el Director del Plan Regulador existente en el juicio, que "reviste el carácter de un instrumento público por cuando reúne las exigencias del artículo 1758 del Código Civil", "siendo de advertir que quien presenta un documento de esta naturaleza no tiene que acreditar la calidad de funcionario público de quien aparece suscribiéndolo"; y que "mientras no se demuestre la falsedad del instrumento debe tenerse por cierto que quien lo autoriza es funcionario público", cuya competencia para ello y para hacer las afirmaciones contenidas en el mismo se presume, como también que el documento así autorizado se acomoda a las formalidades establecidas por la ley para su expedición. Tales son compendiosamente las premisas de que partió el sentenciador para llegar al pronunciamiento recurrido.

IV

LA IMPUGNACION

8. Con base en la causal primera de casación, se acusa la sentencia recurrida como violatoria del artículo 1546 del Código Civil, por aplicación indebida, resultante de "errores de derecho y manifiestos de hecho", que se dicen cometidos por el Tribunal en la apreciación de los elementos probatorios que determinaron su decisión. A este propósito, el acusador propone dos cargos, que se estudiarán en su orden.

9. PRIMER CARGO. Formulado por *error de derecho en la apreciación del memorándum del Director del Plan Regulador,* se desenvuelve, en sustancia, con los siguientes razonamientos:

Que el Tribunal estimó que, por no haberse demostrado que el firmante del memorándum —que califica como certificado— no ejercía el cargo de Director de Planeación, ni que tal documento no fue expedido con las formalidades legales, ni que el dicho funcionario no era competente para expedirlo, debe presumirse que quien lo firma ejercía el cargo, que tenía competencia para expedir tal instrumento y que éste reúne las formalidades legales, constituyendo en consecuencia plena prueba al tenor de los artículos 632 del Código Judicial y 1758 del Código Civil; que las presunciones legales son las que establece la ley, y las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes, pero "la sentencia no cita la ley que establezca las presunciones que decreta, ni dice que las deduzca de circunstancias graves y concordantes"; que "por otra parte, las funciones de los empleados públicos las señala la ley, la ordenanza o el acuerdo. El Tribunal no dice en dónde están señaladas las del Director de Planeación del Distrito Especial, sino que las presume. Cometió así error de derecho en relación con el artículo 63 de la Carta, pues ha debido mencionar la norma que señala las funciones de dicho empleado, y no lo hizo"; que "es claro que las solemnidades legales de los documentos deben estar señaladas en una norma de carácter público y obligatorio. La sentencia no dice cuáles sean las de los informes ('certificados') del Director de Planeación"; que, no habiéndose demostrado cuáles son las funciones o competencia del Director de Planeación, ni cuáles las solemnidades de ley a que esté sometido en la expedición de instrumentos o certificados, el Tribunal cometió error de derecho al aplicar a tal informe, que llama "certificado", los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Código Judicial, porque "si hay acuerdos del Concejo de Bogotá que autoricen la denominada *congelación,* han debido traerse en copia autenticada; si hay acuerdo que decreta la ampliación de la Avenida Cundinamarca, ha debido traerse copia autenticada; si hay resolución que afecte la casa-lote materia de la promesa, ha debido traerse copia autenticada"; que, aunque todo esto se hubiera cumplido favorablemente, cabría error de derecho que se comprueba con la simple lectura de los artículos 2637 del C. C. y siguientes, al admitir certificados distintos de los del Registrador de Instrumentos Públicos, para comprobar limitaciones del dominio de bienes raíces; y que "claro está que si no se da valor de plena prueba al mencionado informe, ningún fundamento existe para sostener que mi mandante incumplió la promesa; y por tanto el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1546 del Código Civil". Y a intento de esforzar la fundamentación de este cargo, el impugnante trae a cuento referencias o extractos de algunas sentencias de la Corte (XLII, 190; XXX, 360; XXXI, 240; LIV, 66; LXVI, 825; LXXIII, 890; LXXVI, 184).

Se considera:

10. Sea lo primero advertir que, en derecho, las cosas no son por el nombre con que se las llame, sino por lo que en la realidad de su naturaleza sean. Certificación o certificado, —del latín "certum fácere"—, quiere decir instrumento en que se asegura la verdad de un hecho. Es, pues, indiferente que el atestado del Director del Plan Regulador de Bogotá haya sido expedido bajo el nombre de memorándum, pues ello no le quita su carácter de certificación destinada a establecer la verdad de un hecho.

En el espíritu que alienta nuestro sistema de pruebas, todo elemento de convicción que pueda acogerse a la tarifa legal es admisible, mientras no ocurra uno de dos supuestos: o que la ley exija precisamente cierto medio con exclusión de otros o que rechace determinado medio respecto de una comprobación dada. Salvos estos límites, que desde luego se inspiran en motivos superiores, quiere el legislador que la indagación de la verdad, sobre la cual ha de ser impartida la justicia, pueda hacerse racionalmente, mediante cualquiera o cualesquiera de las especies probatorias por él contempladas y cuya aducción se efectúe en conformidad al rito del proceso.

11. Ahora bien: entre las certificaciones que, como documentos auténticos, hacen plena prue-

ba acerca de su contenido, el artículo 632 del Código Judicial, al lado de las que otorgan los jueces y magistrados en las circunstancias allí previstas, alude a otras "en los demás casos autorizados por la ley". Y no cabe remitir a duda que, entre esas otras, se encuentran ciertamente las de que trata el artículo 315 del Código de Régimen Político y Municipal, que reza: "Los secretarios de las corporaciones y autoridades públicas dan fe en los certificados que expidan relativamente a los negocios que les están confiados por razón de su empleo. Lo propio sucede con los jefes de las oficinas respectivas".

Si este texto no llega, en su amplitud, hasta permitir que con meros certificados pueda hacerse la demostración del contenido mismo de documentos o providencias administrativas, cuya prueba, máxime si se trata de acreditar la titularidad de derechos resultantes de ese contenido, tendría que hacerse a base de las respectivas copias (art. 630, 632 C. J.), con todo sí autoriza que los funcionarios a que el propio artículo 315 alude puedan certificar fidedignamente sobre los hechos que registran o en que consisten los negocios que les están confiados. De otro modo, la disposición entrañaría una antinomia, lo que no es dable suponer.

12. Y este criterio no establece pugna alguna con el que pudo inspirar las providencias de carácter vario de la Corte, a que el recurrente hace referencia en su demanda, porque los casos en ellas contemplados, tales y como fueron en su tiempo resueltos, podrían serlo de igual modo dentro del pensamiento ahora expuesto. En efecto, de las decisiones referidas resulta respectivamente lo siguiente: que las certificaciones de los funcionarios de higiene o estadística tocantes al estado civil y defunción de las personas, sólo pueden aceptarse como pruebas supletorias al respecto (XLII, 190); que el informe o certificado de un archivero, de que se ocupó en auto de 15 de mayo de 1924, la Sala de Negocios Generales, certificado según el cual se hicieron en letras sobre el exterior ciertas consignaciones a una cuenta bancaria, no es documento claro e inequívoco que pueda servir de apoyo al mandamiento de pago que la demanda solicita, y porque "los documentos que se dicen comprobatorios de las consignaciones a que se refiere el archivero son documentos auténticos, los cuales no se expiden en forma de certificado o informe, como se ha hecho, sino en copia autorizada, como lo mandaba y prescribía el artículo 686 del Código Judicial vigente al tiempo de expedirse el susodicho informe o certificado" (XXX, 1584-1585, pág. 360); que los notarios no tienen facultad para expedir certificados sobre el contenido de los instrumentos protocolizados en su oficina, lo que así se dijo en auto de la misma Sala, del 2 de abril de 1925, al rechazar el certificado de un notario, como comprobante de la adjudicación de una hacienda con sus edificios, trapiches, alambiques, etcétera (XXXI, 240); que no puede aceptarse como prueba directa del dominio de inmuebles el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, salvo el caso excepcional del artículo 2675 del Código Civil, en que se admite como prueba supletoria (Cas. 19 mayo 1942, LIV, 1989-1990, págs. 65 a 69); que la ley respalda con la fe pública, tanto las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil, si en ellas se insertan las actas correspondientes, como las que otorguen los Jueces y Magistrados relativas a hechos que pasen ante ellos, en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso (art. 678 C. J.), precauciones éstas tendientes a que la verdad protocolizada en las actuaciones oficiales no pueda ser suplantada por el dicho escueto de los funcionarios (LXVI, 2077 - 2078, pág. 825); que "si se trata de demostrar el contenido de documentos o providencias administrativas, lo único procedente es presentar las copias respectivas, formalmente expedidas", doctrina sentada en fallo de la Sala de Negocios Generales de 21 de noviembre de 1952, para no admitir el certificado del secretario de un Ministerio con que se pretendía probar el contenido de unas resoluciones ministeriales, de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia y de un contrato celebrado entre el Ministerio y determinada compañía (LXXIII, 2121-2122, págs. 887 a 890); y que el procedimiento adecuado para acreditar hechos constantes en documentos públicos es el de la presentación de las copias auténticas de los mismos expedidas con arreglo a lo previsto en el artículo 632 del Código Judicial, que fue decisión de la misma Sala, de 28 de agosto de 1953, frente al caso en que un litigante pretendió, en segunda instancia, valerse de una inspección ocular sobre el archivo de un ministerio, para establecer el contenido de documentos que debieron producirse en la primera instancia (LXXVI, 2133, págs. 183-184).

Bien se ve, que las aludidas citas doctrinales se refirieron a casos en que la ley, o bien exigía pruebas específicas, que no podían ser suplidas con certificados, o bien sometía la eficacia de éstos al cumplimiento de ciertos requisitos impostergables; pero ninguna de esas decisiones hizo tabla rasa del artículo 315 del Código de Régimen Político y Municipal, en cuanto otorga

a los secretarios de las corporaciones y autoridades públicas y a los jefes de las oficinas respectivas la facultad de dar fe en los certificados que expidan relativamente a los negocios que les están confiados por razón de su empleo, con sujeción desde luego a las restricciones legales.

13. Así, en el presente juicio, el certificado del jefe de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá, da cuenta de la situación en que, frente al Distrito, se encontraba el referido inmueble, desde mucho antes de que sobre el mismo se celebrase entre los señores Rodríguez Páez y Chávez Luque la discutida promesa de compraventa, esto es, congelado, o sea privado de la posibilidad de ser objeto de construcción por estar destinado todo a la ampliación de una vía pública. Tal situación, como *hecho* actuante entre los asuntos de la Oficina del Plan Regulador, bien ha podido acreditarse con certificado del Jefe de la misma Oficina (art. 315 C. P. y M.).

14. Consecuencialmente, no sufre censura el tratamiento dado por el sentenciador a ese certificado, al reputarlo como instrumento auténtico, expedido por funcionario competente, en ejercicio de las atribuciones de su cargo. Porque, en el Estado de derecho, el ejercicio de funciones públicas hace presumir que quien las desempeña tiene la calidad de funcionario que invoca, en tanto no se demuestre lo opuesto, lo cual encuentra esforzada garantía en la ley penal que castiga como delito la usurpación de esas funciones (arts. 182 y 183 C. P.); y de igual modo, si la razón de ser de ese Estado impone como obligada categoría de su organización, el que en las distintas jerarquías de la agencia oficial, desde el inferior grado hasta el ápice del poder público, todos los funcionarios contengan sus actividades dentro de los límites a las mismas trazados por la Constitución, leyes y demás ordenamientos de la República, tan grave predicamento institucional, de cuya observancia resulta la licitud, armonioso desenvolvimiento y coactividad jurídica de la gestión administrativa, hace suponer que, en principio, cada cual de ellos ejerce sus atribuciones en la órbita de su legítima incumbencia, mientras no aparezca lo contrario. Propugnar la hipótesis adversa, esto es, la suposición del desafuero como criterio de apreciación de la actividad administrativa, sería envolver de inseguridad la vida de relación. En este orden de ideas, preceptúa justificadamente el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal lo siguiente: "Los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo".

En síntesis: en el caso del pleito, el certificado del Jefe del Plan Regulador de Bogotá, es un instrumento público, que prueba *per se* en cuanto a la calidad y competencia del funcionario que lo expidió, como también en cuanto a la verdad de su contenido, por referirse a un hecho por él aseverado como del resorte de las funciones de su empleo, y no haberse demostrado en el debate lo contrario.

15. Y esta conclusión probatoria encuentra, de otra parte, sólido apoyo en la circunstancia de que en el acta suscrita por los señores Rodríguez Páez y Chávez Luque ante el Notario 6º de este Circuito, en el día fijado para la solemnización de la compraventa prometida, Rodríguez Páez aceptó la existencia de la disposición de la autoridad municipal a que se refiere el dicho certificado, limitándose a interpretar su alcance en relación con el empleo que del inmueble haría el prometiente comprador. Efectivamente, en dicha acta dice Rodríguez Páez lo siguiente: "...Y que además considera que el señor Jorge Chávez Luque está obligado a cumplir las obligaciones que reza el contrato de promesa de compraventa suscrito porque no hay ninguna disposición de tipo legal en Colombia que impida la compraventa por escritura pública de los bienes inmuebles. *Que la disposición del Municipio de Bogotá tan solo afecta una posible construcción* y cuando se hizo la promesa de compraventa las partes no estipularon para qué iba a emplear el lote el comprador" (se subraya).

16. Todo lo dicho significa, en definitiva, que el sentenciador no violó los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Judicial, en la valoración del certificado de que se trata, por lo cual no pudo por este medio llegar a la aplicación indebida del artículo 1546 de la obra primeramente citada.

17. SEGUNDO CARGO. Propuesto por *error de hecho en la apreciación de la promesa de contrato,* se hace consistir en lo siguiente:

Que el Tribunal, considerando que en el documento de promesa se dice que la finca de que se trata "se encuentra libre por todo concepto", a excepción del gravamen de que allí se habla, pero que, visto el certificado del Director del Plan Regulador, está congelada, lo que constituye una limitación al derecho de dominio, concluye que el prometiente vendedor faltó al cumplimiento de la obligación por éste contraída;

que es manifiesto el error de hecho de semejante razonamiento, porque, en primer lugar, el prometiente vendedor no se obligó a transferir el inmueble libre por todo concepto, sino que declaró que en el momento de la promesa se hallaba en tal estado, y en segundo lugar porque esa expresión, usual en las escrituras de venta, no se refiere sino a aquellas limitaciones y gravámenes contemplados en el Código Civil y que por mandato del mismo deben constar en la Oficina de Registro, cuya finalidad principal es la de dar publicidad a los actos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces o les imponen limitaciones o gravámenes (art. 2637 C. C.); que el resumen de las obligaciones de Rodríguez Páez está claramente expresado en la cláusula de la promesa que dice: "que en todo caso se obliga a responder por el saneamiento de lo que vende como lo manda la ley"; que, ante el certificado del Director del Plan Regulador, en que se advierte que posiblemente el señor Rodríguez no tiene conocimiento de la congelación del inmueble, ¿no es acaso error de hecho manifiesto entender la promesa en el sentido de que el vendedor se obligaba a obtener que esos planes se modificaran para que el inmueble no quedase afectado por los mismos, que él ignoraba y que no están acreditados?; que el Tribunal entendió demostrado que el inmueble se vendería para construír en éste, lo que es error de hecho manifiesto, porque en la promesa nada se dice al respecto y porque al determinar el objeto de ella se habló, no de un simple lote, sino de una casa-lote, con sus ramadas, fuerza trifásica, servicios de agua y luz, etcétera; que, por lo mismo, el predio se hallaba con una explotación económica, que hace pensar en la posibilidad de seguir produciéndose; y que, "aun dando valor probatorio al memorándum del Director de Planeación, el error de hecho en la interpretación de la promesa es suficiente para demostrar que con él, o con base en él, la sentencia aplicó indebidamente el artículo 1546 del Código Civil".

Se considera:

18. No aparece en manera alguna que el sentenciador hubiera leído el documento de promesa de compraventa, haciéndole decir, ni literal ni conceptualmente, lo que él no expresa.

En cuanto a su letra, ya se vio cómo el prometiente vendedor declara *"que la finca materia de esta venta se encuentra libre por todo concepto"*, salvo cierto gravamen a favor de un acreedor, sin que haya estipulación alguna que prevea recortes al goce que del bien iba a tener el adquirente; y en cuanto al contenido obligacional, el fallador, luego de estimar acertadamente el contrato como de promesa bilateral —que es categoría jurídica en que están de acuerdo las partes—, concluyó que el compromiso imponía a Rodríguez Páez la obligación de cumplir lo prometido, transfiriendo a Chávez Luque la finca, en situación de que éste pudiera hacer de ella el uso a que ordinariamente se destinan los solares urbanos, que es el de edificar en ellos.

En cuanto el Tribunal entendió que el predio del negocio, por no ser susceptible de construcción en fuerza del hecho de autoridad certificado por el Jefe del Plan Regulador, estaba privado de una calidad fundamental de su goce, con lo cual el prometiente vendedor dejaba de cumplir su obligación de transferir el objeto libre de vicios que anulasen su utilidad, hizo, en uso de su poder discrecional de apreciación, una interpretación del contrato, que no puede ser tocada por la Corte, pues no se vislumbra en ella asomo alguno de error, sino que antes bien muestra ser un razonamiento ajustado a la realidad y a la lógica. Exigido por el artículo 1603 del Código Civil, según el cual los contratos, debiendo ejecutarse de buena fe, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella; y porque "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe" (art. 1626) y "se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación" (art. 1627).

19. Ni desvirtúa este razonamiento, la ocurrencia de que en el solar existieran una casita, unas ramadas y sus instalaciones de fuerza trifásica y teléfono, porque tal circunstancia no induce error manifiesto de hecho en el razonamiento del Tribunal, desde luego que por sobre todo aquello pesaba la interdicción de levantar construcciones nuevas; como tampoco lo demerita, el que, para calificar ese fenómeno de actualidad que se nombra "congelación", hubiera dicho "limitación del dominio", modo de que usó, no en el sentido de incluírla en el grupo de las que según el Código Civil requieren para su validez el ser constituídas por escritura pública e inscritas en la Oficina de Registro, sino que, adaptándose el sentenciador a los nuevos hechos de la vida social, empleó esa locución en sentido genérico, para abarcar en ella el impedimento de que se trata.

20. Como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 30 de noviembre de 1955, "el des-

tino económico manifiesto de los predios urbanizados consiste en que los respectivos solares sean susceptibles de ingresar al área edificada de las ciudades, mediante el lleno de los requerimientos exigidos en la materia. Es una finalidad obvia que se incorpora en la naturaleza misma de la contratación, cuando se trata de compraventas que tienen por objeto, no terrenos para urbanizar, sino terrenos urbanizados...'' (LXXXI, 2160-2161, págs. 672 a 682).

21. Así las cosas, resulta bien aplicado al caso del pleito el artículo 1546 del Código Civil que, al consagrar para los contratos sinalagmáticos el sistema de la condición resolutoria tácita por incumplimiento de una de las partes, cristalizó bajo esta forma una exigencia de la justicia conmutativa, porque, dada en ellos la conexidad e interdependencia de las recíprocas obligaciones, nada más justo que la parte que no sea satisfecha de la prestación a su favor tenga el derecho a que se la desligue del vínculo contractual que así la perjudica. Conclusión que, de remate, resulta inexpugnable en este negocio, en el que, al momento de celebrarse la promesa, el inmueble estaba ya ''congelado'', lo que significa que por parte de Rodríguez Páez no se tomaron todas las previsiones de su resorte para que el compromiso pudiera realizarse.

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 veintidós (22) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No se causaron costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RENDICION DE CUENTAS. — NULIDADES. — PRESUPUESTOS PROCESALES. MEDIOS NUEVOS

Ilegitimidad de la personería en el apoderado. Facultades de la Corte en relación con nulidades adjetivas del proceso. Demanda en forma. Legitimación en causa. Medios nuevos. Errores de hecho de la sentencia acusada en el presente juicio de cuentas.

1. Cuando se trata de ilegitimidad adjetiva de quien figura en un litigio como apoderado, la nulidad sólo puede ser invocada por la parte mal representada (448-2º y 450 del C. J.); de donde se deduce que, en casación, es a la misma parte a quien concierne invocar la causal sexta y no a la parte contraria.

2. Es preciso rectificar la doctrina de que el recurso extraordinario le otorga a la Corte la atribución de declarar oficiosamente la nulidad originada en la incompetencia de jurisdicción (448, 1ª del C. J.). Esta función, propia de los jueces comunes, sólo le compete a la Corte en cuanto está comprendida en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, en las condiciones prescritas en esta norma y siempre que sea alegada y demostrada esta causal en la demanda de casación.

3. En el presupuesto procesal de demanda en forma, no está incluído todo defecto de la demanda, sino aquellos que puedan comprometer las garantías que rodean a los particulares dentro del proceso, según la Carta Constitucional. Se comprende, pues, que el no haberse expresado en el libelo inicial de la litis el domicilio de la actora, cuando aparece señalado en el memorial en que ésta otorgó poder, no ataca garantía alguna de orden procesal.

4. No existe presupuesto procesal de legitimatio ad causam; ésta, según la doctrina de la Corte, es elemento de la acción y no del proceso.

5. La obligación del demandado, de rendir cuentas, no es cuestión que pueda controvertirse de nuevo en la segunda etapa del juicio, la cual se construye precisamente sobre el deber comprobado de rendirlas.

6. Si la validez del acta de nacimiento de origen eclesiástico (traída a los autos para acreditar la mayor edad de la actora) no fue discutida en ninguna de las instancias, ni el motivo de carecer de estampillas de timbre nacional se trató en ninguna de las sentencias, la alegación de este hecho en casación implica un medio nuevo del todo improcedente en el recurso extraordinario.

7. No se ajusta a la técnica del recurso de casación el cargo que presenta una disposición legal como quebrantada en forma principal y otra de manera subsidiaria.

o

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

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

Juicio de cuentas de Pabla Cárcamo de Rueda contra Carmelo Cárcamo Benavides.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, fechada el 29 de abril de 1960.

Recurrente: El demandado.

I

ANTECEDENTES

1. En el juicio de sucesión de Marcelino Cárcamo Alvalle, le fueron adjudicados a la menor

Pabla Cárcamo Benavides, bienes por $ 4.243.00, tal como aparece de su hijuela.

2. La madre legítima de Pabla, Rita Benavides viuda de Cárcamo, en ejercicio de la patria potestad confirió poder a Carmelo Cárcamo Benavides, mediante escritura pública número 520 de 2 de octubre de 1941, de la Notaría del Circuito de Magangué, para que administrase los bienes recibidos por la menor en dicho juicio mortuorio.

3. La adjudicataria de los bienes, ya mayor de edad a partir del 15 de junio de 1955, demandó al mandatario ante el Juez del Circuito de Magangué, a fin de que se le ordenara rendir las cuentas de su administración, y así lo dispuso por medio de providencia de 20 de agosto de 1956 (f. 26, vt. C. 1º), en relación con el tiempo corrido entre el 15 de junio de 1955, día en que la peticionaria cumplió la edad de veintiún años, y la fecha de la sentencia. Apelada ésta por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la confirmó el 8 de febrero de 1957 (f. 24, C. 4º), pero señaló como término hasta el cual debían rendirse las cuentas, la fecha de la demanda.

4. Las cuentas fueron rendidas; la demandante las objetó, mas el demandado no convino en los reparos, y por ello se abrió la tramitación ordinaria que determina el artículo 1132 del Código Judicial, cuyo primer grado concluyó con fallo de 13 de noviembre de 1958 (f. 42, vt. C. 1º), en el cual se dispuso:

"1º Condénase al señor Carmelo Cárcamo Benavides, mayor y de este vecindario, a pagar a la señora Pabla Cárcamo de Rueda el valor correspondiente a noventa y uno (91) novillos de tres años; una (1) ternera de un año; una (1) yegua y treinta (30) vacas escoteras; así como los frutos naturales pendientes y percibidos que tales bienes debieron producir desde el día quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) hasta el presente; cinco (5) días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"2º Condénase al señor Carmelo Cárcamo Benavides al pago de las costas del juicio".

Esta decisión fue apelada por el demandado y el Tribunal la confirmó por medio de sentencia de 20 de abril de 1960 (fl. 23, C. 7º), de la cual ha recurrido en casación el mismo litigante.

El presente fallo decide el recurso.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

5. Esta pieza dice en lo pertinente:

"Tanto el apoderado de la actora como el del demandado, en esta instancia, han presentado alegatos escritos cuyos argumentos es procedente analizar.

"El razonamiento del apoderado del demandado en su escrito, se encamina a demostrar que su representado consumió los bienes de la señora Pabla Cárcamo de Rueda y los frutos por ellos producidos en los gastos ocasionados por el sostenimiento y educación de la demandante, durante su menor edad, excepción hecha de la parte que le correspondió a ella en el potrero "La Lucha", que le fue entregada a la actora.

"Por su parte, el apoderado especial de la actora, al alegar en esta instancia, insiste en que se cumpla la sentencia de segunda instancia, ya ejecutoriada, de fecha ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, que ordenó la rendición de cuentas por Carmelo Cárcamo Benavides a favor de la actora, a partir del 15 de junio de 1955 y hasta el 6 de julio de 1956.

"Estima la Sala que, realmente, no se ha cumplido la rendición de cuentas ordenada por la sentencia de este Tribunal que se acaba de citar, ya que el contenido de los memoriales del apoderado del demandado, de fechas 8 de mayo de 1957 y 28 de octubre de 1958, en modo alguno pueden aceptarse como una rendición de cuentas en legal forma. No hay allí detalles de las transacciones realizadas, de los gastos de administración causados, de las expensas personales que hubieran podido hacerse en favor de la dueña de los bienes, (la demandante), ni del destino dado a las utilidades si las hubo. La objeción hecha por el representante de la actora es, pues, valedera, como bien lo aceptó el Juez *a quo*. No ha habido rendición de cuentas y, por tanto, se impone la confirmación del fallo del inferior, materia de la presente apelación.

"Hace el *a quo* una consideración correcta cuando dice: 'Lo que no está demostrado es que el dinero que recibió Carmelo Cárcamo, por el negocio de los semovientes, así como los frutos de éstos hubiesen cubierto totalmente la educación y sostenimiento de Pabla Cárcamo hoy señora de Rueda, dado que el material probatorio no satisface ese deseo del demandado'.

"Ahora bien, no es posible aceptar tampoco, como lo manifiestan los dos apoderados del de-

mandado, que los bienes de Pabla Cárcamo de Rueda se hubieran consumido íntegramente en su sostenimiento y educación: con mediano cuidado un administrador ha podido hacer producir tales bienes en forma que, sin consumirse totalmente, hubiesen alcanzado para aquellos fines.

"De otra parte, la estimación del valor de los semovientes hecha por los testigos no puede desecharse. Habría sido preferible que esa valoración se hubiera hecho por una entidad o comité de ganaderos de los que funcionan permanentemente, o, en su defecto, mediante dictamen pericial; pero ya que no se hizo así, no se le puede restar valor a la declaración de dos declarantes concordes, quienes, por ser ganaderos, tienen completo conocimiento acerca de los precios de los ganados. Porque sería ingenuo sostener que novillos de edad de tres (3) años que se recibieron en 1941, (año de su venta), es decir, cinco años más tarde: cuando ya los novillos debían tener ocho (8) años, y las vacas haber tenido cuatro crías cuando menos, además del creciente aumento en el precio de los ganados que se ha operado después de la segunda guerra mundial, no valiesen —se repite— sino lo mismo que cinco años atrás".

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

6. Nueve cargos componen la acusación, de los cuales cinco se apoyan en la causal primera (primero, tercero, cuarto, quinto y noveno), dos en la segunda (sexto y séptimo), y dos en la sexta (segundo y octavo).

Se tratará de ellos en este orden: causal sexta, segunda y primera.

CAUSAL SEXTA

Cargo segundo.

7. Se acusa el fallo de haber violado el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial, dado que el apoderado de la actora carecía de personería "para demandar la rendición de cuentas y objetar las rendidas", ya que el mandato conferido por la actora al abogado Camargo Martelo dice: "...para que en mi nombre y representación promueva ante ese Juzgado juicio de *rendición de cuentas*... a objeto de que se me cubra la hijuela que se me adjudicó en el juicio de sucesión de mi finado padre legítimo", de manera que el poder otorgado sólo tenía por objeto "que se le cubriera, pagara o cancelara aquella hijuela", esto es, "para que instaure juicio ejecutivo u ordinario".

Se considera:

8. Si se trata de ilegitimidad adjetiva de quien figura en este litigio como apoderado de la actora, la nulidad sólo podría invocarla la parte mal representada, esto es, la misma demandante por medio de legítimo mandatario (448, 2º y 450 C.J.). Así lo ha dicho reiteramente la doctrina de la Corte, por lo cual, en casación, es a la misma parte a quien concierne invocar la causal sexta y no a la contraria, como ocurre en la formulación del presente cargo, que por ello es improcedente.

Cargo octavo.

9. Se motiva así: si la Corte estimare que no rindió cuentas el demandado, no se debió abrir el juicio ordinario, sino proceder como dispone el artículo 1125 del Código Judicial, de modo que si se tramitó aquél se incurrió en la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción señalada en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial. Agrega el recurrente: "Además, una sentencia, como la recurrida, que se dice dictada en un juicio ordinario que nunca se generó, es un exabrupto jurídico, que riñe con el artículo 26 de la Constitución Nacional, mediante el cual se consagra y defiende el principio de que nadie puede ser vencido en juicio, sino observándose la plenitud de las formas de cada juicio". Y termina por citar la sentencia de 13 de diciembre de 1956, que "por primera vez" admitió que en el recurso extraordinario de casación se pudiesen declarar de oficio nulidades por incompetencia de jurisdicción.

Se considera:

10. Consta en el proceso que con base en la resolución del Juez, de haber rendido cuentas el demandado y haberlas objetado el demandante, se le dio a la controversia el giro ordinario, según el artículo 1132 del Código Judicial. Ninguna de las partes recurrió de esta decisión. De suerte que, habiéndose basado el juicio ordinario en tal hecho procesal, no es procedente la causal sexta de casación. El motivo de nulidad no lo hizo valer el demandado, ni el Juez ni el Tribunal la declararon de oficio, y ello porque planteada

la litis como aparece de la demanda inicial y de los memoriales aludidos sobre cuentas y objeciones, la forma procesal ordinaria era una secuela ineludible.

Ciertamente, en la referida sentencia de 13 de diciembre de 1956 se dijo por primera vez y alterando una constante y uniforme tradición doctrinaria, que el recurso extraordinario otorga a la Corte la atribución que a los jueces comunes corresponde, de declarar oficiosamente la nulidad del proceso por la causal primera de las contempladas en el artículo 448 del Código Judicial. La Corte rectifica este concepto y vuelve a la doctrina aludida, en razón de la cual no compete a la Corte aquella función, de manera oficiosa, sino en cuanto está comprendida en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, en las condiciones en esta disposición prescritas y siempre que —como es más que obvio— alegada y demostrada que sea esta causal en la demanda de casación.

La reiterada doctrina enseña que "al estudiarse una demanda de casación, si la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas de que adolezca el proceso, porqué en este caso no es Juez de instancia. La Corte tiene este carácter solamente cuando rompe la sentencia del Tribunal, y entonces se sustituye a éste como juzgador de segunda instancia y dicta el fallo correspondiente. Si sin romper la sentencia, la Corte pudiera entrar a conocer de todas las nulidades e irregularidades de que pudiera adolecer un proceso, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia, lo cual desvirtuaría la naturaleza de éste, que está constituído por dos factores: el acto acusado, la sentencia y la ley enfrentada al fallo.

"No toda nulidad es operante en casación sino las determinadas en el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, en relación con el artículo 448 de la misma obra.

"No fue un capricho del legislador, el haber incluído como causales de casación esas tres nulidades, excluyendo las otras, sino que después de lo ya expresado en relación con la naturaleza del recurso, se inspiró en los principios fundamentales que configuran los procesos, que determinan su resolución y que son creadores de la cosa juzgada". (Cas. 5 de julio de 1940. XLIX 1957. 583).

CAUSAL SEGUNDA

Cargo sexto.

11. Dice el recurrente:

"Acuso el fallo del honorable Tribunal Superior de Cartagena de no estar en consonancia con el memorial de objeciones —visible al folio 31 del cuaderno principal—, ya que decidió que las cuentas debían rendirse, esto es, que los frutos naturales pendientes y percibidos que debían pagarse eran los causados por determinados bienes hasta el 13 de noviembre de 1958, no obstante que lo pedido en la demanda inicial y, por consiguiente, en el memorial de objeciones, fue 'hasta la fecha', o sea, hasta el 6 de julio de 1956.

"La falta de consonancia entre lo pedido por la parte actora y lo fallado, no puede ser más evidente. Bien es verdad que en la sentencia recurrida, en la parte motiva, se lee: 'considera la Sala que todo lo que viene expuesto es suficiente para llegar a la convicción de que debe confirmarse el fallo recurrido con la sola modificación de que el valor de los semovientes que debe pagar Carmelo Cárcamo Benavides debe ser aquel que tuvieran el día final del período de rendición de cuentas, es decir, el seis (6) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956)'."

Se considera:

12. El fallo del Juzgado, de agosto 20 de 1956, ordenó rendir cuentas en relación con el período comprendido del 15 de junio de 1955 "hasta esta fecha", o sea el 20 de agosto de 1956. El del Tribunal de 8 de febrero de 1957, dispuso lo mismo, pero respecto de un lapso comprendido entre el 15 de junio de 1955 y el 6 de julio de 1956, es decir, la fecha fijada en el escrito de objeciones.

La sentencia del Juzgado sobre la forma como se rindieron las cuentas, fechada el 13 de noviembre de 1958, condenó al demandado a pagar a la actora el valor de los bienes que recibió de la madre de ésta, "así como los frutos naturales pendientes y percibidos que tales bienes debieron producir desde el día 15 de junio de 1955 hasta el presente", esto es, el 13 de noviembre de 1958. El Tribunal confirmó el fallo mediante la decisión de 29 de abril de 1960, pero reemplazó dicha última fecha por la de 6 de julio de 1956, de donde se sigue que no hay inconsonancia alguna, puesto que fue lo pedido.

Cargo séptimo.

13. Consiste en que como en el memorial del apoderado del demandante, que figura al folio 31 del cuaderno 1º, con que dio respuesta al escrito de rendición de cuentas, no las objetó, hay incongruencia entre las pretensiones deducidas en tal memorial, o sea, la ausencia de

objeciones, y lo resuelto por el fallo del recurso, a saber: que el demandado pague a la actora los bienes que administró en ejercicio del mandato general que le fue conferido por Rita Benavides viuda de Cárcamo, y además los frutos producidos o que hubiesen podido producir tales bienes, del 15 de junio de 1955 al 6 de julio de 1956, fecha del libelo que dio comienzo al presente juicio.

Se considera:

14. Es verdad que la parte actora, en memorial fechado el 16 de mayo de 1957 (f. 31, C. 1º) dice que *no objeta* "no las cuentas, porque ellas no han sido presentadas, sino la excusa para rendirlas"; pero, como en seguida agrega que la parte demandada está en el deber de *justificarlas comprobándolas,* el Juzgado consideró que así habían sido objetadas, de manera que en auto de mayo 20 resolvió: "Del memorial de objeciones se da traslado al responsable por el término de tres días". No habiendo convenido en ellas el demandado, por auto de mayo 29 se le imprimió al negocio el trámite ordinario, según lo dispone el artículo 1132 del Código Judicial, y tal decisión quedó en firme.

De consiguiente, para saber si concurre la inconsonancia alegada, es indispensable partir en este caso de la base procesal de que las cuentas fueron rendidas y objetadas por no hallarse comprobadas, de modo que así quedó trabado el debate entre la actora, que pretendía se le rindiesen cuentas, debidamente comprobadas, de los bienes recibidos en administración, con sus frutos, y el demandado que pretendía haberlas rendido en legal forma, sin saldo a su cargo; de manera que si la sentencia lo condenó a restituír los bienes y a pagar los frutos, no hay asomo de incongruencia entre las opuestas pretensiones.

CAUSAL PRIMERA

Cargo primero.

15. Invocando la causal primera de casación, se acusa el fallo de "haber incurrido en la falta del presupuesto procesal: demanda en forma", con la violación "por infracción directa de los artículos 205 y 206 y 154 del Código Judicial, y 26 de la Constitución, y por aplicación indebida de los artículos 2142 y 2181 del Código Civil".

Las infracciones alegadas se hacen consistir en que "la sentencia recurrida que se genera directamente en el memorial de objeciones, pero remotamente en la demanda inicial, no se apoya en demanda con expresión de la cuantía, requisito procesal éste vinculado a la competencia del Juez", y que exige el artículo 205, en relación con el 154 del Código J.; y en cuanto al artículo 206 ib., porque la "sentencia recurrida parte de una demanda que tiene el defecto fundamental de no haberse expresado en ella el domicilio de la demandante".

Se considera:

Se percibe en la formulación de este cargo una confusión en punto a técnica del recurso, porque las normas del Código Judicial citadas, son, según el mismo recurrente, de carácter adjetivo, extrañas por tanto a la casación.

16. Empero, en el presupuesto procesal de *demanda en forma,* ha dicho la Corte que no está incluído todo defecto de la demanda (LXXVIII, 2145. 349), sino aquéllos que puedan comprometer las garantías que rodean a los particulares dentro del proceso, según la Carta Constitucional. Se comprende que el no haber expresado el apoderado de la actora el domicilio de ésta en el libelo inicial de la litis, cuando aparece señalado en el escrito mediante el cual le confirió mandato judicial Pabla Cárcamo de Rueda, no ataca garantía alguna de orden procesal.

17. Respecto a cuantía, el cargo no puede prosperar por estos motivos:

a) Es cierto que la demandante no fijó expresamente la cuantía del negocio en su libelo, pero sí indirectamente, al especificar en el hecho undécimo los bienes objeto de la administración, cuyo valor era, de acuerdo con el segundo, de $ 4.243.00, sin que sea necesario —vale agregar— que en los juicios de rendición de cuentas se exprese la cantidad que se demanda, como lo advierte el artículo 220 del Código Judicial.

b) Hallándose ligada la cuantía a la competencia del Juez, si no apareciere determinada en ninguna forma, se habría adelantado el juicio a pesar de la nulidad procesal que contempla el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, y en tal evento la causal de casación sería la sexta y no la primera, invocada en este cargo; y

c) De acuerdo con el ordinal 2º del artículo 449 del Código Judicial, cuando habiéndose formulado reclamación sobre el punto de incompetencia, se ha declarado improcedente, no puede provocarse de nuevo en instancia ni en ca-

sación, y en este negocio quedó resuelto negativamente en las sentencias de la primera etapa del proceso. (V. fs. 27 C. 1º y 28 C. 4º).

18. Cuanto a la imputación de ser violatoria la sentencia del artículo 26 de la Constitución, debe tenerse presente que "por regla general no puede operar (este precepto) dentro del proceso civil en forma directa y respecto de cuya transgresión no prevé la Carta determinada sanción", ya que "son las leyes las que vienen a establecer concretamente las formas de los juicios y por tanto las sanciones cuando éstas se vulneran" (Cas. de 26 de agosto de 1959. XCI. 2215 y 2216. 450), y como se ha visto, ninguna vulneración en tal sentido se cumplió en estos autos en relación con el deber de determinar la cuantía e indicar el domicilio.

Cargo tercero.

19. Se intitula "Falta de presupuesto procesal legitimatio ad causam", y se hace consistir en la violación, por aplicación indebida de los artículos 2142 y 2181 del Código Civil, a causa de "error evidente de hecho, debido a que se les dieron alcance probatorio que no tienen a la escritura pública número 320 de 2 de octubre de 1941, de la Notaría de Magangué, contentiva de un poder general, —folios 4 a 5 del cuaderno principal— y al certificado de la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados —folio 17 de dicho cuaderno—, sobre vigencia del mencionado poder, y a las escrituras públicas números 393 de 23 de diciembre de 1943, 170 de 7 de mayo de 1948 y 535 de 29 de diciembre de 1952, todas de la Notaría de Magangué —visibles en el mencionado cuaderno—, el honorable Tribunal Superior de Cartagena violó, por aplicación indebida, los artículos 2142 y 2181 del C. C.".

Para fundarlo dice el recurrente que el sentenciador incurrió en el error de hecho alegado al estimar "que los documentos relacionados antes establecen los hechos relativos a la existencia del contrato de mandato, y, particularmente, la impuesta obligación de rendir cuentas".

Con respecto a la existencia del mandato observa que no consta que al mandatario se le hayan entregado los bienes materia de la administración, ya que "el mandato para administración de bienes es real, puesto que se perfecciona con la entrega de los aludidos bienes".

Se considera:

20. Cabe decir ante todo que no hay "presupuesto procesal de *legitimatio ad causam*", según la doctrina de la Corte, especialmente a partir de la casación de agosto 19 de 1954 (LXXVIII. 2145. 345), al tenor de la cual la *legitimatio ad causam* es elemento de la acción y no del proceso.

21. Mas, puesto de un lado este reparo, el cargo no es eficaz:

Primero, porque, en cuanto a la obligación del demandado, de rendir cuentas, no es cuestión que pueda controvertirse de nuevo en la segunda etapa del juicio, la cual se construye precisamente sobre el deber comprobado de rendirlas. Por esto mismo, carece de mérito en el presente recurso, la alegación del impugnante, consistente en haber fenecido el mandato al llegar Pabla Cárcamo Benavides a la mayor edad, con el ánimo de demostrar error de hecho en la estimación del certificado del Registrador, que da por vigente el mandato.

Segundo, porque en cuanto a la escritura del mandato, no se remite a duda que no se trata de un contrato real sino meramente consensual (2149 y 2150 C. C.), de manera que la entrega de los bienes —si se trata de administrarlos— ningún papel juega en el perfeccionamiento de la convención. Por lo demás, el recibo de aquéllos, por parte del mandatario, aparece de la contestación de la demanda y del escrito de rendición de cuentas, de suerte que aun cuando en la escritura número 320, de octubre 2 de 1941, mediante la cual fue conferido y aceptado el mandato, no conste la entrega, ésta es un hecho inamovible en el presente litigio. Mal puede, por tanto, haber incurrido el sentenciador en error de hecho al estimar que el instrumento público por medio del cual se celebró un contrato de mandato, demuestra justamente este contrato; y si la prueba de la entrega no se halla realmente en tal instrumento, el fallo no se la atribuye, porque son otras las probanzas que la demuestran, cuya apreciación no fue atacada en casación.

Tercero, porque en lo atinente á los demás instrumentos públicos cuya estimación ha sido motivo del presente cargo, no indica el recurrente cómo el sentenciador supuso en ellos la prueba de este o aquel hecho, o cómo negó la de algún otro, sin que sea necesario indicar, como lo pretende el opositor, en materia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, precepto alguno de orden probatorio, según doctrina muy reiterada de la Corte.

No da lugar, de consiguiente, este cargo a la casación de la sentencia.

Cuarto cargo.

22. Consiste en "error de derecho en la apreciación de la copia compulsada por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Magangué —folios 1º a 3º vto. del cuaderno principal— de una hijuela, siendo así que es procesalmente inexistente", por lo cual "el honorable Tribunal Superior de Cartagena violó, por aplicación indebida, los artículos 2142 y 2181 del Código Civil, el artículo 2570 de la misma obra y el artículo 36 de la Ley 95 de 1890, como también el artículo 2º de la Ley 69 de 1946".

Explica el recurrente, en primer término, que la copia de la hijuela de la actora en la sucesión de su padre Marceliano Cárcamo Alvalle, compulsada del expediente por el secretario del Juzgado donde fue tramitada la mortuoria, no tiene valor legal según los textos de la ley allí citados, pues tal copia debe ser autorizada por el notario en cuyo archivo debe hallarse protocolizado el expediente. Y en segundo término, que carece también de mérito, porque expedida de esa suerte, quedó burlado el impuesto de timbre nacional. Y concluye así:

"Por haberle dado la sentencia recurrida valor probatorio a un documento —la copia aludida— que no tiene ninguno, ya que fue producido con violación de las normas relativas a las copias notariales y a las disposiciones legales sobre impuesto de timbre, en su parte resolutiva condena al demandado señor Cárcamo Benavides a pagarle a la demandante señora Pabla Cárcamo de Rueda el valor de los bienes de una hijuela cuya existencia no se ha comprobado, aplicando indebidamente las disposiciones sobre contrato de mandato —art. 2142 del C. C.—, y particularmente, las que ordenan la rendición de cuentas —art. 2181 del C. C.—, como si el demandado (a quien se le irrogan perjuicios con la parte resolutiva de la sentencia recurrida) estuviera obligado a rendir cuentas en un supuesto contrato de mandato, con respecto a unos bienes que no aparecen identificados en parte alguna del proceso".

Se considera:

23. Realmente, la hijuela de la demandante no reúne los requisitos legales, como lo sostiene el acusador; con todo, el cargo no se proyecta eficazmente en el recurso, porque la prueba de la existencia y entrega de los bienes sobre los cuales se desarrolló la gestión del demandado, aparece de otras piezas del proceso. Tal documento no era indispensable para establecer la existencia ni la entrega de los bienes sobre los cuales iba a desarrollarse la administración del mandatario. Al consentir el demandado el hecho undécimo del libelo inicial, acepta que la actora recibió como heredera, en la sucesión de su causante, los bienes que enumera la hijuela; y al dar respuesta al hecho décimo, se refiere a los mismos bienes, para decir que la cuota en el inmueble llamado "La Lucha" la tiene la actora en su poder y los semovientes —refiriéndose a los mencionados en la hijuela— los había vendido con el asentimiento de la misma poderdante, hecho de la causa que tampoco mereció ningún cargo en este recurso. Se repite que el hecho de haber versado la gestión de un apoderado sobre determinados bienes, no demanda una prueba especial.

No es viable el cargo, en consecuencia.

Cargo quinto.

24. Se hace consistir en el error de derecho cometido por el sentenciador al aceptar como prueba del hecho de haber llegado la actora a los veintiún años, el acta de nacimiento de origen eclesiástico, documento que carece de las estampillas de timbre nacional requeridas por el artículo 1º, ordinal 30 de la Ley 69 de 1946.

Se considera:

25. Si la validez de la mencionada partida de estado civil, para el efecto indicado, no fue discutida por el motivo a que se contrae el cargo, en ninguna de las instancias, ni se trató de él en ninguna de las sentencias, la alegación de que se trata implica un medio nuevo del todo improcedente en casación, según reiterada doctrina (V. cas. de junio 22 de 1956, en la cual se citan casos semejantes al presente, de medios nuevos en casación LXXXIII, 2169. 75). Por cuyo motivo se niega el cargo.

Cargo noveno.

26. Se impugna el fallo por haber infringido directamente el artículo 1625, ordinal 1º del Código Civil o subsidiariamente el ordinal 5º de este mismo texto, el artículo 1626 ib., o subsidiariamente el artículo 1714 ib., y por aplicación indebida el artículo 2189, ordinal 1º, ib.

Sin embargo, de la violación directa alegada, agrega que incurrió el sentenciador en errores de hecho en la estimación de las siguientes pruebas:

a) El memorial de rendición de cuentas que corre al folio 30 del cuaderno 1º; b) el acta de

inspección ocular verificada en el Banco Comercial Antioqueño, de Magangué, el día 10 de junio de 1957 (fs. 6 vt. a 7 vt. C. 6º); c) las declaraciones de Rita Benavides viuda de Cárcamo (f. 8 vt. C. 6º) y Rafael Cárcamo Atencio (f. 7 vt. a 8 vt. C. 6º); d) escritura pública número 104, de 15 de marzo de 1946, de la Notaría de Magangué (f. 16 C. 6º), y e) certificados de los Colegios de Nuestra Señora de la Presentación de Bogotá, del Sagrado Corazón de Jesús de Mompós y de la Presentación de Envigado, (fs. 20 a 24 C. 6º).

27. Afirma el acusador que en el escrito de rendición de cuentas, el mandatario manifestó que había vendido los semovientes recibidos de la mandante por $ 6.350; que la actora no negó tal hecho, pues se limitó en el memorial de objeciones, a pedir que comprobase las cuentas; que la propia sentencia da por establecido el hecho de la venta y su precio, si bien agrega, al acoger un concepto del inferior, que no está comprobado que el mandatario hubiese consumido totalmente dicho valor y sus frutos en la educación y sostenimiento de Pabla Cárcamo Benavides "dado que el material probatorio no satisface"; que mediante las pruebas que la sentencia omite, se demuestra la inversión que el demandado hizo en la compra de un inmueble para la menor Pabla Cárcamo Benavides por la suma de $ 2.800, como consta en la escritura número 104, de 15 de marzo de 1946, así como las sumas de dinero giradas a la misma, a los distintos establecimientos de educación en que cursó estudios, tal como fue establecido en la diligencia de inspección ocular y consta en los certificados y declaraciones antes mencionados.

Se considera:

28. El cargo no se ajusta a la técnica del recurso, porque en primer lugar, se anuncia como violación directa de la ley y resulta luego ser indirecta; en segundo lugar, es inadmisible presentar una disposición legal como quebrantada en forma principal y otra de manera subsidiaria; y en tercer lugar, en tratándose de errores de hecho en la estimación de pruebas, no basta citarlas; es indispensable señalar precisamente los pasajes o partes que el sentenciador ha omitido o supuesto al enjuiciar los hechos fundamentales de la acción y la prueba de ellos en el proceso.

29. No obstante, como la acusación comprende distintos errores, porque se trata de varias piezas omitidas, a juicio del recurrente, se observa:

A) En cuanto a la venta de los semovientes, Rita Benavides viuda de Cárcamo, la poderdante, dice saber que Carmelo vendió el ganado. Para esto tenía facultad, ya que aquélla le había conferido poderes de administración y disposición. Pero, no está demostrado el precio en que fue vendido por medio de ninguna de las pruebas en cuyo examen erró el sentenciador, según la acusación. El escrito de rendición de cuentas no es esa prueba, como es obvio, y la actora, al contestarlo pidió que se *justificaran comprobándolas.*

B) La escritura pública número 104, de 15 de marzo de 1946, de la Notaría de Magangué, prueba que Rita Benavides viuda de Cárcamo, como madre legítima de Pabla y en ejercicio de la patria potestad, compró para ésta un inmueble en la suma de $ 2.800. La mandante acepta en su declaración de folio 11 (C. 5º) que con dinero del que produjo la venta se compró el bien raíz. Por tanto, esta partida está probada con dichos elementos que para el fallo pasaron inadvertidos.

C) El certificado de la Directora del Colegio de la Presentación de Envigado, presta mérito, porque, de una parte, afirma que Carmelo Cárcamo Benavides atendió a los gastos que ocasionó allí Pabla Cárcamo Benavides, y de otra, no fue objetado en forma alguna por la actora en el curso del juicio. Se refiere a dos partidas de $ 1.048.40 y $ 1.282.00, valor de matrícula, pensiones y útiles escolares, en los años de 1950 y 1951. El acta de inspección ocular sobre los libros del Banco Comercial Antioqueño en Magangué, confirma lo que atestigua el certificado, de manera que el error de hecho comprende tanto este documento como el acta de inspección en referencia.

Por tanto, debe infirmarse el fallo por los errores de hecho anotados y en lo concerniente a las partidas de que se trata.

30. Los errores dichos causaron el quebranto del artículo 1625, ordinal 1º del Código Civil, ya que recibido por Carmelo Cárcamo Benavides el valor de los ganados de Pabla, las referidas erogaciones han descargado su cuenta.

IV

SENTENCIA DE INSTANCIA

Se considera:

a) Recibido por Carmelo Cárcamo Benavides el lote de ganado que a Pabla Cárcamo Benavides le correspondió en la sucesión de su padre,

en desarrollo del mandato que le confirió la madre de aquélla, según la escritura número 320, de 2 de octubre de 1941, de la Notaría de Magangué, el apoderado lo administró hasta el 15 de marzo de 1946, más o menos, ya que en esta fecha pagó la suma de $ 2.800 como precio de la compra de la casa que hizo la madre para la menor, de conformidad con la escritura número 104. De la época anterior a la transferencia de los ganados no hay cuenta del manejo de éstos, pero la obligación de rendir cuentas no comprende esa época.

b) Los bienes fueron vendidos por el mandatario a la sociedad de "Rita viuda de Cárcamo e hijos", según testimonio del primero, (f. 10 C. 5º), sociedad de la cual mandante y mandatario eran socios, según aparece de la escritura número 339, de 29 de diciembre de 1943, de la Notaría de Magangué (f. 6. C. 1º). Mas, como antes se expuso, ningún comprobante figura en el juicio sobre dicha venta, ni sobre el precio de la misma.

c) El mandatario estaba facultado para administrar y disponer, de modo que al vender lo hizo dentro de la órbita de sus poderes; pero, como no hay prueba de los dineros recibidos por él en razón de la venta, debe responder por el valor que los semovientes tenían a principios del año de 1946.

d) Con respecto a los egresos debe reconocerse:

1. En primer lugar, la suma de $ 2.800.00, precio de compra del inmueble a que hace referencia la citada escritura número 104;

2) En segundo lugar, como antes se expresó, las partidas de $ 1.048.40 y $ 1.282.00, costo de los estudios y pensiones pagados por el mandatario al Colegio de la Presentación de Envigado, no sólo por no haber sido objetado el certificado de este instituto, sino también por aparecer refrendado por el acta de inspección ocular y porque la actora confiesa en posiciones que estudió en varios colegios, entre ellos el de la Presentación de Envigado, a los cuales Carmelo Cárcamo Benavides pagó los gastos por ella causados (f. 9 C. 3º).

3. En tercer lugar, como la demandante acepta (f. 9 C. 3º) que estudió en el Colegio de Nuestra Señora de la Presentación de Bogotá, y que Carmelo pagó allí los gastos de Pabla, se debe reconocer igualmente la partida de $ 618.00, de que trata el certificado (f. 20 C. 6º).

La sentencia de primera instancia será confirmada en lo demás.

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, CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero. Revócase la sentencia de trece (13) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida por el Juez Civil del Circuito de Magangué, en el juicio de cuentas promovido por Pabla Cárcamo de Rueda contra Carmelo Cárcamo Benavides.

Segundo. Condénase al señor Carmelo Cárcamo Benavides a pagar a la señora Pabla Cárcamo de Rueda, el valor de noventa y un (91) novillos de trés años; una (1) ternera de un (1) año; una (1) yegua y treinta (30) vacas escoteras (horras).

El valor a cuyo pago se condena, será el que ganados de las edades y condiciones expresadas tenían a principios de mil novecientos cuarenta y seis (1946) en la ciudad de Magangué; y será regulado al ejecutarse esta sentencia por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

Tercero. Del valor de los ganados en referencia se deducirá, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo, la suma de cinco mil setecientos cuarenta y ocho pesos ($ 5.748.00); y sobre el saldo que resulte a cargo de Carmelo Cárcamo Benavides, abonará éste el interés corriente a partir del seis (6) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), hasta el día del pago.

Sin costas en la casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES. — FILIACION NATURAL. TECNICA DE LA CASACION

Ineficaz acusación contra la sentencia que despachó favorablemente las peticiones sobre declaración de filiación natural y petición de herencia. Acumulación de acciones de filiación natural. Acciones de filiación natural y petición de herencia. Nulidades procesales como motivo de casación. Técnica del recurso extraordinario.

1. No es cierto que la acumulación objetiva operada en este proceso viole el artículo 209 del Código Judicial, en razón de ser incompatibles entre sí las varias acciones de filiación natural. Porque si la Ley 45 autorizó la investigación de la paternidad natural, la concurrencia de todos los hijos de un mismo padre para que se declare aquélla y el consiguiente derecho que tienen de heredar al padre fallecido, en manera alguna significa incompatibilidad del estado o derecho de uno respecto de los demás, sino todo lo contrario, la compatibilidad o armonía que da la ley para que todos los hijos naturales del mismo padre obtengan el reconocimiento de su estado civil de tales, y se distribuya en el orden sucesoral que les corresponda el patrimonio dejado por él.

2. Las dos acciones de filiación natural que se ejercitaron en este proceso y las consiguientes de petición de herencia a más de ser concurrentes y compatibles, proceden de una misma causa, que es la paternidad natural atribuída a un determinado varón, y están dirigidas contra un mismo sujeto pasivo, compuesto por todos los herederos del presunto padre, lo cual les da la conexidad necesaria para la acumulación, en conformidad con el artículo 398, ordinal 4º, del Código Judicial.

3. La nulidad procesal debida a falta de citación o emplazamiento no puede ser invocada en casación sino por las personas que no fueron debidamente citadas o emplazadas al juicio, como lo ha sostenido siempre la Corte, en aplicación del artículo 457 del Código Judicial.

4. El cargo dirigido contra un concepto equivocado del sentenciador de primera instancia, es ineficaz, porque el recurso de casación lo establece la ley contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, no contra los de primera, a menos que aquéllas hayan acogido tanto la parte motiva como la resolutiva de éstas, pero aún en dicho caso, la acusación se dirigiría contra el fallo del Tribunal, en cuanto hizo propia la motivación del Juez de primera instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Lorica, Ana León de Prado, antes Ana León Alvarez, Telmo Enrique León Alvarez, Andrés Enrique, María del Carmen y Joaquín León Bravo, por medio de apoderado debidamente constituído, demandaron a las siguientes personas en su carácter de herederos del finado Enrique León Díaz: Fernando León Díaz, Roberto León Díaz, María del Rosario León Díaz, María Francisca León v. de Isaza, Pérfida Hernández v. de León, como cónyuge supérstite de Manuel del Cristo León y representante legal de sus hijos legítimos, los menores José, Eleodoro (sic), Edil Antonio, Marco y Andrés de los Reyes León Hernández, Manuel Joaquín León Hernández, Elena del Cristo de Padilla, Catalina

León de Ramos, María Consorcia León Hernández, Moisés León Hernández, Ana Margarita León Hernández, Jesús León Hernández, descendientes legítimos del mismo Manuel del Cristo León Díaz, hermano legítimo del causante, María Teresa Correa v. de León, en su condición de cónyuge sobreviviente de Luis Carlos León Hernández, y como representante legal de sus hijos legítimos, los menores Ligia Rosa, José Patricio y Gladys León Correa, y a otros que se dicen ser legítimos representantes del mismo Luis Carlos León Hernández pero que son personas inciertas y desconocidas, para que con la citación y audiencia de todos se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que Ana León de Prado o Ana León Alvarez, Telmo Enrique León Alvarez, Andrés Enrique, María del Carmen y Joaquín León Bravo "son hijos naturales del finado señor Enrique León Díaz y como tales sus legitimarios o herederos forzosos"; y

b) Que en el carácter expresado, estos "son herederos preferentes" de Enrique León Díaz, "y tienen derecho a sucederle conforme a la ley, con exclusión de los demandados reconocidos como herederos en el respectivo juicio sucesorio".

Los hechos, expuestos en veinte puntos, son en síntesis:

Enrique León Díaz mantenía relaciones amorosas con María de Jesús Alvarez en el caserío de Los Corrales del Municipio de Lorica, donde ella vivía en casa de sus padres. Allí la sedujo a mediados de 1924, y la llevó a hacer vida marital con él a la finca rural de Estate-quieto, donde mantuvieron vida en común, "como marido y mujer, bajo un mismo techo y lecho, por espacio de más de dos años", habiendo procreado a Telmo Enrique y Ana León Alvarez, nacidos el 14 de abril de 1925 y el 3 de mayo de 1926, respectivamente.

A fines de 1926, Enrique León Díaz trasladó a María de Jesús Alvarez con los niños a una casa que hizo construír en el caserío de Los Corrales, donde continuó haciendo vida marital con ella hasta el año de 1929 en que se fue a trabajar a Barrancabermeja. Las relaciones sexuales entre los dos amantes León Díaz y Alvarez durante el tiempo transcurrido de 1924 a 1929, más de cinco años "fueron notorias, públicas y constantes", y en ellas León Díaz suministró a los menores y a la madre todo lo necesario para su subsistencia.

Telmo Enrique y Ana León Alvarez permanecieron al lado de la madre hasta el año de 1932, en que León Díaz dispuso que fueran entregados a su hermana legítima Dominga Amelia León, para que asistieran al colegio en Lorica donde ésta residía.

Enrique León Díaz regresó de Barrancabermeja en 1944, y fijó su residencia en Lorica, allí habitó en la casa de su hermana Amelia en compañía de sus hijos Telmo Enrique y Ana, proveyendo a su sostenimiento y educación, dándoles el trato de hijos, póniéndolos en las escuelas y presentándolos a sus deudos y amigos como a sus hijos naturales.

En el año de 1949 Enrique León Díaz indujo a Amelia Bravo Narváez, soltera, a que abandonara el hogar de sus padres donde siempre había vivido, y la llevó también a la finca Estate-quieto, en la cual mantuvieron relaciones sexuales estables y notorias hasta julio de 1957 de las cuales nacieron tres hijos: Enrique, María del Carmen y Joaquín León Bravo, el 23 de mayo de 1950, el 14 de abril de 1952 y el 4 de junio de 1956, respectivamente. Durante este lapso León Díaz atendió a la subsistencia de sus hijos, a su educación y los trató como tales en forma pública.

León Díaz por medio de cartas, telegramas, seguros de vida, declaraciones de renta y otros documentos provenientes de él, confesó su paternidad natural respecto de los cinco demandantes.

De los demandados, María del Rosario León Díaz y María Francisca v. de Isaza constituyeron apoderado al cual dieron autorización para aceptar todos los hechos de la demanda.

Los demandados Roberto León Díaz y Fernando León Díaz también designaron representante judicial, el cual contestó el traslado manifestando no constarle los hechos y oponiéndose a las peticiones de la demanda.

La demandada Catalina León de Ramos designó apoderado que no intervino sino cuando estaba corriendo el término de practicar pruebas.

Asimismo se designó curador *ad litem* "de los demandados que se dicen ser representantes del finado señor Luis Carlos León Fernández, en su condición de hijos legítimos de éste, y de quienes se afirma ser personas inciertas y desconocidas".

El curador descorrió el traslado aceptando algunos hechos y manifestando no constarle los otros.

Los demás demandados no se apersonaron en el juicio.

Terminó la primera instancia con sentencia de ocho de septiembre de mil novecientos cin-

cuenta y ocho, en que el Juzgado despachó favorablemente las súplicas de la demanda.

El Tribunal Superior de Montería, en la alzada interpuesta por los demandados Fernando León Díaz y Catalina León de Ramos, confirmó la decisión del inferior en fallo de diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

El Tribunal funda su decisión en los siguientes motivos:

Los diez y siete testimonios aportados por la parte actora, de conformidad con el artículo 697 del Código Judicial, constituyen plena prueba, que establece el rapto de que fueron objeto María de Jesús Alvarez en julio de 1924 y Amelia Bravo Narváez en 1929, por parte de Enrique León Díaz; las relaciones sexuales constantes y notorias que sostuvo con la primera desde 1924 hasta 1929, y con la segunda desde 1949 hasta 1957; la fecha del nacimiento de los demandantes, el estado de soltería de León Díaz y de las dos mujeres, la buena conducta de éstas. Estos hechos le permiten deducir con fundamento en los ordinales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 que "los aspirantes a la declaración de paternidad, habidos de las relaciones sexuales de Enrique León Díaz y María de Jesús Alvarez y Amelia Bravo Narváez, nacieron, unos dentro de los ciento ochenta días contados desde la fecha del rapto o la iniciación de las relaciones sexuales referidas y los demás dentro de los trescientos siguientes a la fecha en que nacieron éstas. (Ord. 4º Ley 45 de 1936)".

Añade que el haber hecho figurar a Telmo Enrique León Alvarez como beneficiario de un seguro de vida del causante, y a Andrés y Carmen León Bravo en el año de 1956 como sus hijos para efectos de exenciones del impuesto sobre la renta, son elementos probatorios que "de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, llevan al ánimo del juzgador la justicia que asiste a los demandantes en sus aspiraciones respecto del vínculo que los liga con su presunto padre Enrique León Díaz.

El representante del demandado Roberto León Díaz propuso contra la sentencia del Tribunal recurso de casación, que, por haberle sido concedido y tramitado, entra la Corte a resolver.

Tres cargos contiene la demanda, el primero, por interpretación errónea de los artículos 401, 402 y 403 del Código Civil con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial; el segundo, por incongruencia (causal 2ª, ibídem), y el tercero, por nulidad proveniente de incompetencia de jurisdicción y falta de citación y emplazamiento (causal 6ª, ibídem).

El orden lógico impone que se considere en primer término la tacha basada en causal de nulidad.

Motivos de la causal sexta.

Con este título expone las tachas de nulidad el recurrente en los siguientes términos:

"En la tramitación de los juicios acumulados referidos, se incurrió en las siguientes nulidades de que trata el artículo 448 del Código Judicial:

a) incompetencia de jurisdicción:

Dos grupos de hermanos, hijos de madres diferentes, los León Alvarez y los León Bravo, en la misma demanda solicitaron la declaración de ser hijos del finado Enrique León Díaz, "estas dos peticiones no podían acumularse, porque el artículo 209 del Código Judicial no lo permite".

Cita doctrinas de la Corte que con fundamento en el artículo 398 del Código Judicial dividen las causas conexas en dos grupos: el primero que comprende las causas que tienen dos elementos comunes y uno diverso de los tres que integran toda acción; y el segundo, las que tienen dos elementos diversos y uno común.

Y continúa el impugnante: "Según los artículos 397 y 398 del citado Código de Procedimiento, que regulan la acumulación de autos —que es una acumulación de acciones— y por lo tanto aplicable, debe haber dos elementos comunes de los tres que constituyen todo proceso: causa, objeto y sujetos. Salvo la excepción prevista en el numeral 4º".

La pretensión de los León Alvarez no solo no es la misma de los León Bravo, pues se basa en hechos distintos que exigieron pruebas distintas, sino que son contrarias desde el punto de vista de la herencia, porque el reconocimiento de la filiación natural de los unos excluye las legítimas de los otros.

El artículo 151 del Código Judicial dispone que la competencia por la naturaleza del asunto se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa. Así como hay nulidad, valedera por la causal 6ª por incompetencia de jurisdicción, cuando un Juez tramita por vía ordinaria un proceso que tiene señalado procedimiento especial, porque la competencia la tiene condicionada al cumplimiento de las ritualidades propias de cada juicio, con mayor razón tendrá cabida la causal 6ª en el juicio en que se han acumulado dos acciones indebidamente, las cuales exigían sustentación se-

parada. "Mas claro los falladores de instancia carecían de competencia para conocer bajo una misma cuerda, como conocieron, de dos demandas acumuladas: la de los León Alvarez y la de los León Bravo".

b) Falta de citación o emplazamiento.

"Las demandas acumuladas están dirigidas contra los descendientes de Luis Carlos León Hernández, como personas inciertas". Para defenderlas, por no haber aceptado el doctor José Miguel Amín, se nombró al abogado Jorge Mogollón V., "también apoderado de algunos demandados, y quien sin ningún respeto profesional, aceptó los hechos fundamentales de la demanda. Un defensor tiene la obligación legal de defender a su representado, y si no lo hace incurre en una falta, que bien puede tener repercusiones de orden penal, y en todo caso las tiene que tener en el orden procesal. Vale decir que como el juicio se adelantó sin el defensor de una de las partes emplazadas, no hubo el debido emplazamiento de varias de las personas que componen la parte demandada, y por lo tanto con la negación de una garantía constitucional: la de que nadie puede ser condenado sin haber sido legalmente oído y vencido en el juicio".

Se considera:

La acumulación objetiva de dos acciones de filiación natural, la de los León Alvarez y la de los menores León Bravo contra los herederos de Enrique León Díaz, no viola el artículo 209 del Código Judicial, porque el Juez del Circuito es competente para conocer de ellas, y ambas siguen el mismo procedimiento (artículos 109, 2º, 736). No se puede decir que las acciones sean incompatibles, desde luego que si la Ley 45 autorizó la investigación de la paternidad natural, la concurrencia de todos los hijos de un mismo padre, para que se declare aquélla, y el consiguiente derecho que tienen a heredar al padre fallecido, en manera alguna significa incompatibilidad del estado o derecho de uno respecto de los demás, sino todo lo contrario, la compatibilidad o armonía que da la ley para que todos los hijos naturales del mismo padre obtengan el reconocimiento de su estado civil de tales, y se distribuya en el orden sucesoral que les corresponde el patrimonio dejado por él.

Por el aspecto de la conexidad de que tratan los artículos 397 y 398 del Código Judicial, en razón de la comunidad de los tres elementos que integran toda acción, de dos, o de uno de ellos, la Corte en fallo de diez y ocho de julio de 1960, en que contempla todos los casos posibles, al tenor de aquellas normas, considera que el artículo 398, ordinal 4º, "también es aplicable a la acumulación de acciones concurrentes y compatibles que dimanan de una misma causa o título, aunque tengan sujetos y objetos diferentes, máxime cuando es uno mismo el sujeto activo o pasivo, es decir, cuando hay comunidad parcial de sujetos". ("G. J.", T. 39, Nos. 2228-2229, pág. 89).

Las dos acciones de filiación natural y de petición de herencia concurrentes y compatibles, proceden de una misma causa, que es la paternidad natural de Enrique León Díaz, y están dirigidas contra el mismo sujeto pasivo, compuesto por todos los herederos del mismo.

Por estos motivos no asiste razón al recurrente en cuanto a las objeciones de que las dos acciones principales de estado y consiguientes sobre petición de herencia, no son acumulables.

En el supuesto de sí lo fueran, la violación del artículo 209 del Código Judicial toca, como lo ha dicho la Corte, solamente con las formalidades del libelo, es decir, con el presupuesto procesal de demanda en forma, no con nulidad proveniente de incompetencia de jurisdicción, ya que, según queda visto, el Juez de Circuito sí es competente para conocer en vía ordinaria de mayor cuantía de las acciones propuestas. Además, esta nulidad se basa en el desconocimiento de las normas que rigen la organización judicial, no en la falta de formalidades propias de la demanda. "...el error en los trámites no implica incompetencia, pues esta no depende de falta de formalidades sino de otros factores diversos ampliamente conocidos". (T. XCI, pág. 812-1ª).

"El artículo 209 del Código Judicial regula los extremos que deben reunirse, para que en una misma demanda puedan acumularse varias acciones dentro de las diversas modalidades que registra esta figura procesal. Su indebida aplicación únicamente toca con el aspecto formal del libelo, o sea, con el presupuesto procesal llamado demanda en forma, que consiste en que ésta se acomode a lo estatuído en los artículos 205, 737 del mismo estatuto; y al 209 ibídem cuando se trata de la acumulación de acciones en una misma demanda". (T. 91, págs. 465-466).

El cargo de nulidad por falta de citación o emplazamiento de los demandados descendientes de Luis Carlos León Hernández como personas inciertas, lo desvirtúa el mismo enunciado, porque si lo hace consistir en que el curador *ad litem* designado era también apoderado de algunos demandados y aceptó los hechos fundamentales de la demanda, faltando a sus deberes profesionales, no quiere decir que no se haya hecho el

emplazamiento de las personas demandadas como inciertas, pues en el auto admisorio de la demanda se ordenó el emplazamiento por medio de la fijación del edicto en la secretaría y su publicación, las cuales se llevaron a término, y por tal razón el Juzgado hizo la designación de curador *ad litem* de los reos emplazados, quien tomó posesión del cargo, se le discernió y entró a desempeñarlo contestando la demanda. De modo que el emplazamiento se hizo en los términos del artículo 317 del Código Judicial, y su falta no podría confundirse ni tiene nada que ver con la actuación del curador, la cual adelanta bajo su responsabilidad profesional.

Así que no puede decirse que haya ocurrido la nulidad por falta de citación o emplazamiento. De otra parte, cuando ocurre, no pueden invocarla en casación sino las personas que no fueron debidamente citadas o emplazadas al juicio, como lo ha sostenido siempre la Corte, en aplicación del artículo 457 del Código Judicial.

Sobre la conducta del doctor Jorge Mogollón, curador *ad litem*, aparece:

Como apoderado de María del Rosario León Díaz y María Francisca León viuda de Isaza, por mandato expreso de éstas, aceptó todos los hechos de la demanda (fls. 92 y 92 v.).

En la condición de curador *ad litem*, manifestó que el vecindario del Municipio tuvo a Telmo Enrique y Ana León Alvarez como hijos naturales de Enrique León Díaz, a los cuales conoce de largos años atrás, y los vio viviendo al lado de éste, en el barrio del Arenal; y que personalmente los ha tenido como tales. (Hecho tercero).

Acepta los giros hechos a Telmo Enrique por Enrique León Díaz, por obrar en el expediente varios telegramas que hablan de dichos giros. (Hecho séptimo).

Dice que le consta que Enrique León Díaz vivió en la casa de su hermana Dominga Amelia de Plaza en unión de Telmo Enrique y Ana León Alvarez, a los cuales el vecindario tuvo como sus hijos por el tratamiento que les daba, lo cual fue "tan público y notorio que es del conocimiento de toda esta región". (Hecho octavo).

Manifiesta también estar informado de que Enrique León Díaz hizo vida marital con Amelia Bravo Narváez por algunos años hasta cuando murió, con la cual tuvo varios hijos cuyos nombres y fechas de nacimiento ignora. (Hechos décimo, once y trece).

Acepta, por constarle, la muerte de Enrique León Díaz y la de su asentimiento a los hechos de que tratan algunos documentos acompañados a la demanda. (Hechos 12 y 14).

Finalmente, admite, de conformidad con los documentos respectivos, la condición de herederos que tienen con el presunto padre todos los señalados como demandados. (Hechos 15 a 20).

Respecto de los demás hechos dice que no le constan.

Tratándose de hechos de tanta notoriedad, como lo demuestra la superabundante prueba testimonial con que fueron acreditados, la aceptación de los que tenía conocimiento personal y directo el curador *ad litem* y de los que establecen documentos presentados con el libelo, no entraña una falta profesional, porque la conducta contraria habría sido la de obligarlo a negar lo que le constaba y a desconocer escritos intachables, actitud que no se compagina con el respeto a la verdad que debe guiar la actuación del profesional en un juicio. Además, el reconocimiento de tales hechos no encierra una confesión, porque el curador *ad litem* no tiene autorización legal para ella, dado que el artículo 607 del Código Judicial, la acepta solamente para el apoderado judicial, máxime cuando el estado civil no se demuestra por este medio probatorio.

Segundo cargo. (1º de la demanda).

Lo formula por interpretación errónea de los artículos 401, 402 y 403 del Código Civil con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Lo sustenta así:

Los León Alvarez y los León Bravo dirigieron sus demandas contra determinadas personas en ellas expresadas y contra los descendientes legítimos de Luis Carlos Hernández, como personas inciertas.

El Juez de primera instancia aceptó las súplicas de la demanda con el considerando de que el derecho a suceder de los hijos naturales, en los términos del artículo 20 de la Ley 45 de 1936, no se entiende en el sentido de que excluya solamente a los hermanos y sobrinos del *de cujus* a quienes se les haya reconocido su carácter de herederos "sino que la exclusión debe comprender a cualesquiera otras personas que tengan igual grado de parentesco con el causante, aunque no hubieran tomado el título de herederos y aceptado la herencia en actos de tramitación judicial. De ahí que por este aspecto la declaración pertinente haya de abarcar un sentido más amplio del indicado en la súplica que se trata, para que consulte en forma adecuada el espíritu y la letra de la ley".

El Tribunal, al decidir el recurso de apela-

ción confirmó la providencia del inferior en todas sus partes.

Habiendo señalado la demanda de instancia concretamente las personas a las cuales debía perjudicar la sentencia, y como este juicio de filiación natural no se adelantó contra legítimo contradictor, sus consecuencias no debían ser *erga omnes* sino limitadas a los demandados. "Por este aspecto el fallo que acuso viola, por interpretación errónea, los artículos 401, 402 y 403 del Código Civil, los cuales según la amplia jurisprudencia de esa entidad, preceptúan que el alcance absoluto de una sentencia de esta naturaleza sólo se produce cuando se pronuncia contra legítimo contradictor, esto es, para el caso de hijos contra el padre, pero cuando ella es dictada contra sus herederos es oponible únicamente a las personas que han intervenido en el juicio con ese carácter".

Se considera:

La sentencia de segunda instancia halla plenamente acreditada la titularidad de los demandados por medio de las partidas eclesiásticas y las certificaciones notariales, acompañadas por el actor al libelo de demanda y con la copia de los autos por medio de los cuales fueron reconocidos como herederos en el juicio sucesorio que cursa en el mismo donde se ha ventilado este negocio.

Sobre el alcance de las peticiones de la demanda, expresa que aunque los demandantes "apoyan su derecho al reconocimiento que invocan, en distintas disposiciones de la Ley 45 de 1936, tienen sin embargo un objetivo común, un fin idéntico concretado en la petición de que se les reconozca como hijos naturales del finado Enrique León Díaz, con mejor derecho que los hermanos legítimos del causante y con exclusión de éstos".

Estos párrafos encierran la motivación propia del Tribunal, por la cual confirma la decisión del Juzgado en que declara que los actores "son hijos naturales del finado Enrique León Díaz, y como tales sus legitimarios o herederos forzosos... y que en su carácter expresado son herederos preferentes del dicho finado y tienen derecho a sucederle conforme a la ley con exclusión de los demandados.

Dedúcese que, si en verdad, el fallo impugnado confirma la sentencia de primera instancia en todas sus partes, respecto de este punto toca con la parte resolutiva, pero no con la motiva, ya que el Tribunal en lo transcrito fija el alcance del fallo, qué en manera alguna comprende a los no demandados.

Por tal razón, el cargo dirigido contra un concepto equivocado del sentenciador de primera instancia, es ineficaz, porque el recurso de casación lo establece la ley contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, no contra las de primera, a menos que aquellas hayan acogido tanto la parte motiva como la resolutiva de éstas, pero aún en dicho caso, la acusación se dirigiría contra el fallo del Tribunal, en cuanto hizo propia la motivación del Juez del Circuito.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo (2º de la demanda).

La tacha por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial la presenta el recurrente en razón de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas: pero la funda en el mismo considerando del Juzgado expuesto en el cargo anterior, conforme al cual los actores reconocidos como hijos naturales en el caso sub-judice excluyen a cualesquiera otras personas que tengan igual grado de parentesco con el causante en actos de tramitación judicial".

Observa que no es óbice para la operancia de esta causal "que dicha declaración la hubiera formulado el sentenciador en la parte motiva".

Se considera:

Las razones expuestas en el estudio de la tacha anterior ponen de manifiesto la ineficacia del cargo por incongruencia, dado que el Tribunal no aceptó el razonamiento del Juez en cuanto a los efectos del fallo.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, pronunciada por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario seguido por Telmo Enrique León Alvarez, Ana León de Prado (antes Ana León Alvarez) Andrés Enrique, María del Carmen y Joaquín León Bravo contra Fernando León Díaz, Roberto León Díaz, María del Rosario León Díaz, María Francisca León v. de Isaza y otros.

Las costas del recurso a cargo del actor en él.

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

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

EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION. PRORROGA DE COMPETENCIA

Hubo error del Tribunal cuando se consideró incompetente para decidir esta litis, relacionada con la pérdida de unas mercaderías destinadas al transporte. Pérdida de mercancías y Juez competente. Prórroga de jurisdicción. Oportunidad legal de ejercitar la excepción.

1. Cuando el defecto de competencia del juzgador es reparable, mediante prórroga de la misma, tanto el artículo 153 del Código Judicial, como el 449, numeral 1º, de la misma obra, hacen depender la eficacia del reclamo de la incompetencia, del hecho de que éste se interponga oportunamente.

2. La oportunidad de un acto procesal se refiere no sólo al tiempo, sino al modo de producción. Es decir, que para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. La conjunción de tiempo y modo es, así, lo que genera la oportunidad procesal, puesto que si falta el modo a que la ley sujeta la producción del acto, aunque éste se intente en tiempo hábil, será como si no se hubiera producido.

3. Tendiente a evitar el seguimiento de juicios nulos, la excepción de declinatoria de jurisdicción, como dilatoria que es, está sujeta a tener que proponerse por el demandado dentro del término que tiene para contestar la demanda y en forma apta a originar el respectivo incidente, que implica una cuestión de especial y previo pronunciamiento (arts. 330, 335 y 340 del C. J.), pues como lo prescribe el artículo 337 ibídem, hablando de las excepciones dilatorias, si éstas se declaran no probadas, se ordena al demandado que conteste la demanda dentro de dos días.

4. Cuando, —como en el caso del pleito en que la competencia se determina por razón del lugar—, el demandado procede a contestar la demanda, eliminando la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con que hubiera podido discutir previamente la competencia del juez, por el mismo hecho se doblega ante ésta, prorrogándola. Sería un contrasentido, el que se dejase al demandado el arbitrio de hacer desconocer a última hora, o sea en la sentencia, que es donde se fallan las excepciones perentorias, la eficacia procesal del juicio, por defecto de competencia del juzgador, que el demandado pudo subsanar y que por lo mismo debe entenderse subsanado desde el momento en que convino en la secuela del juicio.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 18 de mayo de 1959, en el juicio ordinario seguido por "Leonidas Lara e Hijos Limitada" frente a "Rápido Antioquia Limitada".

I

EL LITIGIO

1. En libelo dirigido al Juez del Circuito de Medellín, la sociedad "Leonidas Lara e Hijos, Limitada", domiciliada en Bogotá, trajo a juicio a la sociedad "Rápido Antioquia, Limitada", domiciliada en Cali, para que se la condene, según el pedimento allí formulado, en cu-

ya sustentación se exponen los hechos cuyo compendio es el siguiente:

Que la entidad actora entregó a la demandada en la ciudad de Medellín, para ser transportados a la de Cartagena, a la consignación de los mismos cargadores en dicha ciudad, cuatrocientos bultos de café "Medellín-Excelso' según los conocimientos números 160 y 161 emitidos por la segunda de tales compañías, amparando cada conocimiento doscientos bultos del grano, distinguidos los del primer cargamento con el número 6718 y los del segundo con el número 6717; que diez de los bultos de este segundo lote y sesenta de los del primero, fueron despachados en el camión con placas número 72064 conducido por Ismael Ochoa, bultos, éstos setenta, que no fueron entregados al destinatario en Cartagena; que, aunque la sociedad remitente ha formulado a la transportadora, cuenta de cobro por el valor del cargamento perdido, éste no le ha sido pagado; que la referida falta de entrega ocasionó a la consignante perjuicios, no solo por el monto del daño emergente o sea el valor del café no entregado, sino por razón del lucro cesante, es decir, de la utilidad que de su venta debía obtener ella, fuera de perjuicios indirectos en cuanto le fue necesario suplir el déficit para completar un embarque marítimo.

Con base en estos hechos "Leonidas Lara e Hijos, Limitada", pidió que se condene a "Rápido Antioquia, Limitada", a pagar a la demandante, tanto el valor de los setenta sacos de café "Medellín-Excelso" y el de sus correspondientes empaques, que se dejaron de entregar en el lugar de su destino y de que tratan los referidos conocimientos números 160 y 161 expedidos el 11 de junio de 1957, mediante liquidación al precio del día en que debió efectuarse la entrega en Cartagena, como los perjuicios provenientes de la falta de entrega de esa mercadería, por concepto de lucro cesante y demás que tuvo la sociedad despachadora, cuyo monto se avalúe bien en este juicio o en el especial de ejecución del fallo; y que se le impongan a la demandada las costas del juicio.

En DERECHO se invocaron los artículos 290, 298 y 299 del Código de Comercio.

2. En su contestación, la sociedad demandada manifestó ser Cali la ciudad de su domicilio exclusivo, y no tener representación alguna en Medellín; negó todos los cargos de la demanda; se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas; propuso como *perentorias* las excepciones de inepta demanda, DECLINATORIA DE JURISDICCION, prescripción y la genérica; y finalmente, dijo: "Renuncio el resto del traslado que me corresponde".

Dado lo cual y el informe del Secretario que dice: "...el apoderado del demandado contestó la demanda y renunció el traslado", el Juez dictó auto de apertura a prueba de la causa, que se ejecutorió sin reclamo alguno. Sobre lo cual, ambas partes pidieron la práctica de pruebas; y ya en la etapa discusoria del primer grado, el apoderado de la demandada alegó para sentencia de mérito, en el sentido de que su parte "no tiene obligación alguna de indemnizar a la entidad demandante por cuanto el contrato celebrado —ley entre las partes— está indicando claramente que el café transportado viajó a la ciudad de Cartagena por cuenta y riesgo del porteador y en tal situación, no comprende el suscrito cómo pueda deducírsele responsabilidad civil a mi patrocinado y mucho menos con qué fundamento pudo haberse iniciado esta acción; y en cuanto a la propuesta excepción de declinatoria de jurisdicción, dice hacer *en forma subsidiaria* el comentario de que "en el caso que se discute presenta una tremenda duda la situación de que el DOMICILIO LEGAL DE LA PARTE DEMANDADA ES LA CIUDAD DE CALI, todo ello en armonía con la documentación que obra en autos, y NO LA CIUDAD DE MEDELLIN", y agrega: "Hago esta enunciación como homenaje a la técnica procesal, aun cuando considero que el caso es bien claro y la responsabilidad de Rápido no existe legalmente. Por lo expuesto, ruego a usted no hacer las declaraciones solicitadas por la parte demandante. Así mismo, pido a usted condenarla en costas en armonía con las disposiciones vigentes sobre el particular".

3. El Juez del Circuito proveyó con fallo en que se condena a la sociedad demandada a pagar a la demandante el valor de los setenta bultos de café "Medellín-Excelso" que dejaron de entregarse a su destinatario en Cartagena; no se reconocen las excepciones propuestas; no se condena por otros perjuicios a la entidad vencida, pero sí a las costas del litigio.

Por apelación de la demandada, surtiose la segunda instancia, a que puso fin la sentencia del Tribunal Superior, de fecha 18 de mayo de 1959, por la cual se REVOCA la de primer grado y en su lugar se decide lo siguiente:

"Declárase probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, y como consecuencia existe inhibición para resolver respecto de las solicitudes formuladas en la demanda que inicia el proceso. Se condena al demandante en las

costas de ambas instancias (art. 2º del Decreto número 0243 de 1951)''.

4. Contra este pronunciamiento ha recurrido en casación la parte demandante.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

5. Fúndase la inhibitoria en las siguientes consideraciones: Que según el contrato de transporte sobre que gira la controversia, se fijó la ciudad de Cartagena, como lugar del cumplimiento cabal de la obligación de la compañía transportadora, pues era allí donde ésta debía hacer la entrega del cargamento que le fue confiado; que siendo ello así, quedó la ciudad de Cartagena constituída en domicilio al efecto, por aplicación de la regla tercera del artículo 152 del Código Judicial, según la cual ''se presume domicilio elegido el del lugar donde debe cumplirse la obligación'', lo que para el caso encuentra respaldo en el artículo 308 del Código de Comercio, preceptivo de que ''en caso de pérdida, el porteador pagará las mercaderías al precio que tengan, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución''; que, por lo mismo, en el caso de la litis el Juez competente es el del Circuito de Cartagena; que, aunque aquí se trata de un caso de competencia por razón del lugar donde debe tramitarse el juicio, la cual es prorrogable según el artículo 153 del Código Judicial, tal prórroga no ha ocurrido por parte de la sociedad ''Rápido Antioquia, Limitada'', la que ''desde el primer memorial o contestación del libelo opúsose expresamente a ella (sic), al proponer el medio exceptivo de declinatoria de jurisdicción, por incompetencia de los Juzgados de Medellín, y en ello viene insistiendo a lo largo del proceso''; y que todo eso evidencia el mérito de la excepción de declinatoria de jurisdicción, o sea, la falta del presupuesto procesal de la competencia, que de por sí conlleva nulidad del proceso, lo que impone la revocación del fallo de primera instancia, para admitir el medio exceptivo propuesto por el demandado y que impide el estudio de fondo del negocio.

III

LA IMPUGNACION

6. Varios cargos monta el recurrente contra la sentencia acusada, a saber: uno sobre la causal séptima de casación, otro sobre la segunda y los restantes en razón de la primera.

Se impone de preferencia el estudio del cargo correspondiente a la causal séptima, que de ser próspero impediría el estudio de los demás. El compendio de su formulación y exposición hechas por el impugnante, es el siguiente: que, por cuanto el contrato de transporte del café entre ''Leonidas Lara e Hijos, Limitada'', como cargador, y ''Rápido Antioquia, Limitada'', como porteador, se celebró en Medellín con el representante de la última en esa ciudad, en la cual ''Rápido Antioquia, Limitada'' tiene organizada y en funcionamiento una dependencia, no hay duda de que el Juez competente para conocer de este asunto contencioso en primera instancia es el del Circuito de Medellín, y no el de Cali, aunque en esta última ciudad tenga la demandada su domicilio principal; que tampoco lo es el del Circuito de Cartagena, como lo consideró el Tribunal para apoyar su decisión, porque habiéndose celebrado el contrato en Medellín, lugar en donde el remitente entregó la mercancía al porteador, es elemental que fue aquí en donde empezó a cumplirse el contrato, hecho que atribuye competencia a los Jueces de Medellín para conocer del negocio; pero que, en la hipótesis de que así no fuera, la entidad demandada prorrogó tácitamente la competencia del Juez de Medellín, al no oponer la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción oportunamente; que ello resulta del hecho de que la demandada, dentro del término del traslado del libelo, contestó la demanda, limitándose a proponer excepciones perentorias, por lo cual el juicio continuó su trámite ordinario, todo lo cual implica la prórroga de la jurisdicción (art. 153 C. J.); que, en armonía con lo dispuesto por el artículo 449 del Código Judicial, no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción, si ésta es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio, sin hacer reclamación oportuna; y finalmente que, correspondiendo en segunda instancia la competencia de este negocio al Tribunal Superior de Medellín y haberse éste inhibido de su conocimiento declarándolo así en el fallo, éste debe caer por razón de la causal séptima del artículo 520 del Código Judicial.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7. Si bien el Tribunal anduvo acertado, al estimar, a la luz de los artículos 300 y 308 del Código de Comercio y de la regla 3ª del artícu-

lo 152 del Código Judicial, que el juez en principio competente para conocer del juicio, por razón del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación del porteador, era el de Cartagena, como domicilio presuntivamente elegido al efecto, empero no fue feliz cuando concluyó que no había podido producirse la prórroga de competencia al Juez de Medellín, en cuanto la parte demandada desde la contestación del libelo opuso el medio exceptivo de declinatoria de jurisdicción, insistiendo en ello a lo largo del proceso.

Dispone el artículo 153 del Código Judicial que "Salvo en los casos de que tratan los ordinales 8º, 9º, 10 y 11 del artículo anterior, la competencia que se fija por razón del lugar es prorrogable, y se entiende prorrogada, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción; y del demandado, por el de no oponer la excepción *oportunamente*"; y en armonía con este precepto, reza el artículo 449 ibídem que "no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción... 1º Si la jurisdicción es prorrogable y las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamación *oportuna...*".

Bien se ve que cuando el defecto de competencia del juzgador es reparable, mediante prórroga de la misma, uno y otro precepto hacen depender la eficacia del reclamo de la incompetencia, del hecho de que éste se interponga oportunamente.

8. La oportunidad de un acto procesal se refiere no solo al tiempo, sino al modo de su producción. Es decir que, para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. La conjunción de tiempo y modo pertinentes es, así, lo que genera la oportunidad procesal, puesto que si falta el modo a que la ley sujeta la producción del acto, aunque éste se intente en tiempo hábil, será como si no se hubiera producido. Lo impone así la necesidad del orden en los juicios, tanto en pro de la seguridad de los litigantes, que sabrán a qué atenerse en el desenvolvimiento del debate, sin estar expuestos a incidencias sorpresivas, como también en razón de la economía procesal, de la expedición de los jueces y de la efectividad de sus decisiones.

9. Tendiente a evitar el seguimiento de juicios nulos, la excepción de declinatoria de jurisdicción, como dilatoria que es, está sujeta a tener que proponerse por el demandado dentro del término que tiene para contestar la demanda y en forma apta a originar el respectivo incidente, que implica una cuestión de especial y previo pronunciamiento (arts. 330, 335 y 340 del C. J.), pues como lo prescribe el artículo 337 ibídem, hablando de las excepciones dilatorias, si éstas "se declaran no probadas, se ordena al demandado que conteste la demanda dentro de dos días".

10. Cuando, —como en el caso del pleito en que la competencia se determina por razón del lugar, el demandado procede a contestar la demanda, eliminando la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con que hubiera podido discutir previamente la competencia del Juez, por el mismo hecho se doblega ante ésta, prorrogándola. Sería un contrasentido, el que se dejase al demandado el arbitrio de hacer desconocer a última hora, o sea en la sentencia, que es donde se fallan las excepciones perentorias, la eficacia procesal del juicio, por defecto de competencia del juzgador, que el demandado pudo subsanar y que por lo mismo debe entenderse subsanado desde el momento en que convino en la secuela del proceso.

11. Por no haber aquilatado como cumple el factor "oportunidad" que en los artículos 153 y 449, ordinal 1º del Código Judicial campea, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 330 de la misma obra en cuanto entendió que la sociedad demandada había interpuesto formalmente la excepción de declinatoria, y dejó de aplicar el artículo 153 ibídem en cuanto supuso que merced a esa interposición no hubo para el juez de Medellín, prórroga de competencia, la que permaneció intacta en el Juez de Cartagena, todo lo cual condujo al sentenciador a pronunciar la inhibitoria, con violación de estos preceptos.

12. Es decir, que el Tribunal de Medellín, como superior *ad quem* del Juez del Circuito de esa ciudad, sí era y es competente para conocer de este negocio; y como se abstuvo de pronunciarse en cuanto a su mérito, limitándose a proferir fallo de inhibitoria en razón de la supuesta incompetencia, éste debe ser invalidado en razón de la causal séptima de casación; y puesto que el juicio queda, entonces, en estado de recibir sentencia de fondo en segunda instancia, visto lo dispuesto en el artículo 540 del Código Judicial, se devolverán los autos al Tribunal de origen, para que provea al efecto.

RESOLUCION

En virtud 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, CASA el fallo, objeto de este recurso; DECLARA que el

juicio queda en estado de recibir sentencia de mérito en segundo grado; y DISPONE devolver los autos al Tribunal de origen, para que éste dicte tal sentencia, con arreglo a derecho.

Sin costas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SEPARACION DE BIENES. — PAZ Y SOSIEGO DOMESTICOS

Arbitrio judicial al respecto.

El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 hizo extensivas a la simple separación de bienes las causales "que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil", que en quinto lugar contempla "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos".

Así, con criterio general y abstracto se destaca en la norma como elemento básico de la sociedad entre cónyuges la paz y el sosiego familiares.

Si la recíproca estimación entre marido y mujer languidece hasta el extremo de extinguir la lumbre del hogar, al propio tiempo se arruina por completo el afecto en que descansa la existencia jurídica de la sociedad conyugal.

Es posible que en el desarrollo de los sucesos que lleguen a lesionar profundamente la armonía conyugal incidan factores de variados matices psicológicos, o que la tolerancia recíproca se quiebre por causas innumerales que cotidianamente pongan a prueba la serenidad de los cónyuges. No es dable ilustrar la casuística en materias donde el subjetivismo reserva su imperio con soberanía tan absoluta como la que se refugia en el fuero interno de los hombres. Por ello la ley abstrae como resultante la necesidad de paz y sosiego domésticos como razón de ser de la sociedad conyugal, aunque para alcanzar tales valores en la práctica y por motivos de muy alta jerarquía moral, marido y mujer sacrifiquen algunas veces hasta su propia y personal felicidad.

Por consecuencia, dentro del debate judicial que la separación de bienes suscita, se acentúan considerablemente los poderes discrecionales del sentenciador para apreciar en concreto el significado y alcance, bien de los ultrajes, o del trato cruel, o de los maltratamientos de obra, que hagan imposibles la paz y el sociego domésticos. No con criterio objetivo aplicable indistintamente a todas las naciones, sino con el más adecuado a medir concreta y subjetivamente si a pesar de la promoción del pleito es todavía posible hallar o restaurar el clima apto para que sobreviva siquiera el mínimo razonable de respeto recíproco y mutua tolerancia que la sociedad conyugal exige y comporta.

Si, pues, en concreto, de la prueba allegada aparece que la paz y el sociego domésticos fueron aniquilados, no es difícil concluír que en el recurso extraordinario de casación queda cerrado el campo a la censura del fallo que en la instancia decretó la separación de bienes por la causal 5ª, artículo 154 del Código Civil.

Porque el Tribunal en su prudente arbitrio era el llamado a decidir si aquella paz y sociego domésticos se habían hecho imposibles en el matrimonio, la Corte no podría supeditar la decisión sino en el caso elemental y extremo de que el sentenciador se manifestara en pugna con los dictados mínimos del sentido común frente a la evidencia procesal. Mas no, cuando el recurso ensaya otro criterio para interpretar las circunstancias y los elementos de prueba allegados a los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres (3) de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Helena Rivas Gutiérrez, quien contrajo matrimonio con Guillermo Lehder el 25 de mayo de 1944, promovió por vía ordinaria contra su marido el presente juicio de separación de bienes.

Los hechos fundamentales relatan que los contrayentes Lehder-Rivas "hicieron vida conyugal por espacio de unos diez años" y que de la unión nacieron cuatro hijos legítimos, "que hoy se hallan internados en distintos establecimientos educativos de la ciudad de Bogotá, en donde por prohibición expresa del cónyuge Lehder se le obstaculiza, en forma inhumana, el acceso normal o el contacto materno que las leyes consagran en favor de la mujer en todos los casos conflictivos conyugales"; que "hace aproximadamente cinco años el matrimonio Lehder-Rivas se suspendió, en cuanto dice relación a la vida conyugal, por diferencias temperamentales y psicológicas muy profundas; y especialmente por la 'crueldad mental' y también física ejercida por parte del esposo señor Lehder, en contra de la señora Rivas de Lehder, pues que ésta fue llevada a un lugar de reclusión en Bogotá, bajo amenaza mortal de las armas de fuego contra su cuerpo, no sólo por parte del señor Lehder, sino de tres parientes cercanos de la víctima; reclusión de donde logró salir la señora Rivas, merced a los buenos oficios de un abogado que la misma Hermana Superiora del Convento-reclusión llamara al efecto, como quiera que ésta pudo darse cuenta de la injusticia cometida con aquélla"; que simultáneamente el marido intentó juicio especial de separación de bienes ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, con resultado adverso para el actor, "pues la justicia halló calumniosas las imputaciones de indignidad que le fueran formuladas en el libelo, habiendo sido condenado en costas el demandante señor Lehder"; que ante el mismo Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá y con base en juicio de divorcio que cursa ante los Tribunales Eclesiásticos, la señora "propuso acción ejecutiva, con medidas preventivas, contra el señor Lehder a fin de obtener el pago de una cuota alimenticia de $ 500 que le fue fijada por dicho Juzgado, sin que hasta la fecha haya obtenido el pago de ninguna suma por este concepto"; que "mientras las relaciones conyugales Lehder-Rivas fueron cordiales, la esposa confiaba en el señor Lehder y fue así como éste obtuvo poder de aquella para vender una casa muy bien situada en esta ciudad de Armenia, habida por donación de la fallecida madre de la señora Rivas, casa que tenía entonces un valor aproximado de $ 30.000", sin que el mandatario haya rendido cuentas; y que mientras fueron buenas las relaciones conyugales, Lehder manejaba un capital líquido social de $ 500.000 aproximadamente, mientras que a tiempo de la demanda "apenas sí puede calcularse en unos $ 200.000".

"Lo que demuestra en forma indudable —añade el libelo— que el señor Lehder es persona inhábil para los negocios, o que viene ocultando parte del capital social fraudulentamente, razones estas que serían suficientes para decretar la separación".

Por súplicas fueron hechas las siguientes:

"A) La separación definitiva de la sociedad conyugal, en el orden patrimonial, compuesta por los esposos Guillermo Lehder y Helena Rivas de Lehder.

"B) Que el señor Lehder debe reintegrar o pagar a la cónyuge Helena Rivas, tomada de la parte que le corresponda a él en la partición, la suma de treinta mil pesos, o sea el valor de la casa vendida por el cónyuge Lehder, como apoderado de su esposa, según documentos que al proceso se llevarán en el término probatorio.

"C) Que la guarda de los hijos en su totalidad corresponde en este caso a la cónyuge doña Helena Rivas de Lehder, por cuanto se trata de una madre digna, solícita y mentalmente capaz de ofrecerles protección y educación hogareña a quienes están hoy sometidos a un régimen disciplinario reñido con las normas familiares, y por cuanto el demandado ha violado las disposiciones contenidas en los artículos 154 (parte final del numeral 4º y el 5º de allí, 179 y 200 del Código Civil, en relación con el 161 de la misma obra.

"D) Que como consecuencia de la separación que ha de decretarse, se proceda a inventariar minuciosamente los bienes existentes al final del juicio, para que sea partida equitativamente tola la masa social-conyugal".

El Juez del conocimiento, 1º Civil del Circuito de Armenia, desató la controversia en primer grado por sentencia del 21 de noviembre de 1959, cuya parte resolutiva dice:

"1º Decrétase la separación de bienes y la disolución definitiva de la sociedad conyugal que tienen constituída los señores Guillermo (Wilhelm en alemán) Lehder y Helena Rivas G.

"2º El inventario, tasación y partición de los bienes se llevarán a efecto en la forma establecida para los juicios de sucesión por causa de muerte.

"3º No se accede a decretar los pedimentos a que se refieren los literales B) y C) de la demanda.

"4º Se declaran no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y del pleito pendiente.

"5º Condénase en costas a la parte demandada. Tásense".

Por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira fue resuelta la segunda instancia, que la apelación del demandado abrió. Esa decisión, que es de fecha 8 de septiembre de 1960, concluye así:

El Tribunal "*confirma* la sentencia de fecha 21 de noviembre del año próximo pasado (1959), dictada por el señor Juez 1º Civil del Circuito de Armenia, en el juicio sobre separación de bienes de Helena Rivas contra Guillermo Lehder, con excepción del numeral 5º de dicha sentencia, que se *revoca*. Sin costas en la segunda instancia".

Es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto, admitido y sustentado oportunamente por la parte demandada.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Después de circunscribir el contenido de la alzada, por cuanto la actora se conformara con la negativa de las súplicas atinentes al pago del valor de una casa de la mujer y a la guarda de los menores hijos, el sentenciador se ocupa en determinar las causales invocadas para la separación de bienes y entiende que la demanda inicial abarca las de "administración fraudulenta del marido, mal estado de sus negocios por administración descuidada (art. 200 C. C.), como también el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre", así como también "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos". Y dice:

"Para las súplicas formuladas en su libelo de demanda, la parte actora se ha fundado en las causales anteriores, si nos atenemos a las citas legales del literal c) parte petitoria, y a la relación de hechos en que aquellas se basan, principalmente en los distinguidos con los números 2, 3, 5º y 7º".

Analiza y descarta los motivos de administración fraudulenta o descuidada del marido y de abandono de sus deberes de esposo, para continuar así:

"*En cuanto al trato cruel y los ultrajes* a la esposa que hacen imposible la paz y el sociego domésticos y que fueron acogidos por el Juzgado para decretar la separación, son circunstancias que por los alcances que se le otorgaron, hacen indispensable el análisis ponderado del material probatorio existente.

"Estimó el *a quo*, que el temperamento del señor Lehder y el juicio de separación adelantado ante uno de los Jueces de la capital de la República, donde se hicieron públicos por el marido no sólo un comportamiento inadecuado, sino ultrajes al honor al afirmar el adulterio de la esposa y el abandono de sus deberes de tal y de madre, eran evidenciación perfecta de causales para la separación".

No se muestra el Tribunal enteramente de acuerdo con este parecer del juzgador de primera instancia, pues si expone razones para hallar que no es admisible tal criterio por cuanto llevaría a que "todo el que perdiese una acción de esa índole quedaría incurso en las causales que lo situaran como responsable de una situación que emergió no propiamente de su propia actitud sino de los actos de otro", añade sin embargo:

"La tesis precedente la asienta el Tribunal para explicar por qué no comparte en toda su radicalidad los conceptos del fallador de primer grado, sin que se oculte que afirmaciones de esa índole sí son bastantes a perturbar las relaciones de los cónyuges y que por tanto su presencia es un elemento que no puede aislarse totalmente de recaudo probatorio. Es decir, tal antecedente influye para la calificación a que haya de desembocarse en cuanto a valoración y estimatoria de otros elementos de convicción".

El sentenciador entra en seguida al análisis y comentario de los testimonios de Bernardo Gallego Ramírez, Magola García de Gallego, Leonor Sánchez de Tabares, Leticia Tabares Sánchez, Maruja Ramírez de Suárez, Elisa Suárez de Gutiérrez, Luz Suárez de Marulanda, Lelia Jaramillo de Ochoa, José Urbano Múnera, y califica así:

"Las afirmaciones contenidas en los precedentes testimonios, por la forma responsiva como se rinden; por el viejo conocimiento y relación con la señora Rivas y prolongado durante su vida conyugal; por la manera como relacionan los casos, hechos y circunstancias de que dan fe, constituyen al tenor del artículo 697 del estatuto procedimental civil, plena prueba que acredita el comportamiento del señor Lehder en forma que no se compagina con los deberes de relación con su esposa. Un trato que la reduce en su personalidad ante amigos y extraños; la forma brusca y hasta ultrajante en actividades comunes dentro de la vida conyugal; el sistema para retraerla de obligadas relaciones sociales, cuya inconveniencia no se ha establecido; el reducir su personalidad, poniéndola ante extraños en condiciones de inferioridad; el ridiculizarla; la ha-

bitualidad de esas manifestaciones, evidencian que la actitud del señor Lehder con relación a su esposa, son bastantes para hacer imposible la paz y el sosiego domésticos, motivo legal que justifica la separación de bienes autorizada por el artículo 154 del Código Civil, en su último numeral''.

Después de otras consideraciones sobre coeficientes de la vida conyugal, el Tribunal dice:

''Quizás sea dable imaginar que el señor Lehder procedía tan adustamente por las razones que lo llevaron a instaurar el juicio de separación de bienes; pero aunque así fuese —y sin anotar consecuencias de un fallo que sentó lo improbado de ese pensar— en estas materias no hay compensación de culpas, es decir, los actos de un cónyuge no justifican los del otro, si a fin de cuentas ambos son contrarios a derecho. Dentro del campo de la hipótesis tampoco resulta aventurado sospechar que un duro trato propició efectos inesperados. Estas consideraciones bien indican que no se encuentra motivo plausible para aceptar el sistema de afrentar inocentes actitudes, para llevar al ridículo o menospreciar a la esposa ante amigos y conocidos. Con la prueba anterior, es válida la separación ordenada por el *a quo*.

''Hay certidumbre procesal que el señor Lehder es un padre amante de sus hijos y cuidadoso de su bienestar; pero estas prendas no se han hecho ostensibles en el trato con su esposa. Quebrada de hecho la vida en común y anheloso él de que la separación de bienes sea una realidad, adelantó un juicio cuyos resultados le fueron adversos. Al decretar hoy de acuerdo con sus aspiraciones, aunque por motivos distintos —que es lo que ha determinado su oposición— lo resuelto, de una parte se ciñe a los mandatos de nuestro derecho positivo, y de otra, se ajusta a obvias conveniencias''.

Cuanto a las pruebas trasladadas, expresa el sentenciador:

''Se ha objetado que las copias de declaraciones rendidas en otro proceso no se ratificaron y que por tal circunstancia carecen de validez. Ello no es exacto. La prueba trasladada carece de mérito o puede tenerlo mínimo, cuando en el otro proceso no actuaron las mismas partes que en el que se aportan; cuando esa prueba no ha sido controvertida, esto es, cuando una de las partes no ha estado en condiciones de tachar o repreguntar a los testigos; pero en el caso de estudio, no ocurren aquellas circunstancias. Se propuso una acción y oportunamente se pidieron pruebas; si entonces el señor Lehder no consideró del caso ejercitar el derecho de repreguntar, esa renuncia no debilita el mérito de los testimonios y por el contrario, es índice marcado de veracidad en ellos. Si como dice en primera instancia el procurador judicial del demandado, éste 'se abstuvo de autorizar esa medida', la de repreguntar, ello apenas viene a confirmar lo sostenido sobre la suficiencia y mérito legal de las afirmaciones de esos testigos y de la obligada consecuencia a que ellas conducen. De otro lado, se repite, su traslado a este juicio se impetró con citación de la parte contraria y así se decretó sin objeciones o reparos (G. J., T. XLIX, 99 y LXXXI, 332).

Con respecto a excepciones el sentenciador halló fuera de lugar la de ineptitud de la demanda en lo sustantivo, por cuando la súplica B) a que hace referencia fue negada, sin apelación de la actora; y sobre la de pleito pendiente por cursar juicio de divorcio ante el Tribunal Eclesiástico de Bogotá, dice en conclusión:

''Para que esta excepción tenga cabida es necesario que se siga otro juicio sobre la misma acción y que en ambos el excepcionante figure como parte. Sabido es que si hay juicio ante la Curia, de tener éxito genera la disolución de la sociedad conyugal pero lo relacionado con la distribución de bienes de la sociedad es asunto que debe tramitarse y resolverse por las autoridades civiles y no por las del ramo eclesiástico. Es así, como la separación de bienes, puede tener y tiene en efecto, una existencia independiente del juicio eclesiástico. Si el juicio que cursa ante la Curia Metropolitana hubiere sido resuelto en sentido afirmativo y así se hubiera demostrado dentro del negocio, sobraría el trámite que actualmente se cumple. Pero ese litigio está pendiente de decisión en aspecto que no es exactamente el que aquí se debate. Tanto es así, que si la acción ante la Curia se frustra, ello no es óbice para que en este juicio civil se ordene la separación. No se interfieren las dos jurisdicciones, ni se comete desacato contra una norma concordataria, porque aquí no es de aplicación''.

LA IMPUGNACION

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª, artículo 520 del Código Judicial.

Causal 1ª Dos motivos se aducen, a saber:

I. Violación ''del artículo 154 causal 5ª del Código Civil en concordancia con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, por infracción indirecta, toda vez que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al interpretar la demanda y

decretó la separación de bienes con fundamento en hechos no alegados en el libelo de demanda".

Para el libelo de casación una cosa es la *"crueldad mental"* y también física, en los términos de la demanda inicial, por haber llevado el marido a la mujer en Bogotá a un lugar de reclusión, y otra cosa son los hechos contemplados en los testimonios habidos en cuenta por el Tribunal, como acaecimientos anteriores a octubre de 1954 en el sentido de afirmar que Lehder "trató en forma poco amable a su esposa y a los amigos de la misma (las declarantes)".

"Por consiguiente —dice— es obvio que la mayoría de la Sala de Decisión incurrió en manifiesto error de hecho al interpretar la demanda y al creer que la "crueldad mental" mencionada en el hecho tercero del libelo se refería a las circunstancias relatadas por los testigos mencionados, mientras que tal hecho se funda expresamente en la supuesta reclusión de la señora Rivas por su marido en Santa Eufrasia que son dos cosas totalmente diferentes".

II. Quebranto, por interpretación errónea, de "lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 154 del Código Civil y en el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922".

Alega el recurrente que aun cuando los hechos relatados por los testigos correspondieran a los aducidos en la demanda, "ellos mismos no podrían constituír la causal de trato cruel de acuerdo con la ley colombiana sino apenas la causal de 'crueldad mental' que aceptan las fábricas de divorcio de la ciudad de Reno, en el Estado de Nevada, de los Estados Unidos de América, pero no reconocen ni el Código Civil colombiano ni los tribunales de este país".

Alega sobre este punto, y concluye:

"Resulta por lo tanto: Si al doctor Lehder no le gustaban las relaciones de amistad de su esposa con ciertas señoras, su actitud respectiva pudo haber sido plenamente justificada (porque es posible que tales amigas hayan podido tener una conducta no muy correcta o hayan podido ejercer una mala influencia sobre la señora de Lehder) y también es posible que el señor Lehder carecía con respecto a su animadversión de toda causa racional. Ninguna de las dos hipótesis está probada. Pero aun en el caso de la segunda de estas dos hipótesis, su actitud respectiva apenas constituiría un acto de mala educación, pero nunca un ultraje o un tratamiento cruel que hiciera imposibles la paz y el sosiego domésticos, porque para una verdadera esposa el marido debe ser más importante que unas cuantas amigas.

"Con otras palabras: Los hechos que el Tribunal juzga probados, no constituyen la causa 5ª del artículo 154 del Código Civil, por lo cual la sentencia acusada viola esta disposición, como también el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 por interpretación errónea".

Causal 2ª Alega el recurrente que la sentencia de segundo grado no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, en cuanto nada resolviera sobre la excepción perentoria de petición de modo indebido "que consiste en el hecho de que la señora demandante por haber incurrido en motivo de divorcio y de separación de bienes perdió el derecho de pedir, a su vez, la separación de bienes, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil que reza: 'El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él...'".

Se refiere a hechos tocantes con la conducta moral de la demandante, afirma que por ello estuvo inhabilitada para pedir la separación de bienes, y agrega:

"Estos hechos afirmados en primera instancia constituyen una auténtica excepción perentoria, toda vez que destruyen, si son probados, el derecho que puede tener la señora demandante a pedir la separación de bienes.

"Como el demandado afirmó tales hechos —que constituyen la excepción perentoria de petición de modo indebido— el honorable Tribunal habría debido declarar tal excepción probada o no probada, aun cuando el demandado no propuso formalmente la excepción (artículo 343 del Código Judicial).

"Mas como ni el Juez de primer grado, ni el Tribunal se pronunciaron sobre tal excepción, la sentencia es casable por la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial...".

SE CONSIDERA:

1. El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 hizo extensivas a la simple separación de bienes las causales "que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil", que en quinto lugar contempla "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos".

Así, con criterio general y abstracto se destaca en la norma como elemento básico de la sociedad entre cónyuges la paz y el sosiego familiares.

2. Si la recíproca estimación entre marido y mujer languidece hasta el extremo de extinguir la lumbre del hogar, al propio tiempo se arruina por completo el afecto en que descansa la existencia jurídica de la sociedad conyugal.

Es posible que en el desarrollo de los sucesos que lleguen a lesionar profundamente la armonía conyugal incidan factores de variados matices psicológicos, o que la tolerancia recíproca se quiebre por causas innumerables que cotidianamente pongan a prueba la serenidad de los cónyuges. No es dable ilustrar la casuística en materias donde el subjetivismo reserva su imperio con soberanía tan absoluta como la que se refugia en el fuero interno de los hombres. Por ello la ley abstrae como resultante la necesidad de paz y sosiego domésticos como razón de ser de la sociedad conyugal, aunque para alcanzar tales valores en la práctica y por motivos de muy alta jerarquía moral, marido y mujer sacrifiquen algunas veces hasta su propia y personal felicidad.

3. Por consecuencia, dentro del debate judicial que la separación de bienes suscita, se acentúan considerablemente los poderes discrecionales del sentenciador para apreciar en concreto el significado y alcance, bien de los ultrajes, o del trato cruel, o de los maltratamientos de obra, que hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos. No con criterio objetivo aplicable indistintamente a todas las naciones, sino con el más adecuado a medir concreta y subjetivamente si a pesar de la promoción del pleito es todavía posible hallar o restaurar el clima apto para que sobreviva siquiera el mínimo razonable de respeto recíproco y mutua tolerancia que la sociedad conyugal exige y comporta.

4. Si como antecedentes de la cuestión que se juzga aparecen: que hubo otro juicio de separación de bienes que el marido promoviera por imputarle adulterio a su mujer, con resultado adverso para el actor; que el varón insiste invariablemente en la misma inculpación de infidelidad de quien fue su compañera; que ha desaparecido la convivencia conyugal porque los hechos impusieron la terminación del hogar; que por numerosas declaraciones el sentenciador llegó al convencimiento de que el trato dispensado por el marido a la mujer en presencia de sus amistades fue tal que la afrentaba y zahería hasta llevarla al ridículo; si todo, en fin, revela que la paz y el sosiego domésticos fueron aniquilados, no es difícil concluír que en el recurso extraordinario de casación queda cerrado el campo a la censura del fallo que en la instancia decretó la separación de bienes por la causal 5ª, artículo 154 del Código Civil.

Porque el Tribunal en su prudente arbitrio era el llamado a decidir si aquella paz y sosiego domésticos se habían hecho imposibles en el matrimonio Lehder-Rivas, la Corte no podría supeditar la decisión sino en el caso elemental y extremo de que el sentenciador se manifestara en pugna con los dictados mínimos del sentido común frente a la evidencia procesal. Mas no, como ahora, cuando el recurso apenas ensaya otro criterio para interpretar las circunstancias y los elementos de prueba allegados a los autos.

5. El medio exceptivo para desvirtuar la causal de separación propuesta, habría de consistir en hecho que demostraran el renacimiento de la paz y el sosiego en el hogar Lehder-Rivas, hoy extinguido.

No en que para negarle la legitimación en causa y para efectos del segundo motivo de casación, se insista en tildar de adulterio a la mujer, que ello mismo indicaría ausencia de sociego y paz, y puesto que el punto ya fue objeto de pleito anterior en que la justicia no halló probada la tacha para decretar la separación de bienes que el marido impetró por esa misma falta imputada a su mujer.

Ni aquí se trata de revisar el anterior proceso, ni de establecer si el varón ha tenido o no una conducta explicable dentro de los hechos humanos, o de medir sus propios móviles de él, que en este caso se asilan en el campo de los imponderables. El juicio se ha referido meramente a saber si resta base en que pueda todavía sustentarse razonablemente la sociedad conyugal de un hogar desaparecido. Y en ello la soberanía del sentenciador es indiscutible en casación.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1960 pronunciada en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

No aparecen costas causadas en casación.

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

Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez, Ernesto Escallón Vargas, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACLARACION DE SENTENCIA

Es recurso de carácter eminentemente estricto y atañe a lo que ofrezca verdadero motivo de duda en la ejecución del fallo.

El recurso de aclaración, otorgado a los litigantes por el artículo 482 del Código Judicial, es de carácter eminentemente estricto. Cualquiera flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para que el mismo juzgador revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresa en el mismo texto legal.

Por consiguiente, "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" no pueden ser distintos de aquellos que envuelvan oscuridad para el cumplimiento de la sentencia. Deben por ello incidir directamente en la resolución jurisdiccional, y no en los motivos que la hayan determinado, diferentes sin duda de los que hayan podido asistir a alguna de las partes.

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

El señor personero de la parte recurrente solicita aclaración de conceptos expresados en la parte motiva de la sentencia de fecha 3 de julio último, que resolvió *no casar* la de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Se observa que el recurso de aclaración, otorgado a los litigantes por el artículo 482 del Código Judicial, es de carácter eminentemente estricto. Cualquiera flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para que el mismo juzgador revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresa en el mismo texto legal.

Por consiguiente, "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" no pueden ser distintos de aquellos que envuelvan oscuridad para el cumplimiento de la sentencia. Deben por ello incidir directamente en la resolución jurisdiccional, y no en los motivos que la hayan determinado, diferentes sin duda de los que hayan podido asistir a alguna de las partes.

Si lo resuelto es claro y terminante en el exclusivo sentido de no *casar* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la solicitud, más bien que aclaración necesaria, parecería propicia a proseguir indefinidamente el debate.

Y así, por sustracción de materia, se deniega la aclaración pedida.

Notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez, Ernesto Escallón Vargas, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Pérdida del interés jurídico para atacar en casación la nueva partición.

Cuando a la partición de bienes en un juicio de sucesión, en un divisorio de bienes comunes o de liquidación de una sociedad, se presentan objeciones, el incidente a que éstas dan lugar, puede tener dos soluciones: 1º Se declaran infundadas y se aprueba la partición en la misma providencia; si el objetante apela de ella y el Tribunal la confirma, es manifiesto el interés de aquél para interponer el recurso de casación. 2º Se declaran fundadas las objeciones por el Juzgado, y se ordena rehacer la cuenta; de este auto, el litigante conforme con el primitivo trabajo, debe apelar ante el Tribunal para conservar el derecho de interponer el recurso de casación de la sentencia por medio de la cual, se aprueba la partición. En el supuesto de que no se alce contra dicho proveído, se considera que se halla conforme con las objeciones y la consiguiente aprobación del nuevo trabajo de partición, y, por consiguiente, no cabe atacar en casación la sentencia aprobatoria. En esta hipótesis, el recurso extraordinario impugna el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no ya por vía de objeción, sino en cuanto éste viole los preceptos sustantivos que regulan la partición de bienes, como consecuencia de no haber sido legal el auto que declaró probadas las objeciones propuestas por otro u otros interesados. Cuando este auto se dictó, no era recurrible en casación, pero sí lo es indirectamente al proferirse la sentencia aprobatoria del nuevo trabajo y a través de ella.

La Corte sobre el particular ha dicho: "Son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas del Juez de primera instancia, cuando este fenómeno de ejecutoria se ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los medios legales, por lo cual de un lado debe considerarse que abandonó las objeciones o las retiró o desistió tácitamente de ellas y de otro, que no es procedente el recurso de casación en cuanto que para que él sea admisible es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los recursos ordinarios de defensa; b) cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luego la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte no hizo ninguna gestión ni entabló ningún recurso contra ese fallo, lo consintió". (T. 44, págs. 335-336).

Lo mismo ocurre cuando el interesado en que se mantenga la primitiva partición, no se alza contra el auto del Juez que declara fundadas las objeciones propuestas por otros litigantes, y ordena rehacerla, pues al dejar ejecutoriar dicha providencia sin proponer los remedios que contra ella le da el Código de Procedimiento Civil, la consiente, y pierde todo interés para atacar en casación la nueva partición.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

José Clemente Bustamante y Soledad Medina contrajeron matrimonio católico en la iglesia parroquial de Santa Bárbara el 28 de octubre de 1905 (Fol. 2 Cuad. Principal).

Por instrumento número 1917 de 22 de agosto de 1944, ante el Notario 5º de Bogotá, Bustamante otorgó testamento en el cual reconoció a Luis Alberto Bustamante como su hijo natural. (Fol. 8 ibídem).

En el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, Soledad Medina de Bustamante adelantó juicio de separación de bienes contra su esposo José Clemente Bustamante, la cual fue decretada con la consiguiente liquidación, distribución y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal formada entre las partes, mediante sentencia de 31 de octubre de 1946.

El expediente se protocolizó en la Notaría Octava de Bogotá por instrumento número 1438 de 30 de junio de 1949, y de él se trajo copia de la cartilla de los bienes sociales adjudicados a la cónyuge, de la sentencia aprobatoria de la partición y del auto que la declaró ejecutoriada.

José Clemente Bustamante murió el 23 de julio de 1949, y se radicó el juicio sucesorio en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en el cual se reconoció a la cónyuge sobreviviente como heredera, y Luis Alberto Bustamante fue tenido también como heredero en su carácter de hijo natural en providencia de 23 de septiembre de 1949.

Soledad Medina v. de Bustamante cedió sus derechos a Carmen Ruiz de Bustamante, a quien se le reconoció al tenor de la escritura número 2807 de 6 de octubre de 1950 extendida en la Notaría 8ª de Bogotá.

Adelantado el juicio, se decretó la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión.

El partidor designado por el Juzgado presentó oportunamente su trabajo en el cual "siguiendo los propósitos del testador y los principios de equidad, conforme al texto legal anotado" (art. 20 de la Ley 45 de 1936), dividió y adjudicó los bienes por mitad a la cesionaria de la cónyuge sobreviviente y a la cesionaria del heredero Luis Alberto Bustamante. Formó también hijuela de deudas y gastos que adjudicó a la misma Carmen Ruiz de Bustamante.

El apoderado de la cesionaria Sara Rojas objetó la cuenta de partición en cuanto se asignó la mitad de los bienes a la cónyuge supérstite y la otra mitad al legitimario, con base en el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, que, según el objetante, "tiene aplicación, precisamente cuando se trata de sucesión intestada y no en cuanto se trata de sucesión testada", que es la situación planteada en el caso *sub lite*. La circunstancia tenida en cuenta por el partidor, de que los dos interesados en el juicio hubieran pedido que el remanente del remate efectuado dentro del sucesorio, se les entregase por iguales partes, no entraña renuncia al derecho que cualquiera de ellos tiene en la sucesión.

Habiéndose liquidado la sociedad conyugal Bustamante Medina en el juicio de separación de bienes de que se ha hecho mérito, y habiéndosele adjudicado a cada uno de los cónyuges bienes por más de ochenta y nueve mil pesos ($ 89.000), según consta en la escritura de protocolización de dicho juicio, de acuerdo con los artículos 1230, 1233 y 1234 del Código Civil, la sobreviviente no tiene derecho a la porción conyugal, toda vez que aceptó sus gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal, y no puede alegar ningún otro derecho en la sucesión del marido, pues en la sucesión de éste y en el orden de los descendientes legítimos o naturales solamente puede elegir entre recibir gananciales o la porción conyugal.

El testador manifestó que todos los bienes que poseía eran de la sociedad conyugal y que su voluntad era la de que se dividieran por partes iguales entre su cónyuge y su hijo natural.

En la partición que él hizo le adjudicó a éste el lote terreno que en la partición objetada se pretende dividir entre los cesionarios de la cónyuge y del legitimario con violación del artículo 1193 del Código Civil dado que dicho bien no había sido enajenado ni en todo ni en parte.

Finalmente, el perito en su trabajo no obró con equidad, al adjudicar todos los créditos a la cesionaria del hijo natural, ya que su cobro conlleva a juicios que menoscaban el derecho de ésta, máxime, si se tiene en cuenta que la cesionaria de la cónyuge ha recibido parte de esos créditos. El incidente de objeciones lo resolvió el Juzgado del conocimiento por auto de diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y seis en que resolvió:

"Declárase fundada la objeción formulada a la partición de los bienes de esta sucesión. 2º Ordénase, en consecuencia, al partidor que rehaga su trabajo dentro del plazo de veinte días, contados a partir de la ejecutoria de este proveído teniendo en cuenta que en la adjudicación de los bienes debe quedar excluída la cónyuge sobreviviente o su cesionaria, por carecer de derechos en la sucesión del causante".

Esta providencia no fue apelada por ninguno de los dos interesados en el juicio.

Presentado el nuevo trabajo de partición, en que todos los bienes se adjudicaron al heredero Luis Alberto Bustamante, fue aprobado por sentencia de diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, la cual no fue apelada por el apoderado de la cesionaria Carmen Ruiz de Bustamante.

El Tribunal Superior encuentra que por ajustarse el último trabajo de distribución presentado por el partidor, a los mandatos de la providencia que ordenó rehacer la partición, no

quedaba al Juez del conocimiento otro camino que aprobarlo de plano, como lo manda el artículo 965 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia confirma la sentencia apelada.

Contra ésta interpuso la cesionaria de la cónyuge supérstite recurso extraordinario de casación que procede a resolver la Corte.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Civil acusa el recurrente el fallo por ser violatorio de la ley sustantiva "por aplicación indebida e interpretación errónea".

El primer aspecto del cargo, o sea, la aplicación indebida, lo expone en resumen así:

Al confirmar el Tribunal Superior de Bogotá la providencia del Juez Civil del Circuito acogiendo las tesis que éste expuso en su providencia de 16 de mayo de 1957, para aprobar la partición rehecha, "aplicó al caso de autos lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, y, además, parece que en forma subsidiaria lo dispuesto por el artículo 1236 del Código Civil desechando lo preceptuado por el artículo 20 de la misma norma legal".

Transcribe el citado artículo 23 que incluye a los hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, entre los legitimarios, para el cómputo de la mitad legitimaria y de la cuota de mejoras: el 20, ibídem, que dispone dividir la herencia en dos partes iguales, una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales, cuando éstos y aquella suceden al difunto; el 1055 del Código Civil que define el testamento; el 1037, ibídem, conforme al cual "las leyes regulan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones".

Sigue exponiendo el impugnante que, al acoger el Tribunal la sentencia del Juzgado con la aplicación del citado artículo 23, concluyó "con la preterición de la cónyuge supérstite".

Lo preceptuado en el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, es de aplicación cuando el causante ha testado. Y lo dispuesto en el artículo 20 ibídem, opera tratándose de sucesiones intestadas.

La partición que José Clemente Bustamante hizo en su testamento, no pudo cumplirse, por la liquidación judicial de la sociedad conyugal realizada como consecuencia de la separación de bienes.

Del testamento lo único vigente ha sido el reconocimiento de Luis Alberto Bustamante.

Concurriendo en la sucesión la cónyuge del causante y el hijo natural, el artículo aplicable es el 20 de la Ley 45 de 1936, que, cuando no quedan descendientes ni ascendientes legítimos, dispone que le sucedan sus hijos naturales y la cónyuge, y "la herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales".

Repite el recurrente que la Ley 45 de 1936 dejó dos situaciones: la contemplada en el artículo 23 mediante la cual la persona puede testar haciendo la distribución de sus bienes en las cuotas que señala dicho precepto, y la del artículo 20, operante cuando el causante no ha hecho testamento.

La tacha por interpretación errónea la formula en los siguientes términos: "Quien equivocadamente interpreta una ley, equivocadamente la aplica. En este punto me permito reproducir los mismos argumentos expuestos para acusar la sentencia impugnada por la causal antes expuesta".

Se considera:

Cuando a la partición de bienes en un juicio de sucesión, en un divisorio de bienes comunes o de liquidación de una sociedad, se presentan objeciones, el incidente a que éstas dan lugar, puede tener dos soluciones: 1ª Se declaran infundadas y se aprueba la partición en la misma providencia; si el objetante apela de ella y el Tribunal la confirma, es manifiesto el interés de aquél para interponer el recurso de casación. 2ª Se declaran fundadas las objeciones por el Juzgado, y se ordena rehacer la cuenta; de este auto, el litigante conforme con el primitivo trabajo, debe apelar ante el Tribunal para conservar el derecho de interponer el recurso de casación de la sentencia por medio de la cual, se aprueba la partición. En el supuesto de que no se alce contra dicho proveído, se considera que se halla conforme con las objeciones y la consiguiente aprobación del nuevo trabajo de partición, y, por consiguiente, no cabe atacar en casación la sentencia aprobatoria. En esta hipótesis, el recurso extraordinario impugna el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no ya por vía de objeción, sino en cuanto éste viole los preceptos sustantivos que regulan la partición de bienes, como consecuencia de no haber sido legal el auto que declaró probadas las objeciones propuestas por otro u otros interesados. Cuando este auto se dictó, no era recurrible en casación, pero sí lo es indirectamente al proferirse la sentencia aprobatoria del nuevo trabajo y a través de ella.

La Corte sobre el particular ha dicho: "Son las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales las que no impiden el recurso de casación, pero no las decisiones ejecutoriadas del Juez de primera instancia, cuando este fenómeno de ejecutoria se

ha verificado por no haber opuesto la parte el recurso de apelación, porque entonces la ejecutoria proviene de que el interesado no hizo valer los medios legales, por lo cual de un lado debe considerarse que abandonó las objeciones o las retiró o desistió tácitamente de ellas y de otro, que no es procedente el recurso de casación en cuanto que para que él sea admisible es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los recursos ordinarios de defensa; b) cuando alguna de las partes deja ejecutoriar el fallo que declara infundadas unas objeciones y viene luego la sentencia aprobatoria de la partición, como consecuencia de ese fallo, tampoco procede el recurso, porque se entiende que la parte no hizo ninguna gestión ni entabló ningún recurso contra ese fallo, lo consintió''. (T. 44, págs. 335-336).

Lo mismo ocurre cuando el interesado en que se mantenga la primitiva partición, no se alza contra el auto del Juez que declara fundadas las objeciones propuestas por otros litigantes, y ordena rehacerla, pues al dejar ejecutoriar dicha providencia sin proponer los remedios que contra ella le da el Código de Procedimiento Civil, la consiente, y pierde todo interés para atacar en casación la nueva partición.

El apoderado de Carmen Ruiz de Bustamante no apeló del auto de diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, por el cual el Juzgado Sexto Civil del Circuito declaró fundada la objeción formulada a la partición de bienes de la sucesión por la cesionaria del hijo natural del causante y dispuso rehacerla, excluyendo a la cónyuge sobreviviente o a su cesionaria. Es manifiesto que su silencio indica su aceptación a lo resuelto por el Juzgado, y, por consecuencia, la pérdida del interés para atacar en casación la partición que, en definitiva, se ajusta a la providencia que declaró viables las objeciones.

El recurso no puede prosperar por improcedente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de once de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la de primer grado, mediante la cual se declaró aprobado el trabajo de partición y adjudicación de los bienes dejados por el causante José Clemente Bustamante.

Las costas del recurso a cargo de la cesionaria Carmen Ruiz de Bustamante.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

La condición de hijo no se extingue por la muerte del padre, ni por ello tampoco la acción que permite declarar judicialmente la paternidad natural. — En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero iure proprio sino iure hereditario. — Cuándo la prueba de la calidad de heredero corresponde al presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

1. Si la muerte es incapaz de extinguir la condición de hijo que alguien tenga con respecto al padre fallecido, habrá de subsistir la acción que permite declarar judicialmente la paternidad natural. Sólo que muerto ya el legítimo contradictor es imposible su presencia en juicio, y viene a ser indispensable que quienes como herederos ocupan su lugar jurídico sean citados a la controversia como continuadores de la persona difunta.

En principio, hay conjunción jurídica entre los coherederos para ocupar el puesto de padre difunto en los juicios de filiación natural. Es conveniente que todos ellos sean citados al proceso, pero no se requiere que todos y cada uno de los coherederos contradigan la acción. Llamados, sin omitir a ninguno, la sentencia aprovecha o perjudica a los coherederos por igual, aunque apenas uno solo se hubiera opuesto a la acción.

La estructura del proceso exige, entonces, que de autos aparezca la calidad de heredero, a fin de que el debate judicial se surta precisamente con quienes representan al difunto por voluntad de la ley, de manera que así llegue a formarse válidamente el vínculo jurídico procesal, desatable por sentencia de mérito.

2. En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero iure proprio sino iure hereditario.

Si el pretenso hijo natural ha de encaminar el procedimiento contra todos y cada uno de quienes por sucesión hereditaria están llamados al mismo lugar jurídico que el causante ocupara, no deja de ser notorio que si el heredero responde de la acción, no es porque personalmente la paternidad pueda serle atribuída, sino por la razón elemental de que en el juicio debe comparecer en lugar del difunto.

La ausencia de prueba de esa calidad impide el nacimiento de la relación jurídico procesal; no existe por pasiva la capacidad para ser parte como presupuesto del pronunciamiento de fondo. Pero si el carácter de heredero está probado, no hay duda de que entonces, además de capacidad para ser parte, constituye condición de la acción, por aparecer ya dirigida precisamente contra quien la conceden las normas, como predicado de la legitimación pasiva en causa de filiación natural después de muerto el legítimo contradictor.

No es ciertamente lo mismo que el proceso demuestre que el llamado a juicio en realidad no ocupa como heredero el puesto del de cuius para afrontar el litigio de filiación natural pasivamente legitimado, o que apenas no se haya traído al proceso la prueba de su calidad de heredero. En el primer caso procede la absolución, mientras que en el segundo, fallo inhibitorio.

Así como es de ver también que acreditado el carácter de heredero, constituye tanto capacidad para ser parte, como condición de la acción, para la legitimatio ad causam, que permite condenar o absolver según lo alegado y probado, y fundar cosa juzgada material por sentencia definitiva. Sólo que si falta la demostración del carácter de heredero como presupuesto procesal, no hay lugar a considerarlo de ninguna otra manera, y menos como elemento de la acción para fallo de mérito. Con claridad procede en este evento la inhibitoria.

Es doctrina de la Corte, expuesta en casación del 21 de julio de 1959 (XCI, 2214, 50, 2ª).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis (6) de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

Ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, Saúl y Santos Rivera o Herrera demandaron a Lorenzo Herrera, y a Ricardo, Asisclo, Eliécer, Carmen Rosa, Lucrecia y Florinda Herrera, los seis últimos como hijos legítimos de Asisclo Herrera Moyano, e hicieron las siguientes súplicas:

1ª Que Saúl y Santos Rivera o Herrera son hijos naturales de Carlos Herrera Moyano y Alejandrina Rivera;

2ª Que son los únicos y universales herederos de Carlos Herrera Moyano;

3ª Que, por tanto, tienen derecho a que se les adjudique la totalidad de los bienes hereditarios;

4ª Que el demandado Lorenzo Herrera debe restituír a la sucesión de Carlos Herrera Moyano el inmueble que fue de propiedad del causante, ubicado en el Municipio de Cajicá, denominado *Río Frío* y compuesto de dos porciones alinderadas en el libelo;

5ª Que "el demandado Asisclo (sic) Herrera" debe pagar a la sucesión el valor de los frutos naturales y civiles de dicho inmueble desde la muerte del causante hasta el día de la entrega; y

6ª Que "el demandado Asisclo (sic) Herrera" debe hacer el pago de los frutos dentro de los quince días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, según el monto establecido en el juicio o en incidente posterior, si fuere el caso.

Las afirmacionese de hecho se vincularon a que del matrimonio de Ricardo Herrera con Dolores Moyano nacieron Lorenzo Herrera, Carlos Herrera y Asisclo Herrera. A que Carlos Herrera, fallecido el 24 de septiembre de 1934, "mantuvo relaciones de concubino, en forma permanente y notoria, con Alejandrina Rivera, con comunidad de habitación, en una casita de la finca de Herrera en jurisdicción de Cajicá, conocida como *Río Frío,* desde antes de 1919 hasta su muerte en 1934". A que de esas relaciones nacieron Saúl Rivera o Herrera el 15 de agosto de 1921, y Santos Rivera o Herrera el 15 de septiembre de 1929. A que Carlos los trató siempre como hijos, los presentó como tales, y los sostuvo, crió y educó hasta que él murió. A que Saúl y Santos gozaron y gozan de fama pública como hijos de Carlos y Alejandrina. A que los demandados, tío y primos de los actores, los han reconocido siempre como hijos de Carlos Herrera, de todo lo cual desprenden posesión notoria de estado, además de relaciones sexuales estables y notorias entre los presuntos padres, como causales para demandar la declaración judicial correspondiente.

Por otra parte, afirmaron los actores que "al morir Carlos Herrera, su hermano y demandado Lorenzo Herrera, tomó la posesión material de la finca determinada en la petición 4ª, y ha estado en posesión hasta hoy"; que "ha percibido los arrendamientos y frutos"; que ha ejercitado esa posesión "como supuesto heredero de Carlos Herrera, en calidad de hermano"; que los actores tienen mejor derecho a la herencia como hijos naturales; y que la sucesión "es la legítima propietaria de ese inmueble y a ella pertenecen los frutos y productos".

Solamente Lorenzo Herrera dio respuesta, que fue negativa de todos los hechos. Los demás demandados guardaron silencio. Y cumplidos los trámites de primer grado, con fecha 2 de noviembre de 1954 el Juez del conocimiento resolvió así:

"1º Declárase no probada ninguna excepción dentro del juicio;

"2º Declárase que los señores Saúl y Santos Rivera o Herrera son hijos naturales de Carlos Herrera Moyano y de Alejandrina Rivera;

"3º Declárase que los señores Saúl y Santos Rivera o Herrera son herederos universales de Carlos Herrera Moyano;

"4º Declárase que los señores Saúl y Santos Rivera o Herrera tienen derecho a que se les adjudiquen los bienes que forman la herencia de Carlos Herrera Moyano, sin perjuicio de terceros;

"5º No es el caso de acceder a las demás peticiones del libelo;

"6º Condénase al demandado Lorenzo Herrera Moyano en las costas del juicio, por ser el único que se opuso a la acción. Tásense".

El personero de Lorenzo Herrera "apelo —dijo— de dicha sentencia en lo desfavorable a mi poderdante", con lo que se abrió el segundo grado del proceso, concluído por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en pronunciamiento del 17 de febrero de 1958, que resolvió:

"1º Revócase la sentencia apelada en cuanto fue materia sujeta al recurso conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo.

"2º En su lugar se declara que los actores, Saúl y Santos Rivera no pueden considerarse

como hijos naturales de Carlos Herrera Moyano respecto de su demandado Lorenzo Herrera y por lo mismo no proceden en contra de éste las súplicas de la demanda.

"3º No hay costas por concepto del recurso en razón de haber prosperado".

Los actores recurrieron en casación y es oportuno resolver.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Acerca de la materia *sub-iudice* encuentra el sentenciador que se ejerció principalmente la acción de filiación natural, y la restitutoria a la herencia "del inmueble que se dice fue de propiedad del citado causante, junto con sus frutos".

Dice a continuación:

"Ahora, como se parte de la base de que la herecia está ocupada por un supuesto heredero sin mejor derecho del que alegan los actores, conclúyese que la restitución solicitada en las peticiones 4ª y 5ª de la demanda se deriva de la acción de petición de herencia la cual puede ser consecuencia de la principal.

"Ocurre sin embargo, que la sentencia apelada al no acceder a dichas peticiones negó implícitamente la expresada acción de petición de herencia y como el actor no apeló del fallo no es posible entrar a reconsiderar lo resuelto al respecto.

"La demanda fue dirigida contra los señores Lorenzo y Asisclo Herrera, como hermanos legítimos del señor Carlos Herrera Moyano, el primero en su propio nombre y el segundo, por haber fallecido, representado por sus hijos legítimos Ricardo Asisclo, Eliécer, Carmen Rosa, Lucrecia y Florinda Herrera.

"El expresado Lorenzo Herrera fue el único que contestó la demanda oponiéndose a ella, afrontó el litigio y apeló del fallo. Por esta última circunstancia para el otro demandado, representado en la forma vista, quedó ejecutoriado. Esta división pudiéramos decir de los efectos de la sentencia es posible por estas razones:

"1ª Porque los demandados fueron directa e independientemente sujetos pasivos de la litis en su condición de hermanos legítimos del extinto señor Carlos Herrera Moyano, pretendido padre natural de los actores. No fue demandada la sucesión representada por ambos sino ellos (Lorenzo y Asisclo Herrera) como continuadores de la persona del *de cuius*.

"2ª Porque fallecido como está el padre, la sentencia de filiación carece de efectos *erga omnes*, pues sólo tiene los relativos de todo fallo".

Más adelante agrega:

"Expresamente dijo el recurrente que interponía la apelación en lo desfavorable del fallo y explicó que por tal entendía que 'el señor Juez de Zipaquirá hubiera dicho en los considerandos de la sentencia que el demandante o demandantes tenían títulos perfectos para la reivindicación del terreno a que se refiere la demanda, y de que (sic) hubiera declarado a los demandantes hijos naturales de Carlos Herrera'.

"Como es sabido la fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, entendiéndose por tal la que haya sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma como esté concebida.

"Ya se vio que la sentencia apelada se limitó a declarar en su parte resolutiva la filiación demandada y las prerrogativas de heredero preferencial derivables de tal declaración. En esas condiciones nada fue resuelto concretamente sobre reivindicación y cualquier consideración hecha al respecto en la parte motiva no tiene la virtud de perjudicar a la postre al demandado, quien, parece no consideró este aspecto al explicar el objeto de su recurso.

"En conclusión se tiene que constituye materia sujeta al Tribunal única y exclusivamente la acción de filiación natural en cuanto ella esté concretamente dirigida contra el único apelante, señor Lorenzo Herrera Moyano".

Se ocupa después de la legitimación en causa, y expresa que cuando "no es atributo de las partes contendientes, el Juez está en el deber de dictar fallo estimatorio adverso a las pretensiones del actor, no simplemente inhibitorio como si se tratara de una cuestión estrictamente procedimental.

"Cuando como ocurre en este caso, —añade— la acción se dirige no contra el legítimo contradictor sino contra los sucesores de éste, es obvio que uno de los requisitos fundamentales de la acción es precisamente demostrar que los demandados en forma inequívoca ostentan esa calidad de continuadores del padre. Lo anterior porque personas que a la postre resultaran jurídicamente distintas al afirmado padre no serían obligadas a responder por éste y por lo mismo no estarían señaladas por la ley como extremo pasivo de la reclamación discutida. Para dichas personas habría, por consiguiente, una ausencia absoluta de *Legitimatio ad causam*".

Ya en concreto y en relación con los hechos fundamentales de la demanda, acerca de que tanto Carlos como Lorenzo y Asisclo Herrera Moyano nacieran del matrimonio de Ricardo Herrera con Dolores Moyano, a fin de saber si en realidad se ha demostrado que entre sí tuviesen la condición de hermanos legítimos, el Tribunal analiza los elementos respectivos de juicio, y concluye así:

"Ni la prueba principal, ni la supletoria, ni en lugar de una u otra la constancia de haber sido declarada en otro proceso la calidad de hijo legítimo de don Carlos respecto al matrimonio Herrera-Moyano fue aportada por el actor a quien incumbía evidenciar los hechos sustentatorios de su acción.

"En su alegato de conclusión sostiene que 'la acción de filiación la puede contradecir el pariente sea o no heredero'.

"Para el caso *sub iudice,* conforme a lo visto, no está demostrado satisfactoriamente que el demandado sea heredero del señor Carlos Herrera en su condición de hermano legítimo. Y como consecuencia tampoco está establecida la simple condición de pariente, en términos de tomarla como base para entrar a estudiar el alcance legal de la tesis expuesta en la frase transcrita.

"De todo lo dicho se deduce que la demanda no puede prosperar respecto del apelante por no haberse legitimado la causa en su contra".

LA ACUSACION

Como con arraigo en la causal 1ª hay en la demanda cargo suficiente para decretar la casación del fallo recurrido, no es el caso de considerar las acusaciones restantes. (538 C. J.).

Se alega interpretación errónea de "los artículos 401, 402, 403 y 404 del Código Civil, en relación con el artículo de la Ley 45 de 1936 que dispuso aplicar aquellos a los juicios de filiación natural".

Aunque no acierta el recurrente al considerar que no es necesario dirigir la acción de filiación natural contra los herederos del padre premuerto, sino que basta cualquier interés jurídico para contradecirla, no sucede lo mismo cuando entiende que "hubo violación directa de los artículos de la Ley 45 de 1936, que reconocen el derecho a obtener la declaración de paternidad y los derechos herenciales consecuentes, artículos 4º a 22 de la misma, al darle el carácter de excepción perentoria definitiva, para absolver negando la declaración de filiación, a la simple falta de prueba de la calidad de heredero.

"Porque —agrega— si no aparece probada supletoriamente esa calidad de heredero, en hipótesis de rigurosa exégesis, entonces, si la ley exige para contradecir la acción esa prueba (también en hipótesis rigurosa), entonces el resultado sería la *ilegitimidad sustantiva de personería del demandado,* que es una simple excepción perentoria *temporal,* como su naturaleza y la lógica lo reclaman.

"Sencillamente no se puede pronunciar sentencia de fondo, cuando falta esa ligitimación".

Se considera:

1. Si la muerte es incapaz de extinguir la condición de hijo que alguien tenga con respecto al padre fallecido, habrá de subsistir la acción que permite declarar judicialmente la paternidad natural. Sólo que muerto ya el legítimo contradictor es imposible su presencia en juicio, y viene a ser indispensable que quienes como herederos ocupan su lugar jurídico sean citados a la controversia como continuadores de la persona difunta.

2. En principio, hay conjunción jurídica entre los coherederos para ocupar el puesto del padre difunto en los juicios de filiación natural. Es conveniente que todos ellos sean citados al proceso, pero no se requiere que todos y cada uno de los coherederos contradigan la acción. Llamados, sin omitir a ninguno, la sentencia aprovecha o perjudica a los coherederos por igual, aunque apenas uno solo se hubiera opuesto a la acción.

La estructura del proceso exige, entonces, que de autos aparezca la calidad de heredero, a fin de que el debate judicial se surta precisamente con quienes representan al difunto por voluntad de la ley, de manera que así llegue a formarse válidamente el vínculo jurídico procesal, desatable por sentencia de mérito.

3. En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero *iure proprio* sino *iure hereditario.*

Si el pretenso hijo natural ha de encaminar el procedimiento contra todos y cada uno de quienes por sucesión hereditaria están llamados al mismo lugar jurídico que el causante ocupara, no deja de ser notorio que si el heredero responde de la acción, no es porque personalmente la paternidad pueda serle atribuída, sino por la razón elemental de que en el juicio debe comparecer en lugar del difunto.

La ausencia de prueba de esa calidad impide el nacimiento de la relación jurídico procesal;

no existe por pasiva la capacidad para ser parte como presupuesto del pronunciamiento de fondo. Pero si el carácter de heredero está probado, no hay duda de que entonces, además de capacidad para ser parte, constituye condición de la acción, por aparecer ya dirigida precisamente contra quien la conceden las normas, como predicado de la legitimación pasiva en causa de filiación natural después de muerto el legítimo contradictor.

No es ciertamente lo mismo que el proceso demuestre que el llamado a juicio en realidad no ocupa como heredero el puesto del *de cuius* para afrontar el litigio de filiación natural pasivamente legitimado, o que apenas no se haya traído al proceso la prueba de su calidad de heredero. En el primer caso procede la absolución, mientras que en el segundo, fallo inhibitorio.

Así como es de ver también que acreditado el carácter de heredero, constituye tanto capacidad para ser parte, como condición de la acción, para la *legitimatio ad causam,* que permite condenar o absolver según lo alegado y probado, y fundar cosa juzgada material por sentencia definitiva. Sólo que si falta la demostración del carácter de heredero como presupuesto procesal, no hay lugar a considerarlo de ninguna otra manera, y menos como elemento de la acción para fallo de mérito. Con claridad procede en este evento la inhibitoria.

Es doctrina de la Corte, expuesta en casación del 21 de julio de 1959 (XCI, 2214, 50, 2ª).

4. El cargo está fundado por cuanto se dictara sentencia estimatoria frente a Lorenzo Herrera, en ausencia de prueba de la calidad de heredero del presunto padre natural premuerto. Ello precipita el fin del procedimiento, con violación de las normas que gobiernan la titularidad de la acción incoada.

MOTIVACION DE INSTANCIA

Aparte de las consideraciones que preceden, se observa que quienes como herederos de Asisclo Herrera fueron citados a la litis no contradijeron la acción, ni apelaron del fallo de primera instancia que declaró a los actores Saúl y Santos Rivera o Herrera hijos naturales de Carlos Herrera Moyano. De manera que por lo que atañe a la ejecutoria de la filiación natural declarada frente a los herederos de Asisclo Herrera, es el caso de sostenerla como ley de este proceso.

La sentencia para ellos se encuentra ejecutoriada, y lo está del mismo modo en lo favorable a los intereses del demandado Lorenzo Herrera, de acuerdo con el ámbito del recurso de alzada que interpuso.

Deben entonces mantenerse las decisiones del Juez del Circuito de Zipaquirá no alcanzadas por el recurso de apelación de Lorenzo Herrera, ni por el de casación, que tampoco es susceptible de pronunciamiento *in peius.*

Y si la capacidad para ser parte no se demostró para alguno de los demandados, la inhibitoria respectiva se predica, aunque la filiación se declare con efectos circunscritos a los otros en el campo de la relatividad de la cosa juzgada, que únicamente vincula a estos últimos.

En consecuencia: como no está probado el carácter de Lorenzo Herrera como heredero de Carlos Herrera en condición de hermano legítimo, procede en su respecto la inhibitoria, por falta del presupuesto de capacidad para ser parte.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 17 de febrero de 1958 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y reforma la de primera instancia para que obre en los siguientes términos:

1º Declárase que Saúl y Santos Rivera o Herrera son hijos naturales de Carlos Herrera Moyano y de Alejandrina Rivera;

2º Declárase que Saúl y Santos Rivera o Herrera son herederos universales de Carlos Herrera Moyano;

3º Declárase que Saúl y Santos Rivera o Herrera tienen derecho a que se les adjudiquen los bienes que forman la herencia de Carlos Herrera Moyano, sin perjuicio de terceros;

4º Estas tres declaraciones que anteceden no producen efecto alguno contra Lorenzo Herrera Moyano, con respecto a quien el presente fallo se abstiene de resolver de mérito.

5º No es el caso de acceder a las demás peticiones del libelo.

Sin costas ni en las instancias ni en casación.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava, José Hernández Arbeláez, Hernando Morales M., Conjuez; *Enrique J. González,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

USUFRUCTO

el usufructuario es mero tenedor frente al nudo propietario quien ejerce la posesión de la cosa por conducto de aquél.

Si bien es verdad que el usufructo constituye un derecho real cuya titularidad corresponde al usufrutuario (C. C., 665 y 670) y que éste puede promover acciones de índole posesoria en defensa del goce de su derecho (C. C., 978), no es menos cierto que dicho usufructuario no tiene calidad de dueño del bien o bienes sobre que recae el usufructo y que, en beneficio de la coexistencia de este derecho con el de nuda propiedad, la ley considera al mismo usufructuario como mero tenedor frente al nudo propietario y atribuye a éste la posesión de los bienes mencionados (C. C., 775 y 786). De manera que el nudo propietario es el poseedor de las cosas dadas en usufructo y ejerce esa posesión por conducto del usufructuario.

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

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

La Corte procede a decidir el doble recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia de dos de diciembre de 1959, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio ordinario de Mercedes Ruiz viuda de Herrera contra Ana María Gaviria viuda de Uribe, doctor Antonio José Uribe Portocarrero y otros.

ANTECEDENTES:

1. El nueve de marzo de 1889 el señor Alejandro Gaviria Correa presentó al Notario Segundo de Bogotá un sobre cerrado que decía contener su testamento.

2. El señor Gaviria falleció en esta misma ciudad el 29 de septiembre de 1890.

3. Cumplidas las diligencias de apertura y publicación del testamento aludido, fue éste protocolizado por la Escritura número 2044, extendida en la misma Notaría Segunda el nueve de diciembre de 1890.

4. El señor Gaviria hizo en su memoria varias declaraciones, entre ellas las siguientes: "Item, declaro que no teniendo ascendientes ni descendientes, no tengo herederos forzosos y por consiguiente, pudiendo disponer libremente de mis bienes, lo hago en la forma siguiente: primeramente mando y ordeno que mis bienes se realicen de la manera como mis albaceas estimen conveniente y que una vez realizados, del valor total de ellos se hagan tres partes iguales: con una de dichas partes se comprará, como mis albaceas dispongan, una casa en la ciudad de Medellín, cuyo usufructo es mi voluntad dejar a favor de mis tres sobrinas Teresa, Josefa y Amalia Uribes Gavirias (sic), hijas legítimas de mi finada hermana Isabel Gaviria de Uribe y del señor José María Uribe Naranjo. Mis prenombradas sobrinas tendrán derecho al uso de habitación (sic) o a percibir los frutos de la casa, siempre que a mi fallecimiento se encuentren solteras y mientras permanezcan en dicho estado de soltería, pues en caso de matrimonio o muerte de cualquiera de ellas, los derechos conferidos pasarán a la que permanezca soltera, y casadas o muertas todas tres, la casa pasará a ser propiedad de mis sobrinas solteras, hijas del señor José María Arango y de mi finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango, y de mis sobrinas solteras hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa la señora Arango, y de mis hermanas María Luisa y Adelina Gaviria; mas este derecho no se extenderá a las

herederas últimamente nombradas, pues por muerte de ellas esta porción acrecerá la de mis sobrinas que he mencionado en esta cláusula. La otra tercera parte se dividirá en partes iguales entre mis dos hermanas María Luisa y Adelina Gavirias (sic), mis sobrinas solteras, hijas del señor José María Arango y de mi finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango, y mis sobrinas solteras, hijas de mi hermano Lázaro María Gaviria y de su segunda esposa, la señora Arango".

5. Como albaceas fueron designados y actuaron en la sucesión los señores Diego Madero y doctor Federico Patiño.

6. Seguido y fenecido el juicio mortuorio del extinto señor Gaviria Correa, fue luego protocolizado por la Escritura número 515, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá el 19 de agosto de 1893.

7. En el acta de la partición de los bienes relictos se lee lo siguiente:

A) Que mediante hijuela formada a favor de los albaceas, se entregó a éstos, en dinero y en mercancía, la suma de $ 15.419.72½, equivalente a la tercera parte líquida de esos bienes, con esta destinación: "Para cubrir el valor a que asciende la tercera cuota parte del capital que debe invertirse por los señores albaceas en la compra de una casa en la ciudad de Medellín, según la voluntad del testador, la cual deben usufructuar las tres sobrinas solteras del testador, llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, durante la vida de éstas y mientras permanezcan solteras, debiendo acrecer la parte del usufructo que le corresponda aquella de ellas (sic) que se case o se muera a las otras dos o a la que viva permaneciendo en estado de celibato, debiendo pasar la nuda propiedad de la referida finca, por matrimonio o muerte de todas las usufructuarias, a las sobrinas solteras del testador, hijas de José María Arango, de Lázaro María Gaviria y a las dos hermanas del testador, María Luisa y Adelina Gaviria, acreciendo la porción que corresponde a cada una de estas dos últimas por razón de muerte de las mismas, a las otras personas y sobrinas ya mencionadas".

B) Que el apoderado de las interesadas María Luisa, Adelina y Ana María Gaviria solicitó que se aclarara la misma partición en el sentido de que a esta última, como hija de Lázaro María Gaviria, le correspondía una cuarta parte de la casa que habría de adquirirse en la ciudad de Medellín.

C) Que el Juez acogió la petición anterior y ordenó al partidor hacer la aclaración correspondiente, y que el mismo partidor, en acatamiento a esa orden, expresó: "Y en cumplimiento del referido auto, se adiciona la partición en lo relativo a este legado, tanto en lo que dice relación a la distribución del capital, como a la hijuela de quince mil cuatrocientos diez y nueve pesos setenta y dos y medio centavos, destinada a la compra de la referida casa, con la aclaración expresa y terminante que consigno aquí de que por matrimonio o muerte de las tres sobrinas del testador, llamadas Teresa, Josefa y Amalia Uribe, la casa en referencia pasará a ser de propiedad de las hermanas y sobrinas del testador, como queda expresado, distribuyéndose en cuatro partes iguales así: una para María Luisa Gaviria, otra para Adelina Gaviria, hermana del testador, otra para la sobrina del testador Ana María Gaviria Arango y otra para las sobrinas solteras del testador, hijas de José María Arango, llamadas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, con la restricción de que habla el testador de que por muerte de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, las porciones de éstas acrecerán proporcionalmente a cada una de las otras porciones aquí determinadas, dividiéndola en dos partes iguales, una para cada una de las porciones mencionadas. Queda reemplazada con esta aclaratoria la parte respectiva de mi cuenta en lo tocante a la adjudicación que se hace de este legado".

D) Que, una vez hecha esta aclaración, se aprobó el trabajo de partición por sentencia de tres de junio de 1893 y se llevó al protocolo el expediente de la sucesión.

8. Por la Escritura número 530, corrida en la Notaría Tercera de Bogotá el 25 de agosto de 1893, los señores doctor Federico Patiño y Diego Madero, obrando como albaceas de la sucesión del nombrado Alejandro Gaviria y después de recordar la cláusula testamentaria transcrita, lo resuelto por el Juez de la mortuoria sobre la aclaración solicitada y la misma aclaración hecha por el partidor, dijeron: "Cuarto. Que no siéndoles posible a los otorgantes trasladarse personalmente a Medellín para comprar la casa materia de la mencionada asignación, han determinado conferir poder con tal objeto a una persona conocidamente honorable y de responsabilidad, de aquella ciudad. Quinto. Que en tal virtud los otorgantes en su carácter de albaceas testamentarios del finado señor Alejandro Gaviria, confieren poder especial al señor doctor Fernando Vélez, vecino de la ciudad de Medellín y residente allí mismo y mayor de edad, para que, obrando en nombre de los otorgantes,

proceda a dar cumplimiento a la cláusula del testamento del señor Alejandro Gaviria, que atrás queda transcrita, comprando al efecto una casa situada en la misma ciudad de Medellín, cuyo valor sea de quince mil cuatrocientos diez y nueve pesos setenta y dos centavos y medio, que es la suma líquida asignada para este efecto en la partición de acuerdo con la misma cláusula y destinándola al objeto indicado por el testador, para lo cual se harán en la misma escritura respectiva las declaraciones e indicaciones necesarias para que los derechos de los asignatarios queden perfectamente determinados de acuerdo con la voluntad del testador y con la aclaración hecha por el Juzgado y reproducida en la partición, en el párrafo de ella anteriormente copiado... Finalmente autorizan al señor doctor Vélez para que en el desempeño de este mandato practique cuantas diligencias sean necesarias, de manera que quede debidamente cumplida la voluntad del testador consignada en la cláusula atrás mencionada, pudiendo hacer cuanto los otorgantes hubieran de hacer en aquel sentido en vista de las facultades que tienen con arreglo a la ley y a la voluntad del testador".

9. Por la Escritura número 1445, pasada ante el Notario Primero de Medellín el seis de octubre de 1893, el doctor Fernando Vélez, actuando como mandatario de los albaceas expresados, compró a las señoritas Mercedes, María Cecilia y Elvira Tamayo un solar con casa de habitación situado en la Plazuela de San Roque, hoy Plazuela Uribe Uribe, dentro del área urbana de la misma ciudad de Medellín, y consignó estas declaraciones: "Primero. Que constituye en usufructo el inmueble comprado con todas sus anexidades, entre las cuales se cuenta una paja de agua. Segundo. Que tal usufructo es en favor de las señoritas Teresa y Amalia Uribe Gaviria. No se constituye el usufructo en pro de la señora Josefa Uribe Gaviria por haber contraído ésta matrimonio con el señor Alejandro Barrientos después de la muerte del señor Alejandro Gaviria y antes de la fecha en que se extiende esta escritura. Tercero. Las usufructuarias, señoritas Teresa y Amalia Uribe G., gozarán del usufructo por iguales partes, con derecho de acrecer, pues por matrimonio o muerte de una de ellas pasará a la otra su cuota en el usufructo y quedará ésta disfrutando de la totalidad. Cuarto. El usufructo durará por toda la vida de las usufructuarias siempre que permanezcan solteras. Una vez que ocurra el matrimonio o la muerte de ambas y que por lo mismo no haya lugar a acrecer, se extinguirá el usufructo y se consolidará éste con la nuda propiedad. Quinto. Instituyo nudas propietarias, es decir, personas con derecho a la nuda propiedad, mientras subsista el usufructo y con derecho a la propiedad plena cuando éste se extinga, a las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, hijas legítimas de don José María Arango y doña Gertrudis Gaviria de A.; a la señorita Ana María Arango (sic), hija legítima de los señores Lázaro Gaviria y Angelina Arango; y a las señoras María Luisa y Adelina Gaviria. Sexto. Consolidado el usufructo con la nuda propiedad, o sea, reuniéndose el dominio pleno del inmueble citado en las personas que acaban de indicarse, éstas quedarán dueñas de la finca por cuartas indivisas, así: una cuarta parte para las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G.; otra cuarta parte para la señorita Ana María Gaviria Arango; otra cuarta parte para doña Adelina Gaviria; y la otra cuarta parte restante para doña María Luisa Gaviria. Séptimo. Sin embargo, de lo dispuesto en las cláusulas quinta y sexta de esta escritura, por muerte de las señoras Adelina y María Luisa Gaviria no pasarán sus cuotas de cuarta parte a los herederos de éstas, sino que acrecerán a la de las señoritas Rosa, Paulina y Pastora Arango G., y a la de la señorita Ana María Gaviria Arango, dividiéndose por mitad así: una mitad para las tres primeras (Rosa, Paulina y Pastora Arango), y la otra mitad para la última de aquéllas (Ana María Gaviria A.)".

10. Las usufructuarias Amalia y María Teresa Uribe Gaviria fallecieron la primera el 25 de julio de 1937 y la segunda el 31 de diciembre de 1942.

11. Las nudas propietarias María Luisa y Adelina Gaviria murieron el primero de septiembre de 1905 y el once de febrero de 1906, respectivamente.

12. La nuda propietaria Pastora Arango Gaviria contrajo matrimonio con el señor Blas Emilio Díaz el primero de septiembre de 1892.

13. La nuda propietaria Ana María Arango Gaviria se casó con el doctor Juan de Dios Uribe Gómez el siete de noviembre de 1914.

14. Por la Escritura número 2205, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín el 26 de octubre de 1893, las nudas propietarias Rosa y Paulina Arango Gaviria vendieron al doctor Antonio José Uribe Gaviria el derecho que por causa de la muerte del señor Alejandro Gaviria les correspondía en el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, de la misma ciudad de Medellín. "Lo que cada una vende —reza este instrumento— es una tercera de la cuarta parte de la finca",

y añade más adelante: "Las otorgantes agregan: que lo que venden es la nuda propiedad que tienen sobre la finca expresada, sin incluír en la venta el derecho que tienen de acrecer, conforme al testamento del expresado señor Alejandro Gaviria".

15. Por la Escritura número 2461, corrida en la misma Notaría Segunda de Medellín el 23 de noviembre de 1893, la señora Pastora Arango Gaviria, casada con el señor Blas Emilio Díaz y obrando con autorización de éste y con licencia judicial, le vendió al citado doctor Antonio José Uribe Gaviria el derecho que por muerte del señor Alejandro Gaviria tenía en el referido inmueble de la Plazuela Uribe Uribe. "Lo que vende —dice la Escritura— es una tercera de la cuarta parte de la finca", y expresa luego: "La otorgante agrega: que lo que vende es la nuda propiedad que tiene sobre la finca expresada sin incluír en la venta el derecho que tiene de acrecer, conforme al testamento del expresado señor Alejandro Gaviria".

16. Por la Escritura número 1851, extendida en la Notaría Primera de Medellín el cinco de septiembre de 1902, los cónyuges Blas Emilio Díaz y Pastora Arango de Díaz, provistos de licencia judicial, vendieron al señor Juan Bautista Herrera todos los derechos que a la señora Arango le correspondían como nuda propietaria o que pudieran corresponderle por acrecimiento sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe.

17. Por la Escritura número 273, pasada ante el Notario Segundo de Medellín el 13 de marzo de 1903, las nombradas señoritas Rosa y Paulina Arango y el señor Juan B. Herrera expresaron: "Primero. Que los comparecientes saben, por haberla leído cuidadosamente, cuál es el contenido, en su objeto especial y en sus disposiciones particulares, de la escritura número mil cuatrocientos cuarenta y cinco (1445), de seis (6) de octubre de mil ochocientos noventa y tres (1893), otorgada en la Notaría primera de este Circuito, por la cual las señoritas Mercedes, María Cecilia y Elvira Tamayo le vendieron una finca al doctor Fernando Vélez, mandatario de los señores doctor Federico Patiño y Diego Madero, albaceas del señor Alejandro Gaviria, para constituír, como constituyó, un usufructo sobre esa finca. Segundo. Que teniendo en cuenta el tenor del citado instrumento, las dos otorgantes Arangos le han vendido al otorgante Herrera todo derecho de acrecer que para ellas surja de la referida escritura, en cualquier caso en que el acrecimiento pueda efectuarse".

18. La nuda propietaria Rosa Arango Gaviria falleció el 15 de mayo de 1933.

19. La otra nuda propietaria Paulina Arango Gaviria murió el nueve de octubre de 1943.

20. El señor Juan Bautista Herrera también murió el 12 de octubre de 1930.

21. El ocho de marzo de 1942 falleció el doctor Antonio José Uribe Gaviria, y en su juicio mortuorio se adjudicaron por quintas partes a sus hijos Antonio José, María Isabel, Clara, Margarita y Clemencia Uribe Portocarrero los derechos que dicho causante tenía sobre el solar y casa de la Plazuela Uribe Uribe, derechos que había adquirido por compras hechas a Rosa, Paulina y Pastora Arango por las Escrituras números 2205 y 2461, otorgadas ambas en la Notaría Segunda de Medellín el 26 de octubre y el 23 de noviembre de 1893. Más tarde, por la Escritura número 3999, corrida en la Notaría Cuarta de Bogotá el ocho de agosto de 1946, las señoras María Isabel, Clara, Margarita y Clemencia Uribe Portocarrero vendieron al doctor Antonio José Uribe Portocarrero los derechos que sobre el inmueble en referencia se les habían adjudicado en la sucesión de su padre, doctor Antonio José Uribe Gaviria.

22. De acuerdo con los antecedentes narrados se tiene:

A) Que al fallecer la última usufructuaria, señorita María Teresa Uribe Gaviria, el 31 de diciembre de 1942, se consolidó el usufructo con la nuda propiedad.

B) Que al producirse esa consolidación habían ya fallecido las nudas propietarias María Luisa y Adelina Gaviria y que sus derechos acrecieron a los de las otras nudas propietarias, así: un derecho de cuarta parte para la nuda propietaria Ana María Gaviria de Uribe y el otro derecho también de cuarta parte para las otras nudas propietarias Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria.

C) Que de este modo la señora Ana María Gaviria viuda de Uribe vino a ser dueña de la mitad del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe.

D) Que la otra mitad del mismo bien corresponde a los sucesores de las señoras Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria.

E) Que el doctor Antonio José Uribe Portocarrero adquirió y es dueño de los derechos que su padre, doctor Antonio José Uribe Gaviria compró a las nudas propietarias Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria, derechos consistentes en la cuarta parte de la nuda propiedad que

éstas tenían en conjunto, al tiempo de las ventas que hicieron, sobre el mismo inmueble de la Plazuela Uribe Uribe.

F) Que corresponden a la sucesión del señor Juan Bautista Herrera los derechos que éste compró a las mismas Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria por las Escrituras números 1851 y 273, otorgadas la primera el cinco de septiembre de 1902 y la segunda el 13 de marzo de 1903, derechos consistentes en la cuarta parte de la nuda propiedad que las vendedoras adquirieron por acrecimiento sobre el inmueble en referencia.

EL LITIGIO

El seis de junio de 1947 la señora Mercedes Ruiz viuda de Herrera, hablando en nombre de la sociedad conyugal que tuvo formada con el señor Juan Bautista Herrera y de la sucesión de éste, demandó ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín a los señores Ana María Gaviria viuda de Uribe, Isabel Gaviria de Arango, Raquel Gaviria de Moreno, Inés Gaviria de Restrepo, Antonio José, Clemencia, Clara, María Isabel y Margarita Uribe Portocarrero y Clementina Portocarrero v. de Uribe para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así:

1ª Que de acuerdo con las voces y el contenido del testamento otorgado en 1889 por el señor Alejandro Gaviria, "la voluntad del testador prima sobre cualquiera (sic) otras interpretaciones que los albaceas testamentarios, el Juez de la causa mortuoria, el partidor de los bienes de la sucesión o cualquiera otra persona le hayan o le hubieren dado en sentido contrario" a la cláusula relativa al usufructo constituído en favor de Teresa, Josefa y Amalia Uribe.

2ª Que al disponer el testador que, una vez expirado el usufructo aludido, la casa pasaría a ser de propiedad de sus sobrinas solteras, debe entenderse que su voluntad fue la de favorecer a las sobrinas que a la extinción de dicho usufructo se encontrasen solteras.

3ª Que, como consecuencia de la declaración anterior, debe entenderse que, al disponer el testador que la casa pasaría a ser de propiedad de las sobrinas suyas que se encontrasen solteras al extinguirse el usufructo, su voluntad fue la de excluír a las sobrinas que estuvieran entonces casadas o que hubiesen contraído matrimonio durante la existencia de dicho usufructo.

4ª Que el testador, después de establecer un usufructo a favor de sus sobrinas Teresa, Josefa y Amalia Uribe sobre la casa que habría de comprarse, constituyó la misma propiedad en fideicomiso en beneficio de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria y de sus expresadas sobrinas solteras, a quienes instituyó fideicomisarias con derecho a recibir la propiedad al extinguirse el usufructo.

5ª Que el testador destinó la casa para que pasara a sus sobrinas solteras y a sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, como coasignatarias conjuntas, de tal modo que la persona colectiva formada por todas ellas no se entenderá faltar sino cuando falten todas, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1206, 1208 y 1209 del Código Civil.

6ª "Que habiendo contraído matrimonio la señora Pastora Arango Gaviria con el señor Blas Emilio Díaz el primero de septiembre de 1892, es decir, mucho tiempo antes de la terminación del usufructo y aun de la terminación de la causa mortuoria de don Alejandro Gaviria, los derechos o la expectativa de derecho que ésta tenía como sobrina soltera del testador, hija de su finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango, extinguió (sic) para ella y acreció en favor de sus hermanas solteras Rosa y Paulina Arango Gaviria".

7ª "Que habiendo muerto la señorita Rosa Arango Gaviria el día 16 (sic) de mayo de 1933, antes de la muerte de la última usufructuaria, señorita Teresa Uribe Gaviria, quien murió a la edad de noventa y dos (92) años, el día 31 de diciembre de 1942, día en que debería pasar la casa a ser de propiedad de las fideicomisarias, los derechos o la expectativa de derecho que tenía Rosa Arango Gaviria, como sobrina soltera del testador, hija de su finada hermana Gertrudis Gaviria de Arango, se extinguió para ella y acreció en favor de su hermana soltera Paulina Arango Gaviria".

8ª Que, habiendo contraído matrimonio las señoritas Ana María, Isabel, Inés y Raquel Gaviria Arango antes de la muerte de la última usufructuaria, señorita Teresa Uribe Gaviria, acaecida el 31 de diciembre de 1942, "los derechos de la expectativa de derecho (sic) que aquéllas tenían se extinguió para ellas en virtud de dichos matrimonios y acrecieron en favor de la señorita Paulina Arango Gaviria única de las sobrinas del testador que se encontraba soltera a la terminación del usufructo y, por tanto, la única que tenía derecho como fideicomisaria a recibir la propiedad de la casa constituída en usufructo, derecho que hoy corresponde a sus causahabientes".

9ª "Que los señores doctor Antonio José Uribe y Juan B. Herrera, como causahabientes de los derechos de la señorita Paulina Gaviria, representados por sus cónyuges y herederos mencionados en el cuerpo de esta demanda, son en la actualidad dueños exclusivos a quienes corresponde la propiedad o dominio de la totalidad de la casa constituída en usufructo por el testador, señor Alejandro Gaviria Correa, en virtud de los contratos de compraventa de que tratan las Escrituras números 2205, de 26 de octubre de 1893, y Número 273, de 3 de marzo de 1903, de la Notaría 2ª de este Circuito, respectivamente, en la siguiente proporción: un derecho de tercera de cuarta parte, o sea una doceava parte para la cónyuge y herederos del doctor Antonio J. Uribe, correspondiente a derecho de nuda propiedad de la vendedora, y once doceavas partes para la cónyuge sobreviviente y herederos del señor Juan B. Herrera, correspondiente al derecho de acrecer que tenía la misma vendedora, ya en virtud de la disposición testamentaria, ya por ministerio de la ley".

10ª "Que los demandados están en la obligación de restituír a la sociedad conyugal disuelta, pero ilíquida, y a la sucesión ilíquida del señor Juan B. Herrera, formada por la suscrita cónyuge sobreviviente e interesada en la sucesión y por sus herederos mencionados en el numeral vigésimosexto, dentro del término de tres días a contar de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, las once doceavas partes del referido inmueble, junto con todos los frutos materiales y civiles percibidos, o que la mencionada sociedad conyugal disuelta y la sucesión del señor Juan B. Herrera, ilíquidas, representadas por la suscrita, sus herederos e interesados, hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el inmueble en su poder, restitución de los frutos que debe comprender todo el período de la retención hasta la total devolución de ellas".

En número de veintiséis se exponen los hechos de la demanda, muchos de los cuales corresponden a varios de los antecedentes ya relatados, otros consisten en razones de orden jurídico y otros que conviene anotar en resumen, tales como los siguientes:

a) Al expresar el testador que dejaba la casa a sus sobrinas solteras, hijas de sus hermanos Gertrudis y Lázaro María Gaviria, debe entenderse que todas esas sobrinas eran coasignatarias conjuntas y formaban un solo grupo para el efecto del acrecimiento legal, y lo mismo se entiende en relación con sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria (hecho noveno).

b) El testador no dividió entre sus referidas hermanas y sobrinas solteras el inmueble que habría de comprarse, sino que les asignó en conjunto la totalidad de éste, de manera que el partidor de la herencia al adjudicar arbitrariamente en cuotas la propiedad, antes de adquirir la casa, violó la voluntad del testador, razón por la cual es nula esa distribución (hecho décimo).

c) También el doctor Fernando Vélez, al otorgar la Escritura número 1445, de seis de octubre de 1893, violó la voluntad del mismo testador al asignarles a las sobrinas de éste "la nuda propiedad de la casa comprada, lo mismo que a sus hermanas, distribuyéndola en cuatro partes, ya que éste no hizo tal institución en su testamento, sino que simplemente se limitó a decir a quiénes pasaría la propiedad del inmueble a la terminación del usufructo, esto es, dispuso para el futuro, por cuya razón las sobrinas y hermanas del testador no tenían cuando se defirió la herencia un derecho sobre la casa, lo que se llama un *jus in re,* sino un derecho a la cosa, o sea un *jus ad rem,* o sea una mera expectativa, cuya realización dependía del cumplimiento de una condición: la de encontrarse solteras a la terminación del usufructo (art. 820 del C. C.)" (hecho undécimo).

d) "El hecho de que el testador dejara la propiedad de la casa una vez terminado el usufructo, no simplemente a sus sobrinas, sino a las solteras, y no hubiera dispuesto lo mismo respecto de sus hermanas María Luisa y Adelina, que también eran solteras, está indicando claramente que la condición de soltería no se refería al tiempo presente, ni que les impusiera la condición de permanecer en este estado para poder recibir la herencia, porque para eso era necesario que las designara por sus nombres de pila. Quería decir, simplemente, que su intención fue la de favorecer a sus sobrinas que a la terminación del usufructo estuviesen solteras, como consecuencia lógica y natural, ya que las mujeres solteras estarían más necesitadas y serían más dignas de apoyo económicamente que las casadas, pues es de suponer fundadamente que estas últimas tendrían siempre el apoyo de sus esposos" (hecho décimotercero).

e) El doctor Fernando Vélez, sin un estudio detenido de la voluntad del testador, incurrió en los siguientes errores que vician de nulidad las disposiciones consignadas en la Escritura número 1445:

Primero. Instituyó nuda propietaria a Pastora Arango Gaviria, no obstante estar ya casada

con el señor Blas Emilio Díaz desde el primero de septiembre de 1892.

Segundo. Instituyó nuda propietaria a una sola de las hijas del señor Lázaro María Gaviria, no obstante que el testador habla en plural de sus sobrinas solteras, hijas de este hermano suyo, desconociendo así el derecho de las demás hijas de dicho señor.

Tercero. Dividió la nuda propiedad en cuatro grupos, tomando a las hermanas del testador por dos grupos, sin embargo, de que todas las asignatarias constituían copulativamente un solo grupo.

Cuarto. Instituyó nudas propietarias a personas determinadas, designándolas por sus nombres y apellidos, a pesar de que la voluntad del testador fue la de constituír un usufructo en beneficio de sus tres sobrinas Teresa, Josefa y Amalia Uribe Gaviria, y un fideicomiso en favor de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria y de las sobrinas suyas, hijas de sus hermanos Gertrudis y Lázaro Gaviria, que estuviesen solteras a la terminación del usufructo, hecho décimocuarto).

f) El 31 de diciembre de 1942, día en que se extinguió el usufructo por el fallecimiento de la última usufructuaria Teresa Uribe Gaviria, la única sobrina soltera del testador era la señorita Paulina Arango Gaviria y por tanto ésta era también la sola asignataria que reunía las condiciones requeridas para recibir la propiedad que se había dejado en fideicomiso.

g) "Siendo la señorita Paulina Arango Gaviria la única sobrina del testador que a la terminación del usufructo se encontraba soltera y habiendo muerto antes las hermanas del testador, señoritas María Luisa y Adelina Gaviria, la primera en 1905 y la segunda en el año de 1906, es evidente que de acuerdo con la voluntad del testador la señorita Paulina Arango Gaviria fue la única que pudo válida y legalmente concurrir, una vez extinguido el usufructo, a recibir la propiedad de la casa, por haberse consolidado en ella todas las expectativas y derechos que las otras fideicomisarias tenían, debido al acrecimiento tanto legal como testamentario, derechos que hoy corresponden a los señores doctor Antonio José Uribe y Juan B. Herrera, representados por sus herederos, en la proporción de una doceava parte para el primero y once doceavas partes para el segundo, en virtud de las ventas de que tratan las Escrituras número 2205 de 26 de octubre de 1893 y número 273 de 3 de marzo de 1903, de la Notaría Segunda de este Circuito, respectivamente", (hecho vigésimocuarto).

Varios de los demandados contestaron la demanda y en sus respuestas admitieron unos hechos, negaron otros y se opusieron a las pretensiones de la parte actora. La demandada Ana María Gaviria viuda de Uribe expresó en su contestación que ella era la única hija viva y soltera de Lázaro María Gaviria a la muerte del testador, que por ello se le hizo la adjudicación que figura en la partición de la mortuoria del difunto Alejandro Gaviria, que la soltería no era condición necesaria para recibir la asignación, que es dueña y poseedora de la mitad del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe conforme a la adjudicación que se le hizo por don Fernando Vélez, que no acepta el acrecimiento de que habla la demanda porque con él se le desconocen sus derechos, que se opone a las declaraciones solicitadas y que propone la excepción de prescripción. El procurador de la misma señora Gaviria de Uribe reiteró más tarde esta excepción, así: "En la hipótesis de que las glosas de la demanda a la labor del doctor Vélez pudieran generar una nulidad y de que la interpretación del apoderado de la demandante fuera un fideicomiso o un fideicomiso con usufructo, la prescripción alegada en la contestacióón de la demanda y reiterada ahora por el suscrito, expurgó los vicios alegados y dejó en firme la situación actual de mi mandante, dueña y poseedora de la mitad del bien de la Plazuela de San Roque".

La primera instancia del negocio concluyó con el fallo de 18 de febrero de 1959, en el cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados y se condenó en costas a la parte actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por apelación de la misma parte demandante se surtió la segunda instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pronunció la sentencia de dos de diciembre de 1959, en la cual se resolvió:

"1º La sucesión del señor Juan B. Herrera, representada por su cónyuge, señora Mercedes Ruiz, y sus hijos Hernando, Horacio, Heloísa, Honorio, Helena, Hugo, Hemel, Héctor, Enriqueta (Kety) y Hermelinda Herrera Ruiz, y la sociedad conyugal constituída por el matrimonio de dicha señora con el finado Juan B. Herrera, son dueñas de una cuota de dos sextas partes en el siguiente inmueble, situado en la ciudad de Medellín, que linda: 'Por el frente que da el Sur, con la Plazuela de San Roque

(hoy Plazuela Uribe Uribe), o sea con la calle de Pichincha; por el Oriente, con la calle de Junín (hoy carrera Junín); por el Norte, con casa del señor Alejandro Posada, y por el Occidente, con casa y corral del doctor Andrés Posada Arango'.

"2º Los demandados, señores Ana Gaviria de Uribe y Antonio José Uribe Portocarrero, están obligados a entregar a las mismas entidades representadas por el cónyuge y por sus herederos, las dos sextas partes del referido inmueble junto con los frutos naturales y civiles percibidos, y no sólo los percibidos sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando el derecho en su poder, a partir de las fechas de contestación y notificación de la demanda, respectivamente.

"3º Para la liquidación de frutos a que haya lugar se seguirá la tramitación señalada en el artículo 553 del Código Judicial.

"4º Absuélvese a los demás demandados de los cargos de la demanda.

"5º Sin condenación en costas, salvo las causadas a los demandados absueltos, que son de cargo de la parte demandante.

"6º No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda.

"Así queda reemplazada la sentencia apelada de que se ha hecho mención, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

"Sin costas en esta segunda instancia".

El fallo expresa que no es admisible la tesis de la parte demandante sobre que el testador Alejandro Gaviria impuso a sus sobrinas la condición de permanecer solteras para poder obtener la restitución del fideicomiso, porque esa condición debería tenerse por no escrita de acuerdo con lo establecido por el artículo 12 de la Ley 95 de 1890, y que por tanto, para hallarle una solución al problema de autos, lo mismo da interpretar la cláusula testamentaria como constitutiva de un usufructo o de un fideicomiso, ya que esa solución no sufriría variación en ninguno de estos casos. No acepta, pues, la sentencia que el testador hubiera impuesto a sus sobrinas la condición de celibato y agrega que la única condición admisible fue la de existir al momento de la restitución del fideicomiso. "Sentado lo anterior —dice el mismo fallo— se impone la deducción de que las sobrinas del causante que vendieron sus derechos sobre la nuda propiedad o acrecimiento, podían transmitir válidamente aun cuando en el momento de las enajenaciones tuvieran meras expectativas, ya que al nacer el derecho por la llegada del momento de la restitución, adquirieron eficacia y vida jurídica las enajenaciones, sin que valga la objeción de que sólo eran transferibles los derechos vendidos por las sobrinas del causante que estuvieran solteras el 31 de diciembre de 1942, fecha de la restitución por el fallecimiento de la señorita Teresa Uribe Gaviria, que era la única de las usufructuarias.

"Por consiguiente, si se acoge la tesis de que se configuró un usufructo o un fideicomiso, se llega siempre al mismo resultado, en relación con los derechos que adquirió el señor Juan B. Herrera, hoy sus herederos, a saber: dos doceavas por derecho de acrecimiento adquirido por compra a la señora Pastora Arango y otras dos doceavas que adquirió el señor Herrera por compra a Paulina Arango, que ésta obtuvo por derecho de acrecimiento. Así se desprende del tenor de las escrituras que obran en el juicio, que son la número 273 de 13 de marzo de 1903 y la número 1851 de 5 de septiembre de 1902, de las Notarías 1ª y 2ª de Medellín, respectivamente, ya que de otro lado es oportuna la observación de que al vender la asignataria Pastora Arango por Escritura número 1851, de 5 de septiembre de 1902, ya citada, todos sus derechos al señor Herrera, salía enajenando un derecho de doceava parte que había vendido al doctor Antonio José Uribe por Escritura número 2461, de 23 de noviembre de 1893, de la Notaría 2ª de Medellín".

De este modo la sentencia acoge el concepto ya expuesto por el Juzgador de primer grado, consistente en que Juan Bautista Herrera adquirió dos sextas partes del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, y estima que debe hacerse el reconocimiento de esos dos derechos, no obstante la solicitud inicial sobre once doceavas partes. El mismo fallo encuentra demostrada la posesión que sobre el inmueble aludido ejercen los demandados Ana María Gaviria v. de Uribe y doctor Antonio José Uribe Portocarrero, y añade: "De modo que la acción reivindicatoria aparece bien dirigida solamente en lo que a las dos personas mencionadas se refiere, y en consecuencia, en lo que concierne a los otros demandados, lo procedente es la absolución por cuanto no tienen la posesión material, ni siquiera ostentan el carácter de comuneros".

Acerca de la excepción de prescripción dice el fallo: "La señora Ana Gaviria de Uribe propuso al contestar la demanda la excepción de prescripción, y fue alegada por su apoderado en forma reiterada. A propósito es preciso observar que de los autos resulta que la señora Gaviria de Uribe, como ella lo ha sostenido, es dueña de

la mitad del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe y que el derecho de dos sextas que por la presente decisión se ha de reconocer a favor de los demandantes, es un derecho distinto a la cuota de la mitad que ella posee en el bien, de que se sigue que no se presenta la oportunidad de examinar la procedencia de la excepción propuesta, por cuanto así las cosas, el derecho de dominio que se declara en favor de los actores se viene a reconocer sin perjuicio de la cuota de mitad que la opositora representa en el bien a la cual se llama a derecho".

Finalmente, la sentencia encuentra probada la identidad del inmueble que es materia de este juicio y establecida la acción reivindicatoria, aunque restringida a la cuota de dos sextas partes, así como también demostrada la personería de la parte demandante.

ACUSACION DEL DEMANDANTE

La parte actora formula en casación los tres siguientes cargos contra la sentencia de segundo grado:

Primer cargo. Lo enuncia así el impugnante: "La sentencia en el juicio ordinario a que se refiere el recurso es violatoria de la ley sustantiva, como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas, lo que llevó al fallador de segundo grado a cometer error de hecho, que aparece en los autos en forma manifiesta y evidente... Ese error de hecho condujo al fallador a violar la ley sustantiva en forma indirecta al haber aplicado indebidamente los artículos 793, 794, 797, 799, 800, 801, 803, 820, 822, 823, 824, 825, 829, 831, 839, 865, 946, 947, 948, 949, 950, 952, 1.008, 1.009, 1.010, 1.013, inciso 2º, 1.019, 1.113, 1.116, 1.121, 1.127, 1.128, 1.136, 1.137, 1.206 a 1.213, y artículo 12 de la Ley 95 de 1890, 1.602, 1.603, 1.618 y 1.621 del Código Civil".

Segundo cargo. Figura expuesto así: "La sentencia en el juicio a que se refiere el recurso es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea de los artículos 793, 794, 797, 799, 800, 801, 803, 820, 822, 823, 831, 829, 824, 825, 839, 865, 946, 947, 948, 949, 950, 952, 1.008, 1.009, 1.010, 1.013, inciso 2º, 1.116, 1.121, 1.127, 1.128, 1.132, 1.136, 1.137, 1.206 a 1.213, artículo 12 de la Ley 95 de 1890, 1.602, 1.603, 1.618 y 1.621 del Código Civil, lo cual se presenta con el carácter de subsidiario al cargo anterior y para el evento de que la honorable Corte Suprema de Justicia llegase a considerar que la sentencia no debe casarse por error de hecho que se produjo por errónea apreciación de unas pruebas a través de lo cual se infringió la ley sustantiva por aplicación indebida de las mismas disposiciones, sino por interpretación errónea de ellas".

Tercer cargo. Consiste en la violación directa de los mismos preceptos antes citados por falta de aplicación al caso de este pleito.

ACUSACION DE LA PARTE DEMANDADA

Por su lado el personero de la demandada Ana María Gaviria v. de Uribe dirige contra la misma sentencia cuatro cargos así:

Primer cargo. Violación directa por falta de aplicación de los artículos 2.512, 2.513, 2.518, 2.521, 2.527, 2.528, 2.529, 2.531, 2.532, 2.533 y 2.535 del Código Civil, 328, 329, 341 y 342 del Código Judicial.

Segundo cargo. De acuerdo con la causal segunda de casación se impugna el fallo por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Tercer cargo. Violación indirecta de los artículos 946, 947, 948, 949, 950, 952, 956, 961, 962 y 964 del Código Civil y 205 y 209 del Código Judicial, a consecuencia de las "erróneas apreciaciones de la demanda y de algunas pruebas, que llevaron al Tribunal de segunda instancia a cometer error de hecho que se observa en forma manifiesta en los autos".

Cuarto cargo. "Como subsidiario de los anteriores —dice el recurrente— invoco la causal del numeral 7º del artículo 520 del Código Judicial, o sea por haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De los siete cargos formulados por los recurrentes, la Corte se contraerá a estudiar el primero de los propuestos por la parte demandada por considerarlo fundado y apto para producir la infirmación del fallo impugnado. (C. J., 538).

a) El expresado cargo primero consiste en la violación directa específica de varios preceptos normativos del fenómeno de la prescripción.

El recurrente explica así este cargo:

"Desde la respuesta a la demanda el apoderado de la parte que represento propuso la excep-

ción de prescripción y fue alegada a través de todo el juicio, en primer lugar como extintiva de la acción propuesta y en forma subsidiaria como adquisitiva, ya ordinaria, ya extraordinaria.

"La sentencia recurrida, en su parte resolutiva, nada dice sobre esta importante excepción perentoria y la parte motiva de la providencia le hace un esguince al tema para concluír diciendo lo siguiente: '... de que se sigue que no se presenta la oportunidad de examinar la procedencia de la excepción propuesta, por cuanto así las cosas, el derecho de dominio que se declara en favor de los actores se viene a reconocer sin perjuicio de la cuota de mitad que la opositora representa en el bien a la cual se llama a derecho'.

"La prescripción, en el caso a estudio, tiene su apoyo en la Escritura pública número 1445, de 6 de octubre de 1893, de la Notaría Primera de Medellín, que fue registrada el 7 de los mismos mes y año, instrumento este cuya nulidad no se pidió en la demanda y que conserva todo su valor en cuanto a la interpretación que allí se hace de la cláusula del testamento de don Alejandro Gaviria Correa, con base en la partición del respectivo juicio de sucesión. Mediante tal escritura y con las declaraciones hechas en ella por el doctor Fernando Vélez, como mandatario de los albaceas, a quienes confirió el testador todo poder para el cumplimiento de sus disposiciones testamentarias, se dio cabal efectividad al testamento y se declararon en forma concreta los derechos de las personas llamadas como asignatarias. De suerte que la acción incoada, al pretender desconocer los términos, sentido y alcance de ese instrumento público, tropieza con la fuerza del tiempo, que expurgó cualquier presunto error o anomalía, pues, como la demanda fue presentada el 7 de junio de 1947, ya habían transcurrido los treinta (30) años de la prescripción extraordinaria y veinticuatro (24) más. De donde se sigue que el Tribunal, encontrando esa simple circunstancia, ha debido dar aplicación a los artículos 2512, 2535 y concordantes del Código Civil, en cuanto consagran la prescripción extintiva para las acciones que no se ejercen dentro de determinado tiempo... Como la sentencia recurrida no aplicó las disposiciones sobre prescripción alegada como excepción en un caso pertinente y claro, hubo infracción directa de ellas.

"El Tribunal Superior de Medellín tampoco dio aplicación a las disposiciones del Código Civil sobre prescripción adquisitiva ordinaria de diez años, siendo claro que mi mandante ha tenido posesión regular y continua del inmueble de la Plazuela Uribe Uribe por un período superior al indicado; o en su defecto a las de la extraordinaria, sumando a su posesión la de sus antecesores. Por este aspecto también se configura una violación directa de la ley por falta de aplicación de normas sustantivas referentes a esas figuras jurídicas".

b) Al relatar los antecedentes de este negocio se vio cómo en la partición de los bienes dejados por el causante Alejandro Gaviria se constituyó un usufructo a favor de Teresa y Amalia Uribe Gaviria sobre la casa de la Plazuela Uribe Uribe y se adjudicó la nuda propiedad sobre el mismo inmueble en cuatro cuotas indivisas, así: una cuarta parte para María Luisa Gaviria, otra cuota igual para Adelina Gaviria, otra cuarta para Ana María Gaviria y la última cuarta parte, en conjunto, para Rosa, Pastora y Paulina Arango Gaviria. Esta adjudicación de la nuda propiedad se hizo con la advertencia expresa de que, en faltando las nudas propietarias María Luisa y Adelina Gaviria, sus derechos no se transmitirían a sus herederos, sino que acrecerían por iguales partes a las dos restantes cuotas indivisas de las otras nudas propietarias. Este acrecimiento se estableció en desarrollo de lo dispuesto por el testador Gaviria.

La constitución del usufructo y la adjudicación de la nuda propiedad en las cuatro cuotas referidas, se llevaron a cabo mediante la partición sobredicha y las declaraciones consignadas por el doctor Fernando Vélez en la Escritura número 1445, de seis de octubre de 1893, registrada al día siguiente. Veinte días después de adjudicada la nuda propiedad, las copartícipes Rosa y Paulina Arango le vendieron al doctor Antonio José Uribe sus derechos de nudas propietarias, lo que hicieron por la Escritura número 2205, de 26 de octubre de 1893. Y no sólo esto, sino que cerca de diez años más tarde las mismas Rosa y Paulina Arango le transfirieron en venta al señor Juan Bautista Herrera el derecho de acrecer que en lo futuro pudiera corresponderles. Esta última venta la efectuaron por la Escritura número 273, otorgada el 13 de marzo de 1903, esto es, antes de fallecer las nudas propietarias María Luisa y Adelina Gaviria, cuyos derechos estaban sujetos al acrecimiento aludido. Estas señoras murieron el primero de septiembre de 1905 y el once de febrero de 1906, respectivamente.

Por su parte, la señora Pastora Arango Gaviria le vendió también al doctor Antonio José Uribe su derecho de nuda propiedad por medio de la Escritura número 2461, extendida el 23

de noviembre de 1893, es decir, mes y medio después de recibir la adjudicación de ese derecho. Y además la misma Pastora Arango le transfirió en venta a Juan Bautista Herrera el derecho de acrecer que pudiera corresponderle, transferencia que hizo por la Escritura número 1851, de cinco de septiembre de 1902, otorgada también antes de fallecer las nudas propietarias María Luisa y Adelina Gaviria.

Conviene recordar que la última usufructuaria María Teresa Uribe Gaviria murió el 31 de diciembre de 1942, y que en esta fecha se consolidó el usufructo con la nuda propiedad sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe.

c) En el caso presente la señora Mercedes Ruiz, en su calidad de cónyuge sobreviviente del difunto Juan Bautista Herrera, solicita que se hagan varias declaraciones sobre los puntos siguientes: primero, que la voluntad del testador, prevaleciente sobre las de los albaceas, el Juez, el partidor y cualquiera otra persona, fue la de constituír un usufructo en beneficio de sus sobrinas Teresa, María Josefa y Amalia Uribe y un fideicomiso en favor de las otras asignatarias; segundo, que este fideicomiso se constituyó en provecho de las sobrinas que vivieran y estuviesen solteras en el momento de extinguirse el usufructo y restituírse el mismo fideicomiso; tercero, que la única fideicomisaria que se halló en situación legítima de recibir el fideicomiso, fue la señorita Paulina Arango Gaviria por estar soltera al concluír el usufructo; cuarto, que por lo mismo a la parte demandante, como sucesora de la nombrada Paulina Arango, le corresponden y es dueña de once doceavas partes sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, debido a que la expectativa de las otras fideicomisarias se extinguió para ellas y acreció al derecho de la misma señorita Arango, quedando solo por fuera lo que ésta le vendió al doctor Antonio José Uribe, equivalente a la otra doceava parte del citado inmueble; quinto, que, como consecuencia de lo anterior, los demandados deben ser condenados a restituír a la parte actora las expresadas once doceavas partes del bien en litigio.

En la propia demanda incoactiva de esta litis y en los alegatos de los personeros de la misma parte actora se sostiene la tesis cardinal de que la voluntad del testador Gaviria fue la de constituír un fideicomiso en favor de sus hermanas María Luisa y Adelina Gaviria, y de sus sobrinas, hijas de sus hermanos Lázaro y Gertrudis Gaviria, que estuviesen solteras al extinguirse el usufructo legado a María Teresa, Josefa y Amalia Uribe. Esta tesis constituye la medula de las pretensiones de la parte demandante.

d) La cláusula testamentaria en que el señor Alejandro Gaviria asignó el inmueble de Medellín a dos de sus hermanas y a sus sobrinas solteras, no ofrece la claridad necesaria en cuanto a la voluntad del testador de constituír un usufructo simplemente o un fideicomiso en favor de las asignatarias dichas. Los términos de esa cláusula son tan ambiguos en este punto que ya la Corte pudo decir de ella en otro litigio anterior que es una de "aquellas que admiten varias interpretaciones razonables, así sea en lo conducente a saber si se constituyera derecho de usufructo, o bien fideicomiso sobre la casa de la Plazuela Uribe Uribe". (Cas. de 14 de mayo de 1956. LXXXII, 2167, 488).

Lo que sí está muy claro y no ofrece la menor duda es que el partidor de la sucesión del señor Gaviria, los albaceas y el apoderado de éstos, doctor Fernando Vélez, al ejecutar las disposiciones testamentarias, interpretaron la cláusula en mención como constitutiva de un usufructo en beneficio de las señoras Teresa y Amalia Uribe y de una asignación, pura y simple, de la nuda propiedad en favor de las dos hermanas y de las sobrinas solteras del testador. Así lo dejaron consignado en los instrumentos que dan cuenta de la constitución del usufructo y de la adjudicación de la nuda propiedad, de tal modo que la voluntad del testador quedó desde entonces interpretada y cumplida en la forma como aparece en los mismos documentos.

Y no sólo esto, sino que las propias interesadas, es decir, las nudas propietarias guardaron silencio sobre la manera como se apreció y ejecutó la referida cláusula testamentaria mediante la constitución del usufructo y la adjudicación de la nuda propiedad. Ninguna de ellas formuló reparo alguno ni promovió acción encaminada a obtener que se modificasen la interpretación y el cumplimiento que inicialmente se le dio a la voluntad del testador, demostrando con ese silencio su conformidad con los actos ejecutados por el partidor, los albaceas y su mandatario, doctor Vélez. A lo cual cabe agregar que las tres nudas propietarias Rosa, Paulina y Pastora Arango Gaviria enajenaron poco después sus derechos de nuda propiedad y de acrecer y se colocaron así en situación de no poder invocar la nulidad ni la rescisión de la partición de los bienes de su causante Gaviria, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1.408 del Código Civil.

Desde el seis de octubre de 1893, fecha en que se otorgó la Escritura número 1445, por la cual se constituyó el usufructo y se adjudicó la nuda propiedad, hasta el cinco de agosto de 1948, día en que se hizo la primera notificación de la demanda incoactiva de esta litis, transcurrieron cincuenta y cuatro años y diez meses. Este lapso fue más que suficiente para imprimirle a la nuda propiedad adjudicada en 1893 una consistencia jurídica tal que la hace hoy invulnerable a cualquier conato de alteración que, como la tesis del fideicomiso alegado por la parte demandante, pretenda derivarse de una apreciación y aplicación distintas de las que inicialmente se le dieron al testamento del señor Gaviria Correa.

Si bien es verdad que el usufructo constituye un derecho real cuya titularidad corresponde al usufructuario (C. C., 665 y 670) y que éste puede promover acciones de índole posesoria en defensa del goce de su derecho (C. C., 978), no es menos cierto que dicho usufructuario no tiene calidad de dueño del bien o bienes sobre que recae el usufructo y que, en beneficio de la coexistencia de este derecho con el de nuda propiedad, la ley considera al mismo usufructuario como mero tenedor frente al nudo propietario y atribuye a éste la posesión de los bienes mencionados. (C. C., 775 y 786). De manera que el nudo propietario es el poseedor de las cosas dadas en usufructo y ejerce esa posesión por conducto del usufructuario.

En la ocurrencia de autos la adjudicación de la nuda propiedad hecha en 1893 dio origen a la posesión de las nudas propietarias sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe (C.C., 778), posesión que éstas ejercieron, con justo título y buena fe, primero por ministerio de las usufructurias hasta la extinción del usufructo y luego directamente al consolidarse en su favor el dominio pleno. Esa posesión duró, como se ha dicho, el lapso suficiente para que la nuda propiedad y más tarde el dominio pleno adquirieran firmeza jurídica inalterable en cabeza de sus adjudicatarias o de sus sucesores.

La pretensión de que fue voluntad del testador Gaviria constituír un fideicomiso en provecho de las sobrinas suyas que estuvieran solteras al extinguirse el usufructo, se dirige a destruír la adjudicación de la nuda propiedad y a modificar la partición de los bienes relictos que se llevaron a cabo en la mortuoria del citado causante. Como por razón del tiempo esos actos adquirieron consistencia invariable, es obvio que la pretensión aludida no podría prosperar contra ellos ni aun en la hipótesis de que fuera fundada.

No hay duda de que si la referida pretensión de la parte actora pudiera y llegase a tener éxito, ello sería en detrimento de los derechos adquiridos por la demandada Ana María Gaviria, quien en defensa de sus intereses propuso la excepción de prescripción. Salta a la vista que la sentencia acusada, al considerar que la pretensión expresada no lesiona los derechos de la parte demandada y al denegar por ello el reconocimiento de la excepción propuesta, quebrantó en realidad los artículos 2512, 2518, 2528 y 2529 del Código Civil por no haberlos aplicado al caso de autos. Por donde se ve que es fundado el cargo que se examina y que en consecuencia el fallo debe ser infirmado para sustituírlo por la decisión correspondiente.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Está visto que por la Escritura número 1445, de seis de octubre de 1893, se constituyó un usufructo sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, de Medellín, en favor de las señoritas Teresa y Amalia Uribe y se adjudicó la nuda propiedad sobre el mismo bien en cuatro porciones indivisas, así: una a María Luisa Gaviria, otra a Adelina Gaviria, la tercera a Ana María Gaviria y la otra cuarta parte a Rosa, Pastora y Paulina Arango Gaviria. Conforme a la ejecución del testamento del causante Gaviria y a la partición de los bienes relictos, las cuotas de nuda propiedad adjudicadas a María Luisa y Adelina Gaviria debían acrecer, como en realidad acrecieron, por fallecimiento de éstas, del modo siguiente: una de ellas a la cuota parte de Ana María Gaviria y la otra a la porción de Rosa, Pastora y Paulina Arango Gaviria. De esta suerte la nuda propiedad quedó en definitiva radicada así: la mitad en Ana María Gaviria y la otra mitad en las citadas Rosa, Pastora y Paulina Arango. Estas tres últimas señoras tenían originalmente y en conjunto un derecho de nuda propiedad que vendieron al doctor Antonio José Uribe Gaviria y que hoy pertenece a su sucesor, doctor Antonio José Uribe Portocarrero. Además las mismas señoras adquirieron por acrecimiento otro derecho o cuota parte por muerte de las señoras María Luisa y Adelina Gaviria; este derecho de acrecimiento testamentario fue transferido por sus titulares al señor Juan Bautista Herrera. De lo cual se concluye que el inmueble en referencia pertenece hoy en comunidad a las siguientes personas: la mitad, equivalente a las dos cuartas partes, a

la señora Ana María Gaviria viuda de Uribe; una cuarta parte al doctor Antonio José Uribe Portocarrero, y la otra cuarta parte a los sucesores de Juan Bautista Herrera. La existencia y el vigor actuales de estos derechos o cuotas indivisas dimanan de la adjudicación de la nuda propiedad efectuada en la mortuoria del extinto Alejandro Gaviria y de la consolidación y persistencia de ese dominio en cabeza de los titulares nombrados.

La demandada Ana María Gaviria viuda de Uribe propuso la excepción de prescripción contra las pretensiones derivadas del fideicomiso invocado por la parte actora y en defensa o respaldo de los derechos de nuda propiedad, consolidada luego como plena, que a la propia demandada y a sus condóminos les fueron adjudicados en la sucesión expresada. Por el mismo consiguiente, el reconocimiento de esa excepción deja incólumes estos derechos y solamente desvirtúa las pretensiones que se formularon en la demanda inicial de este juicio.

Habiéndose propuesto dicha demanda frente a los comuneros Ana María Gaviria y Antonio José Uribe Portocarrero para que se les condenase a restituír en conjunto una cuota del inmueble, se formó entre éstos un litisconsorcio pasivo necesario, en cuya virtud los recursos interpuestos por cualquiera de ellos producen beneficios comunes. De aquí que la excepción aludida y el recurso de casación interpuesto por la primera aprovechen al segundo (C. J., 486).

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 dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio ordinario de la señora Mercedes Ruiz viuda de Herrera contra los señores Ana María Gaviria viuda de Uribe, Antonio José Uribe Portocarrero y otros, y en su lugar

RESUELVE:

Primero. Revócase la sentencia de primer grado dictada en este mismo juicio el dieciocho de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

Segundo. Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

Tercero. Deniéganse las súplicas formuladas en la demanda incoactiva de esta litis y se absuelve a los demandados de los cargos que allí mismo se les hacen.

Cuarto. Condénase a la parte demandante a pagar las costas de la primera y de la segunda instancia a los demandados Isabel, Raquel e Inés Gaviria, Clemencia, Clara, María Isabel y Margarita Uribe Portocarrero y Clementina Portocarrero v. de Uribe.

Quinto. Condénase a la misma parte actora a cubrir a los demandados Ana María Gaviria v. de Uribe y Antonio José Uribe Portocarrero las costas de la primera instancia y la mitad de las expensas causadas en el recurso de casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACLARACION DE SENTENCIA

Es inadmisible, so pretexto de aclararla, pretender su reforma.

El incidente de aclaración de un fallo no puede referirse sino a aquellos conceptos o frases que, a juicio del juzgador, ofrezcan verdadero motivo de duda. Lo que ahora se busca no es una aclaración propiamente dicha, sino la reforma de la sentencia mediante una declaración sobre un asunto que no fue sometido a la controversia. Esta pretensión es inadmisible.

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

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

La señora Mercedes Ruiz viuda de Herrera, hablando en nombre de la sucesión de Juan Bautista Herrera y de la sociedad conyugal que con éste tuvo formada, demandó a los señores Ana María Gaviria viuda de Uribe, doctor Antonio José Uribe Portocarrero y otros, para que se declarase, entre otras cosas, que por razón de un fideicomiso constituído por el extinto Alejandro Gaviria Correa y del derecho de acrecer que adquirió el nombrado Herrera, correspondían a la demandante, como cónyuge supérstite de éste, y a los herederos del mismo, once doceavas partes de un predio situado en la Plazuela Uribe Uribe, de Medellín, y que por tanto los demandados debían restituír a la parte actora esas once doceavas partes. La demandada Ana María Gaviria se opuso a las pretensiones de la demandante y alegó la excepción de prescripción. Resuelta la litis en primera y segunda instancia y recurrido luego en casación el fallo del Tribunal, la Corte, en sentencia de siete de julio de este año, casó la providencia acusada y, decidiendo en instancia, declaró probada la excepción propuesta y absolvió a los demandados.

Ahora el procurador de la demandada recurrente Ana María Gaviria solicita que se aclare la parte expositiva del fallo de instancia proferido por la Corte en el sentido de declarar que, por ser inválida la transferencia del derecho de acrecer que las señoras Rosa, Pastora y Paulina Arango le hicieron al señor Juan Bautista Herrera, el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe, de Medellín, sólo pertenece por partes iguales a la citada Ana María Gaviria y al doctor Antonio José Uribe Portocarrero.

Para resolver se considera:

a) En ningún momento antes de ahora se planteó ni ha sido motivo de este juicio la cuestión relativa a la existencia, naturaleza, validez y efectos del derecho que, bajo la denominación de derecho de acrecer, transfirieron en venta las señoras Rosa, Pastora y Paulina Arango al señor Juan Bautista Herrera. El motivo de este litigio es muy distinto. Sin embargo de esta circunstancia, el actual personero de la demandada Gaviria de Uribe pretende que por la vía de una aclaración del fallo se declare que es nula la transferencia del derecho mencionado por referirse a una sucesión futura y que el señor Herrera nada adquirió ni nada tienen sus sucesores sobre el inmueble de la Plazuela Uribe Uribe. El mandatario de la propia señora Gaviria expuso en su alegato de segunda instancia el siguiente concepto que contrasta con el de su actual apoderado: "En orden a lo anterior las referidas sobrinas del señor Gaviria que, después del fallecimiento de éste, enajenaron sus derechos sobre nuda propiedad o sobre acrecimiento, lo hicieron válidamente, por más que a la fecha de la operación sólo tenían simples expectativas por cuanto tales enajenaciones se convertirían en derechos una vez que

nacieran para las fideicomisarias el derecho a la propiedad integral por extinción del usufructo y sin que sea valedero el argumento contra dichas enajenaciones de que habían contraído matrimonio y no se encontraban solteras a la época de la restitución, o sea el 31 de diciembre de 1942, que marcó la existencia de la última usufructuaria, señorita Teresa Uribe Gaviria''.

No sólo la demandada Gaviria de Uribe ha venido reconociendo la existencia y validez del llamado derecho de acrecer que las Arangos transfirieron al señor Herrera, sino que ni ella misma ni ningún otro litigante planteó antes de ahora en este negocio la tesis contraria.

b) Teniendo en cuenta esta circunstancia y considerando asimismo, las adjudicaciones que hizo el doctor Fernando Vélez por la Escritura número 1445, de seis de octubre de 1893, y las transferencias que de sus derechos hicieron las señoras Rosa, Pastora y Paulina Arango al doctor Antonio José Uribe Gaviria y al señor Juan Bautista Herrera, se expresó en la parte expositiva del fallo de la Corte que el inmueble de Medellín corresponde hoy a una comunidad en que tienen derechos o cuotas partes la señora Ana María Gaviria viuda de Uribe, el doctor Antonio José Uribe Portocarrero y los sucesores de Juan Bautista Herrera, y ello con el fin de advertir en seguida que la excepción de prescripción no afecta estos derechos, sino que los deja incólumes.

En la parte resolutiva del fallo se decidió sobre lo que fue motivo del litigio, esto es, sobre la prescripción y sobre las pretensiones relativas al fideicomiso y a las consecuencias que de éste se derivaban. Ninguna declaración se hizo allí sobre la existencia y validez de los derechos sobre la comunidad expresada ni puede hacerse ahora con motivo de la solicitud de aclaración, porque ello no ha sido materia de la litis.

c) El incidente de aclaración de un fallo no puede referirse sino a aquellos conceptos o frases que, a juicio del juzgador, ofrezcan verdadero motivo de duda. Lo que ahora se busca no es una aclaración propiamente dicha, sino la reforma de la sentencia mediante una declaración sobre un asunto que no fue sometido a la controversia. Esta pretensión es inadmisible y de consiguiente se hace necesario denegar el pedimento de aclaración.

Por lo expuesto se deniega la aclaración solicitada por el personero de la recurrente Ana María Gaviria viuda de Uribe.

Notifíquese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

El quebranto del artículo 6º del Código Civil no da base a nulidades procesales. Interpretación de los artículos 467 y 485 del Código Civil.

1. La verdad sabida de que las nulidades de carácter sustantivo que afectan los actos y declaraciones de la voluntad, tienen distinto ámbito de las nulidades procedimentales, que inciden únicamente sobre la relación procesal y que por afectar el procedimiento lo hacen inhábil para llegar a la solución de la controversia, hace que no puedan confundirse esas clases de vicios hasta pretender que la norma del artículo 6º del Código Civil que contiene una proposición referida directamente a las nulidades sustantivas en el supuesto de violación de normas también de ese orden, pueda dar base a nulidades procesales que tienen por fundamento, en general, irregularidades que lleven al desconocimiento de la organización judicial o a la violación del derecho de defensa. Es inútil, por tanto, pretender el quebrantamiento de la sentencia del Tribunal, alegando que incurrió en la nulidad prevista por el artículo 6º del Código Civil.

2. Los artículos 467 y 485 del Código Civil se refieren a los actos de administración y disposición de bienes del pupilo, pero no se extienden a los actos puramente procesales que aquél pueda realizar en la secuela del juicio. Así se infiere también de la segunda parte del artículo 485.

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

(Magistrado ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES:

En el Juzgado Primero del Circuito de Medellín se adelantó el juicio de sucesión de Aristides Jiménez H., se declaró disuelta la sociedad conyugal formada con Emilia Cano y se reconocieron como herederos del causante a los doce hijos legítimos habidos en el matrimonio, entre los cuales eran menores adultos, al tiempo de presentarse la demanda de partición, Octavio de Jesús, José Berlindo, Marta Inés y Reinaldo Jiménez Cano.

El 15 de febrero de 1958, presentó el partidor la cuenta partitiva de los bienes, la cual fue objetada en oportunidad por el heredero Eusebio Jiménez Cano, fundado en lo siguiente: a) Que el partidor no le adjudicó su cuenta en el inmueble donde tiene mejoras; y b) Que se adjudicó la hijuela de gastos a la cónyuge sin considerar la existencia de menores.

Tramitado el incidente de objeciones, en providencia de 26 de enero de 1959, el Juzgado declaró infundada la primera objeción y ordenó rehacer la partición en el sentido de indicar en la hijuela número 3 con cuáles bienes se le cubre a la señora Emilia Cano v. de Jiménez los gastos hereditarios que ha verificado, y con cuáles otros bienes se le cubre el derecho a gananciales que le corresponde".

Se rehizo la partición en la forma ordenada, y el 8 de abril siguiente, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia aprobatoria de la partición. El objetante recurrió en apelación contra ese fallo, y el Tribunal Superior en el suyo de 15 de junio de 1959, confirmó el de primera instancia.

LA SENTENCIA ACUSADA

Afirma la sentencia del Tribunal que por haber cumplido el partidor lo ordenado por el Juez, especificando claramente los bienes adjudicados en la hijuela de gastos, la función del

juzgador no era otra que la de aprobar la partición, y concluye así:

"Estaba, pues, obligado el Juez a aprobar la partición así rehecha, sin dar lugar a nuevos traslados y objeciones, como en efecto lo hizo en sentencia de 8 de abril de 1959 y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 965 del Código de Procedimiento Civil".

LA IMPUGNACION

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal "por el motivo del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial y subsidiariamente por el numeral 6º de la misma disposición.

"En el primer cargo, la sentencia es violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, ya que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 965 y a la vez omitió o dejó de aplicar los artículos 6º, 467, 485 y 1.379 del Código Civil.

"La causal segunda propuesta en forma subsidiaria se sustenta en la falta de aplicación de los artículos 194, 472, 448 y 455 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal decidió sobre lo principal sin observar las causales de nulidad que pudieran desprenderse de la incompetencia de jurisdicción o ilegitimidad de personería de la parte demandante".

Los argumentos para sustentar los cargos de falta de jurisdicción en el funcionario del conocimiento y la ilegitimidad de personería en el curador ad litem para demandar la partición de bienes dentro del juicio, los hace depender el recurrente de no haber discernido el cargo al curador como lo quiere el artículo 467 del Código Civil, al sancionar con nulidad los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, y que, asimismo, el curador no podía proceder a la solicitud de partición de bienes en nombre de los menores sin autorización judicial, como lo prevén los artículos 485 y 1.379 del Código Civil.

Por razón del enunciado anterior el recurrente ve que la actuación está afectada de nulidad porque según el artículo 6º del Código Civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, y como el sentenciador aprobó una partición viciada de nulidad absoluta, violó los artículos 6º, 467, 485, 1.379 y 1.740 del Código Civil, y no aplicó el 455 del Código Judicial que ordena que antes de decidir sobre lo principal, si se observa alguna causal de nulidad, debe ponerse en conocimiento de las partes para luego resolver sobre ella.

Afirma la demanda que, sin embargo, de no poderse alegar la nulidad por ilegitimidad de personería sino por la parte que ha sido mal representada en el juicio, "en el caso de estudio cabe anotar que la ilegitimidad de la personería que alego en la parte demandante, no resulta de ninguna de las deficiencias que la ley establece como constitutivas de nulidad procedimental, al tenor del artículo 450 del Código Judicial, sino de la absoluta falta de representación de los menores y de la incapacidad adjetiva y sustantiva de la persona que ha venido figurando como curador ad litem".

LA CORTE CONSIDERA:

1º La verdad sabida de que las nulidades de carácter sustantivo que afectan los actos y declaraciones de la voluntad, tienen distinto ámbito de las nulidades procedimentales, que inciden únicamente sobre la relación procesal y que por afectar el procedimiento lo hacen inhábil para llegar a la solución de la controversia, hace que no puedan confundirse esas clases de vicios hasta pretender que la norma del artículo 6º del Código Civil que contiene una proposición referida directamente a las nulidades sustantivas en el supuesto de violación de normas también de ese orden, pueda dar base a nulidades procesales que tienen por fundamento, en general, irregularidades que lleven al desconocimiento de la organización judicial o a la violación del derecho de defensa. Es inútil, por tanto, pretender el quebrantamiento de la sentencia del Tribunal, alegando que incurrió en la nulidad prevista por el artículo 6º del Código Civil.

2º Es cierto que el artículo 467 del Código Civil, sanciona con nulidad los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento y el 485 prohibe al tutor o curador proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros proindiviso, sin previo decreto judicial. Estas disposiciones se refieren a los actos de administración y disposición de bienes del pupilo, pero no se extienden a los actos puramente procesales que aquél pueda realizar en la secuela del juicio. Así se infiere también de la segunda parte del artículo 485, cuando afirma: "Si el Juez, a petición de un comunero o coheredero, hubiere decretado la división, no será necesario nuevo decreto".

3º La demanda de partición fue presentada por el curador ad litem de los menores adultos en nombre de éstos y en representación de los

herederos mayores cuya personería ha tenido en el juicio. Conviene, entonces, recordar el constante criterio de la Corte respecto al alcance del artículo 1379 del Código Civil, para lo cual se transcribe la siguiente doctrina:

"Los tutores y curadores y, en general, los que administran bienes ajenos no pueden por disposición de la ley, sin licencia judicial, proceder a la partición de herencias o bienes raíces en que tengan parte sus pupilos. Pero si un heredero o interesado mayor de edad demanda la división, ya no se requiere tal licencia pues ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en indivisión y la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario, (arts. 1374, 1379 del C. C. y 953 del C. J.)". LIX-871.

Agrégase a lo anterior que si el Juez decreta la partición pedida por menores, en ese acto la autoriza.

4º Tampoco es procedente la invocación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por cuya virtud dice el recurrente debió declararse la nulidad del juicio que para él es ostensible y manifiesta, por la obvia razón de que esa norma se refiere solamente a actos y declaraciones de la voluntad regulados por el Código Civil.

5º Por fin, la ilegitimidad de personería que el recurrente llama absoluta falta de representación de los menores y de incapacidad adjetiva y sustantiva de la persona que ha venido figurando como curador ad litem, sólo podría ser alegada por los mal representados, para el caso los menores, quienes, en ningún momento del juicio han impugnado la representación de su curador ad litem.

Los cargos, por tanto, son improcedentes.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Medellín, de fecha 15 de junio de 1959.

No se causaron costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PUBLICIDAD Y CONTRADICCION DE LAS PRUEBAS. RAZON DE SER DEL SISTEMA

Finalidad de los certificados del Registrador y condiciones para que éste pueda cancelar el registro o inscripción de un título. — Obligaciones. — Deberes del deudor para liberarse de las consecuencias de su incumplimiento.

1. La singularidad del mandato del artículo 2680 del Código Civil, que no preordena la expedición de tales certificados a función distinta de la demostrativa, implica el que ellos tengan por finalidad dar fe de las cancelaciones sobre que versan, no sólo porque de otro modo el precepto quedaría ocioso, sino por virtud de lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial, que, entre los documentos auténticos que hacen plena prueba acerca de su contenido, contempla, además de las certificaciones de jueces, magistrados y funcionarios del estado civil compulsadas en las condiciones allí previstas, otras que se expidan "en los demás casos autorizados por la ley".

2. Para que el Registrador proceda a dar por cancelado el registro o inscripción de un título, ha de presentársele el certificado que al efecto expida el funcionario en cuya oficina se haya otorgado la cancelación del título (arts. 2614 y 2677 C. C.); y no es dable al Notario autorizar esa cancelación, mientras no aparezca que quien la otorga es persona facultada para hacerlo, lo que claramente resulta del artículo 2612 ibídem. Grave cosa sería, por incompatible con la fe pública en los notarios depositada, el que éstos pudieran prestarse a la cancelación de un título, sin enterarse de que quien la otorga es la persona a que el título confiere tal derecho o su representante o sucesor, como que los artículos 2613 y 2681 del propio Código disponen, respectivamente, que el instrumento que tenga nota de cancelación y el registro cancelado carecen de fuerza legal, a no ser que por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se declare, ya la nulidad de la nota, ya la de la cancelación.

3. Demostrada en juicio la existencia de una obligación, toca al deudor, para libertarse de las consecuencias del incumplimiento, demostrar su pago. Porque es de lógica elemental que quien alegue en su favor un hecho modificativo de la situación jurídica por otro adquirida, esté obligado a probarlo. Así lo ordena el artículo 1757 del Código Civil, con cuyo precepto corre parejas aquel otro del artículo 1604 de la misma obra.

4. Principio rector en juicio contencioso, es el de la publicidad y contradicción **de las pruebas, que asegura la igualdad de oportunidades a las partes contendientes, sometiéndolas a lealtad mutua, para que de esa pugna ordenada pueda resultar victorioso el derecho, único fin de los procedimientos judiciales (art. 472 C. J.).**

La publicidad **consiste en que, por ante el juez, la prueba de una parte se haga conocer de su adversario; y la** contradicción, **en que éste tenga la oportunidad de refutarla. Es, así, de rito procedimental que toda prueba ha de ser recibida o decretada con conocimiento de la otra parte; y que, por lo mismo, no pueda ingresar al proceso, sino en cualquiera de las oportunidades al efecto dispuestas por el artículo 597 del Código Judicial.**

Por ello, si un elemento probatorio se agregó a los autos en trámites no comprendidos en este precepto y en que, por lo tanto, no ha podido operar el principio de la publicidad y contradicción, carece de mérito como prueba en la órbita de la relación jurídico-procesal e impone, entonces, el que se prescinda del mismo para la decisión de la controversia.

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

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 3 de octubre de 1959, en el juicio ordinario promovido por Carlos J. Bernal Contreras frente a Dioselino Cárdenas.

I

EL LITIGIO

1. Carlos J. Bernal Contreras trajo a juicio a Dioselino Cárdenas ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, en impetración de lo siguiente:

1º Que está resuelto, por falta de pago de parte del precio, el contrato de compraventa que reza la escritura número 158 de 25 de enero de 1950, otorgada en la Notaría 8ª de este Circuito, en virtud del cual Bernal Contreras transfirió a Cárdenas el inmueble consistente en un lote de terreno, situado en la urbanización de "Paloquemao" en esta ciudad de Bogotá, que tiene un área de 441 varas cuadradas y 55 centésimos de vara cuadrada, distinguido con el número 29-59 de la calle 14 de la actual nomenclatura y determinado por los linderos y dimensiones allí dichos; 2º que Cárdenas está obligado a restituír a Bernal Contreras, libre de gravámenes, tres días después de que quede ejecutoriada la sentencia que se solicita, el inmueble referido; 3º que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito la cancelación del registro de la referida escritura pública; 4º que se condene al demandado al pago o restitución de los correspondientes frutos naturales y civiles, no solo de los percibidos por el reo sino de los que el actor hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, en la proporción de la parte del precio que no fue pagada; 5º que se condene al demandado al pago de los perjuicios, y 6º que se le impongan las costas del juicio.

2. Como HECHOS fundamentales de su pretensión, invocó el peticionario los siguientes: 1º Que por medio de la sobredicha escritura pública número 158 de 25 de enero de 1950, Bernal vendió a Cárdenas el inmueble en referencia; 2º que el precio de la venta fue el de $ 33.116.25, con imputación al cual recibió el vendedor $ 10.000.00 en el acto del otorgamiento de la escritura, quedando por pagar los restantes $ 23.116.25 en carbón mineral de primera clase, en quince cuotas mensuales consecutivas, cada una de valor de $ 1.500, y una última por valor de $ 616.25; 3º que el pago debería hacerse en la Fábrica de Ladrillos Los Andes, de esta ciudad; 4º que el demandante cumplió sus obligaciones de vendedor; 5º y 6º que Cárdenas hizo algunos abonos, pero está debiendo a Bernal en la fecha de la demanda, la cantidad de $ 10.856.38 y sus intereses al ocho por ciento anual, a partir del 10 de febrero de 1953, según la cláusula cuarta del contrato.

3. En DERECHO la demanda dijo fundarse en los artículos 1849 a 1954 del Código Civil.

4. Sin contestación del libelo por el demandado, quien no pidió pruebas en la primera instancia, terminó ésta con proveído en que se le absuelve de todos los cargos, se condena al actor en las costas procesales y se ordena la cancelación del registro de la demanda.

5º Por apelación del demandante, surtióse, con producción de pruebas de una y otra parte, la segunda instancia; en que recayó la sentencia de fecha 3 de octubre de 1959, por la cual el Tribunal Superior revocó el pronunciamiento de primer grado y en su lugar falló este pleito, así:

"*Primero.* Declárase resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número ciento cincuenta y ocho (158), otorgada el veinticinco (25) de enero de mil novecientos cincuenta (1950) en la Notaría Octava de este Circuito, por falta de pago de parte del precio, en la compraventa de un inmueble situado en la Urbanización de Paloquemao de esta ciudad de Bogotá, que hizo parte de un globo de mayor extensión que está distinguido con el número veintinueve cincuenta y nueve (29-59) de la calle catorce (14) de la actual nomenclatura, lote que tiene una área de cuatrocientas cuarenta y una varas cuadradas, con cincuenta y cinco centésimos de vara cuadrada, (441.55) y que está comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: 'Por el frente, o sea el Norte, en once (11) metros, con la calle catorce (14); por el Oriente, en veinticuatro metros cuarenta y un centímetros (24.41), con el lote número uno (1) del plano especial, vendido por el señor Carlos J. Bernal a la señora N. Sánchez de Calderón; por el Sur, en diez metros noventa y siete centímetros (10.97), con terrenos que son o fueron de Marcos Kopellow; y por el

Occidente, en veinticinco metros noventa y siete centímetros (25.97), con el lote número tres (3) del plano especial, de propiedad del compareciente Carlos Bernal Contreras'. Este lote está marcado con el número dos (2) del plano del loteo especial, del cual se protocolizó una copia con la escritura de compraventa;

"*Segundo.* Condénase al demandado, señor Dioselino Cárdenas, a restituír al demandante, señor Carlos J. Bernal Contreras, libre de gravámenes y dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la ejecutoria del auto que mande obedecer y cumplir esta providencia, el inmueble determinado en el punto anterior;

"*Tercero.* Condénase al demandante, señor Carlos J. Bernal Contreras, a restituírle al demandado, señor Dioselino Cárdenas, simultáneamente con la restitución ordenada en el numeral segundo precedente, la cantidad de veintidós mil doscientos cincuenta y nueve pesos ochenta y siete centavos ($ 22.259.87) moneda corriente, que equivale a la parte que el comprador Cárdenas pagó al vendedor Bernal Contreras del precio del inmueble que se ordena restituír;

"*Cuarto.* Decrétase la cancelación del registro de la escritura número ciento cincuenta y ocho (158) del veinticinco (25) de enero de mil novecientos cincuenta (1950), otorgada en la Notaría Octava (8ª) de Bogotá. Para tal efecto líbrese oportunamente por el Juzgado del conocimiento el correspondiente oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito;

"*Quinto.* Condénase al demandado, señor Dioselino Cárdenas, a pagar o restituír al demandante, señor Carlos J. Bernal Contreras, los frutos naturales y civiles que haya producido dicho inmueble, no solamente los percibidos por el demandado, sino los que el actor hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, en la proporción de la parte del precio que no fue pagada, que equivale a la cantidad de diez mil ochocientos cincuenta y seis pesos, treinta y ocho centavos ($ 10.856.38) moneda corriente, según se afirma en el hecho quinto de la demanda;

"*Parágrafo.* El monto de estos frutos se establecerá mediante el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las bases que para ello se dejan consignadas en la parte motiva de esta sentencia;

"*Sexto.* Niégase la petición quinta de la demanda con que se inició el presente juicio encaminada a obtener condena por perjuicios y, en consecuencia, se absuelve al demandado por ese concepto;

"*Séptimo.* Condénase al demandado en las costas del presente juicio causadas en la primera instancia. Tásense, y

"*Octavo.* Sin costas en el recurso".

6. Recurrido en casación este fallo por el litigante vencido, ha llegado el momento de que la Corte se ocupe de decidir el recurso extraordinario.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

7. Estudiando los elementos esenciales de la acción resolutoria debatida, el Tribunal encontró establecidos, así la mora del comprador en su obligación de pagar totalmente el precio en el lugar y tiempo estipulados, como el hecho de haber cumplido el vendedor con sus obligaciones. En cuanto a lo último, separándose del concepto del juez *a quo,* de no estar demostrado que el vendedor hubiera cumplido con la obligación que se impuso de libertar el inmueble de dos hipotecas que sobre él pesaban en favor de Alfonso Díaz y Antonio M. Bernal, respectivamente, estimó que ya desde la primera instancia figuraba entre las pruebas un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, según el cual la finca objeto del pleito no aparece con hipoteca, lo que significa que Bernal cumplió su compromiso al respecto, deducción que vino a resultar confirmada en la segunda instancia con un nuevo certificado del mismo Registrador (fls. 6 vt. y 7, C. 4), "en donde consta de manera clara y precisa que el actor Bernal Contreras verificó las correspondientes cancelaciones en los años de 1949 y 1950". Y en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, alegado por el comprador con base en unos recibos traídos por éste a la segunda instancia y que forman los folios 8, 9, 15, 16, 17, 19 y 20 del cuaderno número 3, el sentenciador desestimó tal alegación en cuanto no vio mérito probatorio alguno en esos recibos, porque, dice, no vinieron al proceso en ninguna de las oportunidades taxativamente determinadas en el artículo 597 del Código Judicial, si bien los acompañó el demandado a su solicitud de apertura a pruebas, pero "sin pedir ni menos obtener en ningún momento la orden de que esos recibos se tuvieran como prueba". Por último, desechó la alegación de Dioselino Cárdenas, de que Carlos J. Bernal no tiene la acción reso-

lutoria, en cuanto en el mismo contrato de venta se pactó que el carbón debía entregarse en la Fábrica de Ladrillos Andes, entidad esta última que es la única que podía recibir legítimamente el carbón representativo del saldo del precio, rechazo en justificación del cual dice el fallador que la referida fábrica se determinó, no "como persona designada para recibir el pago, sino simplemente como lugar o sitio en donde debía hacerse la entrega del carbón a *Bernal*", pues "este era la persona a quien debía hacerse el pago del saldo del precio de su finca, y quien, consecuencialmente, podía como acreedor recibir válidamente el pago (art. 1634 del C. C.)".

III

LA IMPUGNACION

8. Cinco cargos propone el recurrente, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, los que se despacharán en el orden de su presentación.

9. *Primer cargo.* Violación de los artículos 1609, 1634 y 2611, ordinal 1º, del Código Civil.

El medio por el que dice llegóse a tal quebranto, lo hace consistir en falta de análisis o equivocada apreciación del certificado del Notario 7º de Bogotá, que obra al folio 4 del cuaderno número 3, relativo a una cancelación de hipoteca, y en el hecho de no existir en el proceso la copia de la escritura pública contentiva de tal cancelación.

La argumentación se desenvuelve así: que en la escritura número 158 de 25 de enero de 1950, el vendedor Bernal se obligó a cancelar dos hipotecas que gravaban el inmueble: una a favor de Alfonso Díaz y de su esposa Leonor Zamora, y la otra a favor de Antonio M. Bernal; que, según el certificado del Notario, la cancelación del primero de tales gravámenes fue otorgada únicamente por Alfonso Díaz, quien manifestó obrar sin la concurrencia de su cónyuge, en virtud de que en la escritura de la hipotecación —punto 7º— "se dejó establecido expresamente que para los efectos del cobro y derechos de los acreedores la obligación se consideraba indivisible y por lo tanto cualquiera de los acreedores podría cobrar su totalidad"; que, como no se trajo a los autos el texto de esta última escritura, o sea, la prueba que estableciera esa facultad para Alfonso Díaz de recibir el valor íntegro del crédito y hacer la cancelación total de la hipoteca, tendría que concluírse que ésta subsiste al menos en parte; que, entonces, "si realmente no se extinguió el crédito hipotecario, no podría sostenerse que Carlos J. Bernal Contreras cumplió fielmente lo convenido, ya que en conformidad con lo establecido en el artículo 2611 del Código Civil, en la cancelación de un instrumento público deben intervenir las mismas personas que lo extendieron"; que, si un crédito se paga a quien no tenga facultad para recibir, no desaparece; y si erróneamente se ha hecho desaparecer su prueba, puede revivirse mediante un juicio; que todo lo dicho hace ver que el sentenciador incurrió en el grave error de dar por demostrado que el vendedor Bernal sí cumplió estrictamente con lo convenido, error "que lo llevó a quebrantar el artículo 1609 del Código Civil, que exige en forma perentoria a quien provoca una acción resolutoria de un contrato establecer que por su parte ha cumplido estrictamente con la obligación que tiene a su cargo".

Se considera:

10. El Tribunal, para llegar a la conclusión de que el vendedor Bernal cumplió su obligación de obtener la cancelación de las hipotecas que soportaba la finca, a favor de Alfonso Díaz y de Antonio M. Bernal, según así se indicaron en la escritura de la venta, se basó principalmente en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos producido como prueba en la segunda instancia, que, al atestar respecto de la cancelación del primero de tales gravámenes, reza así: "Que la hipoteca impuesta por escritura 351 de 2 de marzo de 1949, Not. 7ª, Bogotá, registro 767, por Carlos J. Bernal Contreras a favor de Alfonso Díaz Santa Cruz y Leonor Zamora de Díaz por $ 9.000, fue cancelada totalmente por documento 4084 de septiembre de 1950, según escritura 2702 de 23 de agosto de 1950, Not. 7ª Bogotá, en la cual aparece que el citado Bernal Contreras entregó a los citados Díaz S. y Zamora de Díaz la suma de $ 9.000 que Bernal Contreras les adeudaba según la citada escritura 351".

Asigna el artículo 2680 del C. C. a los registradores de Instrumentos Públicos la función de certificar sobre la cancelación de registros, cuando dice: "Si los interesados lo pidieren, les dará el registrador certificado de la cancelación del respectivo o de los respectivos registros". La singularidad de este mandato legal, que no preordena la expedición de tales certificados a función distinta de la demostrativa, implica el que ellos tengan por finalidad dar fe de las cancelaciones sobre que versan, no sólo porque de otro modo el precepto quedaría ocioso, sino por

virtud de lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial, que, entre los documentos auténticos que hacen plena prueba acerca de su contenido, contempla, además, de las certificaciones de jueces, magistrados y funcionarios del estado civil compulsadas en las condiciones allí previstas, otras que se expidan "en los demás casos autorizados por la ley".

Ahora bien: para que el Registrador proceda a dar por cancelado el registro o inscripción de un título, ha de presentársele el certificado que al efecto expida el funcionario en cuya oficina se haya otorgado la cancelación del título (arts. 2614 y 2677 C. C.); y no es dable al notario autorizar esa cancelación, mientras no aparezca que quien la otorga es persona facultada para hacerlo, lo que claramente resulta del artículo 2612 ibídem. Grave cosa sería, por incompatible con la fe pública en los notarios depositada, el que estos pudieran prestarse a la cancelación de un título, sin enterarse de que quien la otorga es la persona a que el título confiere tal derecho o su representante o sucesor, como que los artículos 2613 y 2681 del propio Código disponen, respectivamente, que el instrumento que tenga nota de cancelación y el registro cancelado carecen de fuerza legal, a no ser que por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se declare, ya la nulidad de la nota, ya la de la cancelación.

Si, pues, el Registrador de Instrumentos Públicos, en el asunto de que se trata, ha certificado que la dicha hipoteca constituída por Bernal a favor de Díaz y Zamora de Díaz fue cancelada totalmente, por pago que el primero hizo a los últimos, ello supone que así le fue testificado por el Notario, lo que a su vez implica que éste, para autorizar tal cancelación, hubo de cerciorarse de que su autor estaba llamado a otorgarla en su totalidad, o lo que es igual, que ella se presume bien hecha, por no estar demostrado lo contrario. Que si lo contrario fuese lo verdadero, ha debido el demandado probarlo, haciendo llegar al juicio una copia de la escritura de la deuda, de que apareciera que el señor Díaz no podía por sí solo efectuar su cancelación.

Por lo mismo, no habiendo sido desvirtuada la apreciación que el sentenciador hiciera del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre que sustentó el cuestionado extremo de su pronunciamiento, no resultan infringidos por este concepto los preceptos de ley sustancial con que él cargo se relaciona.

11. *Segundo cargo.* Violación de los artículos 1608, ordinal 1º, 1627, 1757 y 1930 del Código Civil, cuya causa se hace consistir en que el sentenciador, al apreciar el contrato de compraventa consignado en la escritura número 158, no tuvo en cuenta el tenor literal de sus cláusulas 3ª y 4ª, según la primera de las cuales el comprador se obligó a pagar la cantidad de $ 23.116.25, saldo del precio, no en dinero, sino en toneladas de carbón mineral de primera clase, en diez y seis mensualidades a partir del día 24 de enero de 1950, computable el artículo al precio que rigiera en esta ciudad para ventas al por mayor; y según la última de las mismas, o sea la 4ª, "En caso de mora en el pago de tres (3) mensualidades consecutivas, en la forma ya establecida, Bernal Contreras podrá dar por vencido el resto del plazo y *hacer el cobro judicial* del resto de la obligación en *dinero efectivo,* como de plazo vencido, abonando el deudor durante la mora intereses a razón del ocho por ciento (8%) anual".

A intento de demostrar este cargo, el recurrente alega: Que según la transcrita cláusula 4ª, para que Bernal tuviera derecho de cobrar en dinero a Cárdenas la parte insoluta del precio, era indispensable que éste se hallase en mora de entregar carbón durante tres mensualidades consecutivas, lo que no se determinó en la demanda; que, siendo la obligación del comprador, la de entregar cantidades de género, como lo es el carbón mineral, apreciado según su valor corriente en esta plaza en las ventas al por mayor, y habiendo declarado el vendedor, en la demanda, que se le hicieron algunos abonos o sea que Cárdenas le hizo entregas de carbón, pero sin expresar cuál fue la cantidad que de este género se le entregó, ni cuál su precio, si el demandante estima que ellas no cubren el monto de la deuda, tiene que demostrarlo y a tal fin "provocar un ajuste de cuentas, en donde se vea qué se entregó y por qué precio, pues sólo así puede saberse qué se debe. Pero mientras lo anterior no ocurra no puede hablarse de mora, porque ningún deudor se halla en mora de pagar un saldo que no conoce en cantidad líquida"; que por otro lado, según el contrato, las diez y seis mensualidades para las entregas del carbón vencían el 24 de mayo de 1951, y según la demanda, Cárdenas incurrió en mora desde el día 10 de febrero de 1953; mas, para que la mora imputada hubiera comenzado en esta fecha, habría tenido que ocurrir una modificación del contrato, de lo cual no hay constancia alguna en el expediente; que, así las cosas, el Tribunal, al no tener en cuenta el tenor literal de lo convenido por las partes, quebrantó los siguientes artículos del Código Civil: el 1602, según el cual todo contrato legalmente celebrado

es una ley para los contratantes; el 1627 que ordena hacer el pago en conformidad al tenor de la obligación; el 1757 que regula la carga de la prueba de las obligaciones o su extinción; y el 1930 conforme al cual es preciso que el comprador se halle en mora de pagar el precio, para que pueda prosperar el extremo de la resolución del contrato.

Se considera:

12. Según las cláusulas 3ª y 4ª del contrato consignado en la escritura número 158 de 25 de enero de 1950, —cláusulas cuyo tenor literal transcribió exactamente el juzgador al relatar los antecedentes del pleito—, el contratante Cárdenas se obligó a pagar los $ 23.116.25, saldo del precio del inmueble, en carbón mineral de primera clase, entregándolo en la Fábrica de Ladrillos "Andes" de esta ciudad, en quince cuotas mensuales consecutivas de a $ 1.500 y una última de $ 616.25, al precio de la plaza al por mayor, correspondiente al tipo y clase del artículo, en el momento de la entrega, a partir del 24 de enero de 1950 y dentro de los primeros veinte días de cada mensualidad; y para el caso de mora en el pago de tres mensualidades consecutivas, se estableció que Bernal "podrá dar por vencido el resto del plazo y hacer el cobro judicial del resto de la obligación en dinero efectivo, como de plazo vencido, abonando el deudor durante la mora, intereses a razón del ocho por ciento (8%) anual".

El tenor literal de estas estipulaciones, que, por claro en sí mismo y en relación con el conjunto del contrato, no entraña un sentido distinto del que fluye obviamente de la naturaleza y enlace gramatical de sus términos, colocaba al Tribunal en el deber de aplicarles los principios jurídicos que tales estipulaciones reclaman.

Demostrada, como lo está en el caso de autos, la existencia de una obligación, tocaba al deudor, para libertarse de las consecuencias del incumplimiento, demostrar su pago. Porque es de lógica elemental que quien alegue en su favor un hecho modificativo de la situación jurídica por otro adquirida, esté obligado a probarlo. Así lo ordena el artículo 1757 del Código Civil, con cuyo precepto corre parejas aquel otro del artículo 1.604, según el cual "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo". Por lo tanto, establecida en favor del demandante Bernal la obligación de Cárdenas de hacerle las determinadas entregas de carbón en los términos atrás dichos, le bastaba al primero afirmar que su deudor no cumplió, para que éste, a efecto de exonerarse de la responsabilidad, tuviera que demostrar que sí satisfizo todo aquello a que estaba comprometido.

Ni vale argüir que, como quiera que el demandante acepta que se le hicieron algunos abonos o entregas de carbón y puesto que cada una de éstas tuvo que efectuarse al respectivo precio de plaza al por mayor, tenga primeramente que establecerse mediante un debate de cuentas cuál sea el posible saldo insoluto a favor de Bernal y a partir de cuya fijación pudiera considerarse en mora a Cárdenas, por la razón potísima de que, estando fijado desde el principio el monto líquido de la obligación a su cargo y siendo precisamente una de sus condiciones la de verificar tales entregas a los precios de mayoridad previstos, era ciertamente al demandado a quien incumbía demostrar, por aplicación de los preceptos legales referidos, o bien que hizo las diez y seis entregas estipuladas a los precios correspondientes según el contrato, o bien que con las que verificó, computadas de igual modo, se cubrió el total de su obligación.

El pacto de que la mora de Cárdenas en el pago de tres mensualidades consecutivas diese a Bernal la facultad de dar por vencido el plazo de la deuda y cobrar su saldo en dinero, sólo significa que la mera dilación del deudor en el servicio de una y aún de dos mensualidades no legitimaba al acreedor para considerarlo en mora y hacerle efectiva las responsabilidades a la misma consiguientes; sino que, para que ello fuese posible, era necesario que el deudor incurriese en la falta de pago de tres mensualidades consecutivas. Por lo tanto, ello en nada modificó la disciplina legal en el punto, según la cual, cuando se trata de obligaciones que deben cumplirse dentro de plazo determinado, el deudor queda constituído en mora por el simple hecho del vencimiento del término, sin haber cumplido su obligación: *Dies interpellat pro homine* (art. 1608, ord. 1º, C. C.).

Y como el plazo prefijado para el pago periódico de las diez y seis mensualidades aludidas debía vencer el 24 de mayo de 1951, como así lo acepta el libelo de casación, resulta establecido, por la sola afirmación del actor, apoyada en el contrato y no desvirtuada por prueba alguna en contrario, que el demandado le estaba debiendo, no solo tres mensualidades consecutivas, sino otras más, siendo así que cada una de ellas era de valor de $ 1.500.00, a excepción de la última reducida a $ 616.25, y que el actor invoca como razón de su pedimento el hecho de debérsele por el reo un saldo de $ 10.856.38.

Finalmente, en relación con el hecho de que

el actor haya afirmado en la demanda estársele debiendo la suma últimamente expresada "y sus intereses al 8% anual a partir del 10 de febrero de 1953", cuando hubiera debido considerar vencida la obligación desde antes, o sea, desde el 24 de mayo de 1951, no se advierte que el Tribunal hubiera incidido en error al no hacer, en favor del demandado, mérito de ello, porque no habiéndose demostrado, ni siquiera alegado en las instancias, que el contrato hubiera sufrido modificación, aquella circunstancia significaría que el demandante se limitó a no considerar los efectos de la mora sino desde la posterior fecha de que él parte, sin que ello desvirtúe el hecho clave del incumplimiento del demandado, en que estrictamente se funda la acción resolutoria.

Conclúyese, pues, que, habiendo sido fiel el sentenciador al sentido que se desprende del tenor literal de las cláusulas 3ª y 4ª del contrato, según la naturaleza del mismo, no vulneró las disposiciones legales a que el cargo alude.

13. *Tercer cargo*. Se propone así: "El Tribunal quebrantó en la sentencia recurrida el contenido de los artículos 207 y 597 del Código Judicial en relación con los artículos 1626, 1627 y 1761 del Código Civil y por esta causa aplicó al caso del pleito erradamente el contenido del numeral 1º del artículo 1608 y 1930 del Código Civil".

Como motivo, el recurrente aduce la falta de apreciación de los recibos que forman los folios 8, 9, 15, 16, 17, 19 y 20 del cuaderno número 3, suscritos el primero, el segundo y el cuarto por J. Vicente Bernal, el tercero y el quinto por Carlos J. Bernal y los dos últimos por Campo E. Mojica G.

Desarrolla la tacha, diciendo que el Tribunal, para abstenerse de apreciar estos recibos, afirmó gratuitamente que en ningún momento se pidió que se tuvieran como prueba por la parte demandada, siendo así que, con anterioridad al fallo, los había estimado como tales en dos oportunidades, a saber: en el auto en que, admitiendo la invocación de un hecho nuevo por la misma parte, ordenó abrir el juicio a pruebas en la segunda instancia, y en la providencia por la cual decretó la exhibición de una copia de la escritura número 158 de 25 de enero de 1950; que siendo ello así, no se ve la razón para que en la sentencia se varíe de criterio; y que como tales recibos hacen plena fe acerca de su contenido y demuestran que Cárdenas pagó a Bernal en carbón $ 24.121.00, o sea que cumplió su obligación, el Tribunal, al no reconocerlo así, quebrantando los artículos 207 y 597 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, violó los artículos 1626, 1627 y 1930 de esta obra, el último de ellos por indebida aplicación al caso del pleito.

Se considera:

14. Principio rector en juicio contencioso, es el de la *publicidad y contradicción* de las pruebas, que asegura la igualdad de oportunidades a las partes contendientes, sometiéndolas a lealtad mutua, para que de esa pugna ordenada pueda resultar victorioso el derecho, único fin de los procedimientos judiciales (art. 472 C. J.).

La *publicidad* consiste en que, por ante el juez, la prueba de una parte se haga conocer de su adversario; y la *contradicción*, en que éste tenga la oportunidad de refutarla. Es, así, de rito procedimental que toda prueba ha de ser recibida o decretada con conocimiento de la otra parte; y que, por lo mismo, no pueda ingresar al proceso, sino en cualquiera de las oportunidades al efecto dispuestas por el artículo 597 del Código Judicial.

Por ello, si un elemento probatorio se agregó a los autos en trámites no comprendidos en este precepto y en que, por lo tanto, no ha podido operar el principio de la publicidad y contradicción, carece de mérito como prueba en la órbita de la relación jurídico-procesal e impone, entonces, el que se prescinda del mismo para la decisión de la controversia.

Pero el sentenciador no aplicó acertadamente estos conceptos al caso del pleito, como quiera que, si el demandado acompañó, a fuer de comprobantes, los recibos de que se trata, a su petición de apertura del juicio a pruebas en la segunda instancia, aunque su aparente finalidad inmediata hubiera sido la de acreditar la ocurrencia de un pretendido hecho nuevo que justificase tal apertura, quiere decir que, si ésta fue decretada, el auto que tal dispuso, al apoyarse en dichos recibos, los incorporó al proceso, cumpliéndose la oportunidad del ordinal 3º del artículo 597 del Código Judicial, sin detrimento del principio de publicidad y contradicción, porque en virtud de la notificación de ese auto la contraparte de quien presentó los recibos fue hecha sabedora de su presencia en el juicio, y dispuso del nuevo término probatorio para combatirlos en caso de que necesitasen ser contradichos.

Lo cual no significa que la Corte apruebe la equivocada actuación del inferior, al conceder término probatorio en relación con el *hecho* invocado como *nuevo* por el demandado. Pues, confrontando el informe de Secretaría del Juz-

gado, de fecha 1º de agosto de 1956, sobre vencimiento del término para pedir pruebas en la primera instancia, con el recibo de unos comprobantes de entrega de carbón, de fecha 2 de mayo de 1951, suscrito por J. Vicente Bernal a favor de Dioselino Cárdenas, en que se hace referencia a un supuesto endoso del crédito de Carlos J. Bernal, no resulta que el pretendido hecho nuevo de que quiso hacer mérito el demandado en su súplica de apertura a prueba en la segunda instancia, de haber ocurrido, lo hubiera sido con posterioridad al término para pedir la práctica de pruebas en la primera, motivo por el cual se aplicó indebidamente el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto número 243 de 1951. Porque, según este precepto, el *hecho nuevo,* para que legitime la concesión de término probatorio, a petición de parte, en la apelación de sentencias dictadas en juicios ordinarios, además del requisito de que pueda tener influencia en la decisión, debe llenar la exigencia de haber ocurrido "con posterioridad al término para pedir la práctica de pruebas en la primera instancia".

Como, no obstante lo cual, el segundo grado del juicio se abrió a prueba, no solo por los motivos alegados por el actor con fundamento en los ordinales 2º y 4º del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, sino en virtud del pretendido hecho nuevo alegado por el demandado, los recibos que forman los folios 8, 9, 15, 16, 17, 19 y 20 del cuaderno número 3, ingresaron por esta causa al proceso, como atrás está dicho, habiendo debido el sentenciador estimarlos, para deducir de ellos las conclusiones positivas o negativas a que en materia probatoria hubiera lugar.

Con todo, el yerro cometido por el juzgador, al ignorar los recibos de que se trata, no es bastante a producir la casación del fallo, como quiera que la estimación de los mismos no conduciría a contrarrestar la afirmación del demandante, de que por el demandado se le está debiendo la cantidad de $ 10.856.38 como saldo del precio de la venta, por las siguientes razones: porque sólo dos de esos recibos, los de fechas 11 de febrero de 1950 y 1º de octubre de 1951, son oponibles al demandante Bernal, por estar firmados por él y no haberlos objetado (art. 645 C. J.), sumando entrambos apenas la cantidad de $ 2.032.00, que correspondería a algunos de los abonos que le fueron hechos al actor, según su demanda presentada el 17 de noviembre de 1955. Los demás recibos, expedidos unos por J. Vicente Bernal y otros por Campo E. Mojica G., sin que aparezca que éstos tuvieron facultad alguna para obrar en nombre de Carlos J. Bernal, carecen de valor alguno contra éste, por no aparecer que los hubiera aceptado (arts. 1761 C. C. y 637 C. J.).

Precisa, pues, concluír que no fueron quebrantados en la sentencia los preceptos de ley sustancial de que el cargo trata.

15. *Cargo cuarto.* Está reducido a increpar al Tribunal la vulneración de los artículos 1638, 1639 y 1642 del Código Civil, en cuanto, no obstante haberse estipulado en la escritura del contrato que la entrega del carbón debía hacerse por Cárdenas en la "Fábrica de Ladrillos Andes" de esta ciudad, el Tribunal entendió que los contratantes sólo fijaron el lugar en donde debía entregarse el artículo, pero no designaron a persona distinta del demandante Bernal para que lo recibiera; y que, por lo tanto, al no aceptar que la sociedad denominada "Fábrica de Ladrillos Andes Limitada" tenía facultad para recibirlo, violó los textos legales referidos.

Se considera:

16. No demuestra el recurrente que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho al apreciar, como lo hizo, el citado pasaje de la referida escritura, que dice textualmente: "El comprador Cárdenas se obliga a entregar a Bernal Contreras, el carbón mineral de primera calidad, en la Fábrica de ladrillos 'Andes' de esta ciudad, Avenida trece (13) número cincuenta cero tres (50-03) Sur, o en el sitio que Bernal designe". El sentenciador entendió lo transcrito, en el sentido de que la "Fábrica de Ladrillos Andes" se había señalado como un lugar para la entrega del carbón, y no como una entidad diputada para recibirlo; y como el texto, no solamente se presta a este entendimiento, sino que su tenor literal lo impone, el cargo resulta vano.

17. *Quinto cargo.* Se hace consistir en que, por haber desconocido, tanto el recibo que obra en autos firmado por Vicente Bernal, en el que éste dice tener endosada en su poder una copia de la escritura número 158 de 25 de enero de 1950, como la providencia del Tribunal en que se ordenó al dicho Vicente la exhibición de tal copia, supuso el sentenciador existir en el demandante Carlos J. Bernal una personería sustantiva de que carece, por todo lo cual, al despachar favorablemente su pedimento, "quebrantó el contenido del artículo 300 del Código Judicial en relación con el artículo 33 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 1963 del Código Civil",

Se considera:

18. El recibo firmado por Vicente Bernal, como atrás se vio, nada prueba contra el actor, quien no lo otorgó, ni lo ha admitido.

La providencia que decretó la exhibición de la copia que se dice endosada, de la escritura número 158, recayó en un incidente promovido por el demandado contra un tercero, como lo es Vicente Bernal, quien no se allanó a presentar el documento. El resultado de su renuencia no es el de que se tenga por demostrada contra el demandante la existencia de tal copia con la pretendida nota de cesión y por lo mismo la enajenación o desapoderamiento de su derecho, lo que sería absurdo. Porque la regla del artículo 303 del Código Judicial, de que la desobediencia al decreto de exhibición, si es admisible la prueba de confesión, hace que se tenga por probado contra el renuente el hecho que con aquella se pretendía establecer, sólo puede tener cabida cuando el incidente de exhibición se ventila entre partes propiamente dichas; y porque la cesión de un crédito, para valer como tal, requiere, como uno de sus elementos formales, el otorgamiento de la nota o escrito de traspaso en la manera de que respectivamente tratan, según los casos, los artículos 1961 del Código Civil y 33 de la Ley 57 de 1887; y ciertamente no existe en el proceso copia de la escritura número 158 que ostente nota alguna de cesión de derechos otorgada por Carlos J. Bernal.

No incurrió, pues, el sentenciador en los defectos de estimación probatoria que en el cargo se le imputan, el que por lo mismo es impróspero.

19. Por cuanto hubo lugar a hacer una rectificación doctrinaria, no se hará condena en costas.

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 tres (3) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

DERECHO DE REPRESENTACION

Condiciones para su cumplimiento y obligación de demostrar el derecho a la herencia.

La ley llama a recoger la herencia intestada a determinados parientes del causante y al cónyuge supérstite (Ley 153 de 1887, art. 85). Como ella no presume en favor de nadie los vínculos que puedan unirlo con el causante, los pretendidos herederos necesitan demostrar el parentesco que se atribuyen, en razón que quien aspira beneficiarse en una determinada situación jurídica, debe probar que se halla efectivamente comprendido en ella, salvo presunciones legales en su favor, fenómeno que desplaza la carga de la prueba a la otra parte.

Del artículo 1041 del Código Civil se infiere que en la representación sucesoral figuran: el causante o persona en cuya herencia se sucede; el representado o persona que por no poder o no querer suceder deja vacante ese lugar; y, el representante, o sean los descendientes legítimos del representado a quienes llama la ley a ocupar el lugar de aquél en la sucesión.

El derecho de representación exige determinadas condiciones para su cumplimiento. Son ellas: que el lugar del representado esté vacante; que el representante tenga con el causante las cualidades necesarias para heredarlo; y, que los grados de parentesco intermedio estén vacantes.

Según el anterior planteamiento, a los herederos abintestato les corresponde demostrar su derecho a la herencia con las pruebas legales respectivas, en orden a establecer las condiciones requeridas por la ley para suceder por vocación de ella, bien porque ese llamamiento sea directo o ya indirecto, como sucede en el caso de la representación en que el representante por ocupar el lugar del representado, lo reemplaza o subroga, y adquiere los derechos hereditarios de aquel y finge, además, igual grado de parentesco con el causante.

Cuando la representación se cumple por el hecho de la muerte del representado, ese hecho debe demostrarse con la prueba legal respectiva, de la misma manera en que el heredero directo debe establecer la de su causante para acreditar su calidad de sucesor, sin que se pueda en aquella ocurrencia, como no se podría en ésta, sostener que por la aceptación que de la defunción hiciesen los otros parientes, quedase ella demostrada, pues, la ley ha creado prueba específica y aún el medio de cumplirla si se acredita la falta del documento principal.

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

(Magistrado ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

El señor Mario Cucalón Orejuela murió en Cali el 18 de noviembre de 1949.

Su madre Matilde Orejuela vda. de Cucalón vendió a Luis Vásquez Valencia los derechos "que le correspondan o puedan corresponderle" en la sucesión de su hijo legítimo, según consta en la escritura pública número 2893 de 20 de agosto de 1951, pasada ante el Notario número Primero de ese Circuito.

Se dice que al ser aprobada la partición en el juicio mortuorio del causante Mario Cucalón Orejuela, el 13 de diciembre de 1951, el comprador de los derechos Luis Vásquez Valencia, hizo traspaso de los bienes que componían la hijuela de doña Matilde, a los hijos legítimos de ésta, Alberto, Guillermo y Ana María Cucalón Orejuela.

El 24 de agosto de 1951, cuatro días después de haber otorgado la escritura número 2893, murió la señora Matilde Orejuela de Cucalón.

EL LITIGIO

Sus nietos Bernardo y Pedro Nel Cucalón Varona, por creer que la venta contenida en el instrumento antes citado, encubre donaciones hechas por doña Matilde a sus hijos Alberto, Guillermo y Ana María, con exclusión de los demandantes, quienes por ser hijos legítimos de Julio Cucalón Orejuela, fallecido el 10 de febrero de 1944, a su vez hijo legítimo de la presunta donante, y, afirmando el derecho de representar a su padre, demandaron en juicio ordinario a Luis Vásquez Valencia y a los Cucalón Orejuela, en acción de nulidad y, en subsidio, de simulación, con el objeto de que se reintegren los bienes a que el juicio se refiere a la sucesión de Matilde Orejuela vda. de Cucalón.

La sentencia de primera instancia declaró la simulación del contrato contenido en la escritura antes citada, e hizo las condenas correspondientes.

La de segundo grado revocó la del Juzgado y el Tribunal se abstuvo de fallar en el fondo. La parte actora recurrió en casación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Para llegar a la abstención de decidir sobre las peticiones formuladas por la demanda y a la revocación de la sentencia de primera instancia, el Tribunal discurrió del siguiente modo:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1013 del Código Civil, la herencia se defiere al heredero en el momento del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata. De allí que sea necesario, indispensable, condición *sine qua non* para heredar, la muerte de la que deja la herencia. Y la prueba de esa muerte o fallecimiento, es la que tenga establecida el legislador en el momento en que la herencia se defiere.

"Ahora, con base en lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, las partidas de origen eclesiástico sobre defunción de las personas bautizadas y muertas en el seno de la Iglesia Católica, constituyen plena prueba principal del estado civil y de la defunción de una persona.

"Pero vino después una nueva legislación que reglamentó totalmente la materia y que le quitó su valor de prueba principal a las partidas o actas de origen eclesiástico; y desde el año de 1938 está vigente una nueva reglamentación, radicalmente distinta a la norma de la Ley 57 de 1887. La Ley 92 de 1938, en su artículo 18, que es el que actualmente rige, dice textualmente así:

'Artículo 18. A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley'.

"De la lectura del artículo transcrito se deduce, sin lugar a la menor duda, que desde la vigencia de la Ley 92 de 1938, sólo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de las defunciones, las copias auténticas que expidan del registro del estado civil los Notarios, como así lo estatuye el artículo 1º de la mencionada Ley 92 de 1938.

"Las partidas de origen eclesiástico quedan como pruebas supletorias del estado civil y es bien sabido que para suplir la prueba principal se necesita demostrar su inexistencia por alguna causa conocida, como la desaparición por incendio, etc. Demostrado ese hecho, viene luego la prueba supletoria que puede ser múltiple, como la testimonial, la partida de origen religioso, etc., etc.

"A los autos se trajo por la parte actora la partida de origen eclesiástico del matrimonio de los padres de don Julio Cucalón Orejuela; la de nacimiento de éste, y la de su matrimonio, del mismo origen eclesiástico. Ello está bien, pues cuando tales hechos se realizaron, aún regía el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. Pero se acompañó también la partida o acta de origen eclesiástico sobre la defunción del señor Julio Cucalón Orejuela, visible esa partida al folio 17, expedida por el Párroco de la Iglesia Catedral de Cali, en vez de partida de carácter civil expedida por el Notario, pues tratándose de una defunción registrada en el año de 1944, debió tenerse en cuenta la vigencia de la Ley 92 de 1938, en su artículo 18, arriba transcrito.

"Y, como no existe la base de la acción, por carecerse del requisito legal indispensable, es claro que la demanda no puede prosperar, pues se echa de menos la prueba principal de que se ha hecho mérito, quedando, por consiguiente, el Tribunal relevado del estudio en sí del problema jurídico, y de las excepciones propuestas, pues es bien sabido que éstas buscan enervar la acción, la cual, si no progresa, les quita su operancia".

EL RECURSO

A través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se formulan cargos por errores de hecho y de derecho.

ERRORES DE DERECHO

a) Infracción directa de los artículos 1043 y 1044 del Código Civil, por considerar la sentencia impugnada que el señor Julio Cucalón Orejuela, en vez de representado en el fenómeno de la representación civil, es el causante. Esta violación condujo al fallador a exigir la prueba del fallecimiento del representado, como si se tratase del antecesor o causante de los actores.

b) Por interpretación errónea. Se hace consistir en el quebrantamiento del artículo 18 de la Ley 92 de 1938, por no distinguir entre el estado civil, cuando es el objeto de la litis, en cuyo caso debe aplicarse rigurosamente el precepto citado, y el estado civil que no es objeto del litigio, por una parte, ni se ha discutido en el juicio, por otra.

c) Infracción directa del artículo 1766 del Código Civil consagratorio de la teoría de la simulación - prevalencia, según la cual vale el acuerdo oculto sobre el ostensible, simulación que fue negada por la sentencia, por no haber probado la defunción de Julio Cucalón Orejuela mediante el certificado notarial.

d) Violación directa del artículo 1240 del Código Civil, que erige a los hijos legítimos en legitimarios, y el 23 de la Ley 45 de 1936 que señala el monto de la legítima rigorosa correspondiente al hijo legítimo —Julio Cucalón Orejuela en este caso—, en cuya representación han obrado en el juicio los demandantes, y a quienes la sentencia desconoció sus derechos por no haber llevado al juicio el acta notarial del fallecimiento.

e) Infracción directa de los artículos 1041, 1043 y 1044 del Código Civil, según los cuales, los nietos reciben por representación de sus progenitores, la herencia de los abuelos, a lo cual se opone la sentencia impugnada por no haber probado la defunción con partida notarial.

f) Por error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas: partida eclesiástica de defunción de Julio Cucalón Orejuela y de las respuestas dadas por los demandados a la pregunta 27ª (sic) del cuadro de posiciones formulado por los actores, con violación de los artículos 604 del Código Judicial y 18 de la Ley 92 de 1938.

ERRORES DE HECHO

a) En la estimación de la demanda, por no haber parado mientes el fallador en el hecho de que el estado civil fundado, en relación con los demandantes, sobre la prueba del fallecimiento de don Julio Cucalón Orejuela, no es el objeto de la acción incoada;

b) En la estimación a las contestaciones de la demanda, ya que el fallador no tuvo en cuenta que los demandados no hicieron de la prueba del fallecimiento motivo de controversia; y c) En la apreciación de las respuestas dadas por los demandados Alberto y Guillermo Cucalón a la pregunta 27ª (sic) del pliego de posiciones, ya que éstos aceptaron allí el estado civil de los demandantes.

LA CORTE CONSIDERA:

1º La ley llama a recoger la herencia intestada a determinados parientes del causante y al cónyuge supérstite. (Ley 153 de 1887, art. 85). Como ella no presume en favor de nadie los vínculos que puedan unirlo con el causante, los pretendidos herederos necesitan demostrar el parentesco que se atribuyen, en razón que quien aspira beneficiarse en una determinada situación jurídica, debe probar que se halla efectivamente comprendido en ella, salvo presunciones legales en su favor, fenómeno que desplaza la carga de la prueba a la otra parte.

2º El artículo 1041 del Código Civil, después de afirmar que se sucede abintestado, ya por derecho personal, ya por derecho de representación, define ésta de la siguiente manera: "La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder.

"Se puede representar —agrega— a un padre o una madre que, si hubiese podido o querido suceder, habría sucedido por derecho de representación".

3º Del artículo transcrito se infiere que en la representación sucesoral figuran: el causante o persona en cuya herencia se sucede; el representado o persona que por no poder o no querer suceder deja vacante ese lugar; y, el representante, o sean los descendientes legítimos del representado a quienes llama la ley a ocupar el lugar de aquél en la sucesión.

4º El derecho de representación exige determinadas condiciones para su cumplimiento. Son

ellas: que el lugar del representado esté vacante; que el representante tenga con el causante las cualidades necesarias para heredarlo; y, que los grados de parentesco intermedio estén vacantes.

5º Según el anterior planteamiento, a los herederos abintestado les corresponde demostrar su derecho a la herencia con las pruebas legales respectivas, en orden a establecer las condiciones requeridas por la ley para suceder por vocación de ella, bien porque ese llamamiento sea directo o ya indirecto, como sucede en el caso de la representación en que el representante por ocupar el lugar del representado, lo reemplaza o subroga, y adquiere los derechos hereditarios de aquel y finge, además, igual grado de parentesco con el causante.

6º Cuando la representación se cumple por el hecho de la muerte del representado, ese hecho debe demostrarse con la prueba legal respectiva, de la misma manera en que el heredero directo debe establecer la de su causante para acreditar su calidad de sucesor, sin que se pueda en aquella ocurrencia, como no se podría en esta, sostener que por la aceptación que de la defunción hiciesen los otros parientes, quedase ella demostrada, pues, la ley ha creado prueba específica y aún el medio de suplirla si se acredita la falta del documento principal.

A los Notarios y, en los Municipios donde no haya este funcionario, al Alcalde y a los Cónsules de Colombia en el Exterior, confía la ley llevar el registro del estado civil de las personas, y, a partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938, sólo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley, dice el artículo 18.

7º Como al juicio no se trajo la partida de defunción de Julio Cucalón Orejuela que se afirma ocurrida el 10 de febrero de 1944, expedida por Notario, sino una de origen eclesiástico, sin que se haya probado la falta de aquella, no se ha demostrado que está vacante el lugar del representado y, por eso, no puede aceptarse que los actores del juicio tengan el grado de parentesco que él tendría con relación a Matilde Orejuela vda. de Cucalón.

Se infiere de lo dicho que el fallador de segunda instancia no cayó en los errores que la demanda de casación señala.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, el 18 de diciembre de 1958.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, Guillermo Ospina Fernández, Conjùez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CULPA EXTRACONTRACTUAL.—CRITERIO SUBJETIVO.—POSICION DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.—PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD.—CUANDO CESA.—COMPENSACION DE CULPAS.—PODERES DISCRECIONALES DEL SENTENCIADOR

La responsabilidad indirecta es la que la ley presume por culpa en la elección o en la vigilancia de quienes como empleados causan daños a terceros por acción u omisión a propósito del papel representativo auxiliar que tienen recibido dentro del movimiento de la empresa.

Tal presunción de culpa exonera al demandante de la carga probatoria, y, si no es desvirtuada, se legitima en causa quien demuestre, por lo demás, el daño y la relación de causalidad entre la culpa presumida y el perjuicio.

Pero no se trata de presunción concluyente. Antes bien, se encuentra atemperada a la naturaleza propia de cada una de las diversas actividades a que suele aplicarse con provecho la iniciativa, el espíritu progresista y la industria de los hombres. Por ello, cesa la responsabilidad cuando el hecho no pudo ser impedido mediante la autoridad y el cuidado que incumbe a quienes por su posición en la empresa ocupan jerarquía superior. Y por ello, además, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (2357).

De esta manera, el sistema legal concede al Juez amplios poderes para valorar, en concreto y a la luz de las probanzas, el hecho y las circunstancias determinantes del daño, no solo en la tarea de deducir hasta dónde fue evitable, sino también en cuanto respecta a saber en qué medida la propia culpa de quien sufrió el perjuicio puede atenuar y aún suprimir la responsabilidad.

Es muy natural que deba ajustarse al rigor de las más exigentes medidas la conducta de los establecimientos de crédito, puesto que en grado eminente son depositarios de la confianza pública. Pero esto no elimina el criterio subjetivo de la culpa para transformarla en responsabilidad objetiva; tampoco cercena los poderes discrecionales del sentenciador para apreciarla y deducirla en concreto, ni los somete a censura en casación, salvo en los eventos excepcionales de arbitrariedad manifiesta por obvio desconocimiento de medios de prueba que evidencien lo contrario, o porque su juicio esté en pugna con los dictados elementales del buen sentido.

El mero hecho de que funcionarios de los bancos apenas hayan cumplido veinte años, no acredita por sí solo culpa en su elección, desde luego que es edad competente para la adecuada capacitación y desarrollo pleno de las facultades mentales; permite desde los dieciocho la habilitación de edad en lo civil, y la válida celebración del contrato de empleo en lo laboral, aparte de que por tratarse de representación auxiliar, no incide la capacidad legal del mandatario en la gestión que le ha sido encomendada, sino la del mandante, cuya plena y sobresaliente capacidad de operación es ostensible en los establecimientos bancarios.

El uso de los sellos cautelares del banco y de sus propios formularios para cheques de gerencia a fin de aparentar mejor la emisión y autenticidad del cheque, respalda la presunción legal de culpa, porque en principio envuelve descuido en la guarda y vigilancia de tales peligrosos y delicados elementos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, diecinueve (19) de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

La sociedad Touring Club de Colombia demandó por la vía ordinaria a la Sucursal de San Victorino del Banco del Comercio de Bogotá con las siguientes súplicas:

"1ª Que el Banco del Comercio, Sucursal de San Victorino de esta ciudad, está obligado al pago del cheque de gerencia, serie M-37, número 7065, de fecha 13 de marzo de 1958, girado a favor del señor Federico Londoño Palacio, por la suma de $ 39.250.00, moneda corriente, firmado y sellado con los sellos seco de relieve y protector que usa dicho banco en la emisión de cheques de esa naturaleza, a la sociedad *Touring Club de Colombia,* con domicilio en esta ciudad, actual beneficiario de dicho instrumento negociable, por cuanto su emisión y la negociación de que fue objeto, sólo fueron posibles debido a la culpa del banco demandado en grado de descuido, negligencia y omisión o falta de vigilancia en que incurrieron sus empleados encargados de aquellas funciones en las Secciones de Auditoría y de Cuentas Corrientes y de Cambio.

"2ª Que en virtud de la declaración anterior, el Banco del Comercio, Sucursal de San Victorino de esta ciudad, es responsable civilmente de la emisión y de la negociación de que fue objeto el cheque de gerencia, aludido en la súplica primera de esta demanda y, en consecuencia, debe pagar a mi mandante, la sociedad *Touring Club de Colombia,* con domicilio en esta ciudad, la suma de $ 39.250.00, moneda corriente, valor del cheque, como su beneficiario actual; más los perjuicios materiales y morales causados con su no pago por parte del banco demandado, perjuicios que se fijarán en el curso de este juicio, o conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial; y

"3ª Que se condene en costas al Banco del Comercio, Sucursal de San Victorino de esta ciudad, en caso de oposición".

Las afirmaciones de hecho están referidas a que la sociedad *Touring Club de Colombia* negoció el cuestionado cheque a través de cambio por dólares, mediante identificación del beneficionario Federico Londoño Palacio y llamadas telefónicas al Banco del Comercio, Sucursal de San Victorino, para verificar la autenticidad del instrumento; a la publicación tardía de anuncio por la prensa acerca de la pérdida de varios formularios para cheques de gerencia del mismo banco, serie M-37, números 7001 a 7100; a las reclamaciones verbales y escritas para obtener el pago, y a los perjuicios materiales y morales experimentados por aquella sociedad a consecuencia del rechazo de pago.

Puso término al debate en primera instancia el fallo absolutorio de 10 de noviembre de 1959 proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá, que, apelado por el actor, recibió confirmación el 3 de septiembre de 1960. Y es la oportunidad de resolver el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de situar la controversia en el campo de la responsabilidad por el hecho culposo de los empleados del banco que por negligencia o falta de vigilancia permitieran la utilización de formulario y sellos protectores en la factura del cheque cuestionado, el sentenciador sustenta su providencia en estos motivos sustanciales:

1. En que no se demostró que alguno de los empleados del banco sustrajera del talonario respectivo el ejemplar en que se materializó la falsificación o que hubiese intervenido en la maniobra; ni que el sello seco y el protector correspondieran a los que usa la sección de cambios, ni que el cheque se llenara en máquina de escribir perteneciente al banco o que se hubiera utilizado el teléfono de los empleados "para consumar la estafa de que fue víctima la sociedad demandante".

"En tales condiciones —expresa el Tribunal— el único hecho que pudiera generar la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del banco, consiste en la negligencia o falta de cuidado en el manejo de la chequera de gerencia prenombrada por parte del empleado a quien se le había confiado, pues sólo a ellas puede atribuírse la pérdida del ejemplar que luego resultó falsificado. Sin embargo, no se probó que el jefe de la Sección de Cambios en lugar de mantener la chequera bajo llave acostumbrara a dejarla encima de su escritorio o en otro sitio de fácil acceso a los demás empleados o personas extrañas al banco, ni hecho alguno semejante del cual se pudiera inferir la falta de cuidado del empleado en el manejo de la chequera, y por el contrario obran en el proceso pruebas que demuestran la diligencia, cuidado y pulcritud con que el jefe de la Sección de Cambios, señor Guillermo González Angulo, desempeñaba las funciones propias de su cargo entre las cuales se encontraba la de expedir cheques de gerencia, razón por la cual hay que descartar la negligencia o descuido del jefe de la sección de cambios como causa de la pérdida del cheque en cuestión".

Se refiere el sentenciador a la declaración de Enrique Arrázola Posada y a las certificaciones de la jefatura de personal de los Bancos Cafetero y del Comercio sobre el empleado Guillermo González Angulo, y continúa así:

"Síguese de lo dicho que no está demostrado que la sustracción del cheque memorado se hubiera debido a descuido, negligencia o falta de vigilancia del empleado a cuyo cargo estaba la chequera de gerencia, y, por consiguiente, que se dejó sin probar el hecho undécimo de la demanda en el cual se funda la responsabilidad que pretende deducírsele a la entidad demandada. Y al no haberse probado ese hecho, la presunción de culpa a cargo del banco en que pretendió colocársele con base en el artículo 2347 del Código Civil, no tiene lugar. Pero aún aceptando que el hecho imputado al empleado estuviera demostrado, las pruebas a que se hizo referencia desvirtúan totalmente la culpa presunta del banco, pues de ellas aparece que en la escogencia de dicho empleado procedió aquél con prudencia y buen juicio, y que vigiló en cuanto estuvo a su alcance, la actuación del mismo, de suerte que el hecho, de haberse producido se realizó sin que hubiera estado en poder del banco impedirlo".

2. En que el daño se debió exclusivamente a la propia culpa del demandante.

Dice al respecto la sentencia acusada:

"En sentir del Tribunal el daño que pudo sufrir la sociedad demandante se debió a su propia culpa, entendiendo por tal el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias en que estuvo dicha sociedad, pues del proceso aparece evidenciado el error de conducta en que incurrió aquella, tal como se expresa en los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

" 'En concepto de este Juzgado lo que es manifiesto no es la culpa del banco sino la de la sociedad *Touring*, o más exactamente de sus representantes, que ante la presencia de un instrumento de valor considerable han debido confirmar el cheque, obtener la visa del banco, su aceptación y no admitirlo en pago de los dólares sin haber hecho ninguna de estas diligencias, propias de una persona medianamente cuidadosa. Según dijimos atrás, dentro del juicio no se probó que se hubiera hecho llamada alguna para confirmar el cheque.

" 'Reafirma el descuido, la negligencia, la falta de previsión de la sociedad *Touring de Colombia*, la circunstancia afirmada por el gerente de que siempre que se ha tratado de recibir cheques de más de mil pesos se ha llamado a la gerencia del banco respectivo para confirmarlo. Porque si esa ha sido la manera ordinaria de obrar, la forma acostumbrada de proceder para evitar posibles engaños, lógicamente esa norma de conducta, ese diligente obrar no se observó en el caso del cheque, lo cual indica un quebrantamiento de esa norma, un descuido u omisión de la sociedad, la cual no procedió como hubiera procedido un hombre prudente y diligente en circunstancias semejantes...'

" 'Además, según anotábamos atrás, es evidente el descuido y la falta de previsión de la sociedad demandante, la cual obrando de manera distinta a como actuaba normalmente recibió sin confirmar, sin visa ni aceptación el cheque que le presentó el señor Londoño Palacio, lo que determina en nuestro parecer, el que el perjuicio sufrido por la sociedad *Touring de Colombia* se debió exclusivamente a su propia culpa y no a la que se pretendió hacer derivar de hechos cometidos por el banco'."

IMPUGNACION

Con fundamento en la causal 1ª de casación vienen propuestos tres reparos, a saber:

I. Violación "de la ley sustativa, a consecuencia de errores de hecho evidentes en los autos, por haber dejado de apreciar (el fallo) unas pruebas aportadas a ellos legalmente y por estimar erróneamente otras, situaciones que condujeron al sentenciador de segunda instancia a confirmar la sentencia del Juzgado del conocimiento, y a la consiguiente violación indirecta del artículo 2347 del Código Civil".

Estima el recurrente que fueron invertidos por el sentenciador los términos de la proposición jurídica contenida en el artículo 2347 "en el sentido de desplazar la carga de la prueba hacia el actor con prescindencia de la presunción de culpabilidad", y agrega:

"En el expediente existen pruebas, que no fueron tenidas en cuenta por el fallador y de las cuales se deduce la culpa *in eligendo* en que incurrió el banco en la escogencia del que, a su nombre debía realizar determinadas actividades en el desempeño de los cargos de dirección o administracción y manejo y de la falta de vigilancia necesaria de su parte sobre su representante o empleado, como paso a demostrarlo".

Entra a determinar como pruebas no tenidas en cuenta por el sentenciador:

a) La carta dirigida al Juez Permanente Central por el Gerente de la Sucursal de San Victorino del Banco del Comercio con fecha 27 de marzo de 1958, en que dice que Guillermo Fran-

co y Guillermo González Angulo son funcionarios autorizados para firmar e incluye sus autógrafos para efectos de investigación penal;

b) Certificación del Banco Cafetero acerca de que González Angulo trabajó allí como maquinista de cobranzas y auxiliar del departamento extranjero;

c) Declaración de Enrique Arrázola Posada sobre que como auditor del Banco del Comercio no se dio cuenta de la sustracción de ejemplares para cheques de gerencia sino cuando el Jefe de Cambios avisó al Gerente, pero en todo caso antes de la presentación del cheque. Alude a que el sello seco está a cargo de la auditoría, y el protector al cuidado del Jefe de la Sección de cambios;

d) Declaración de Guillermo González Angulo, quien a la sazón dice tener veinte años, ser Jefe de la Sección de Cambios de aquella dependencia bancaria, y haberse dado cuenta de la pérdida de esqueletos para cheques de gerencia el 13 de marzo de 1958;

e) Ejemplar de *El Tiempo* de 16 de marzo de 1958, para decir del retardo en el anuncio de extravío de tales esqueletos; y

f) Posiciones de Gustavo Rueda Gómez, Gerente de la Sucursal, quien, afirma el recurrente, se muestra en contradicción con el auditor y el Jefe de la Sección de Cambios.

En seguida comenta:

"...con esos elementos probatorios se acredita que el señor Jefe de Cambios del Banco del Comercio, Sucursal de San Victorino de esta ciudad, señor Guillermo González Angulo, era menor de edad, tenía veinte años en 1958, incapaz legalmente para asumir la dirección inmediata de un cargo que implica responsabilidad, administración y manejo de dinero, y por ende, con facultad dispositiva de éste, como que a través del giro de gerencia puede sacar los dineros del banco; por otra parte, y a pesar de la circunstancia anotada, de la minoridad del agente escogido, no fue nombrado para un cargo de igual categoría del que venía desempeñando en el Banco Cafetero, de simple subalterno, como eran los cargos de maquinista de cobranzas y auxiliar del Departamento Extranjero, pasó a Jefe de la Sección de Cambios, con la consecuencial desorganización en el manejo y guarda de los elementos a él confiados... omisiones que vienen a reafirmar, en el caso concreto en estudio, la presunción de culpa establecida por el artículo 2347 del Código Civil...

"Entonces —remata— este error evidente de hecho, consistente en no dar como probada la culpa del banco demandado, sin tener en cuenta las probanzas referidas y la presunsión de culpabilidad que opera en estos casos, llevó consecuencialmente al Tribunal, a la violación del artículo 2347 del Código Civil, al declarar confirmada la sentencia de primer grado y la consiguiente absolución de la entidad bancaria demandada".

II. Arguye error de derecho al darle valor probatorio a las certificaciones de los Bancos Cafetero y del Comercio, porque "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 ejercicio de sus funciones y además no existe disposición legal alguna que autorice este medio de prueba. De donde deduce que "como la producción de la prueba aludida se permitió sin autorizarla la ley, sin los requisitos legales y aplicándole luego la fuerza probatoria de los certificados expedidos conforme al artículo 632 del Código Judicial, se violó este artículo por el sentenciador y, consecuencialmente, el 2347 del Código Civil, inciso final, por aplicación indebida".

III. El último reparo consiste en aducir yerro manifiesto de hecho y violación indirecta del mismo artículo 2347 del Código Civil "por errónea apreciación de la prueba de la diligencia de absolución de posiciones del gerente de la sociedad demandante, doctor Stany Sirutis, que obra al folio 5, cuaderno número 3 —pruebas de la parte demandada— y por haber dejado de apreciar otras pruebas". Y agrega el recurrente:

"El Tribunal en la parte pertinente de su fallo le atribuye al 'descuido, la negligencia, la falta de previsión de la sociedad *Touring de Colombia*, o a su representante legal el que el perjuicio sufrido por dicha sociedad se debe exclusivamente a su propia culpa y no a la que se pretende hacer derivar de hechos cometidos por el banco'.

"El Tribunal estimó, la circunstancia afirmada por el Gerente, en la diligencia de absolución de posiciones, de que siempre que se ha tratado de recibir cheques de más de mil pesos se ha llamado a la gerencia del Banco respectivo para confirmarlo, y que como ese modo de obrar no se observó en el cheque discutido en este negocio, esta omisión determina, el que el perjuicio sufrido por la sociedad *Touring de Colombia* se debió exclusivamente a su propia culpa y no a la que se pretendió hacer derivar de hechos cometidos por el banco.

"Pero si se estudia y analiza la diligencia de absolución de posiciones comentada, se observa a

primera vista que los cheques a que se refiere el absolvente son los girados por los particulares, cheques comunes y corrientes, no los cheques de gerencia, los cuales son girados a favor de determinada persona por el banco y pagados por este mismo girador. De ahí que ellos no necesiten de las previsiones anotadas por el Tribunal sentenciador para los fines de su negociación. El Tribunal no tuvo en cuenta que el cheque distinguido como de la letra M-37, Nº 7065, fechado el 13 de marzo de 1958, girado por la suma de $ 39.250.00 es un cheque de gerencia, expedido en un ejemplar formalmente completo y por lo tanto presumible de autenticidad de la firma de los giradores".

Se considera:

1. El contexto de la demanda inicial demuestra que el actor no pretende hacer efectivo el derecho de crédito incorporado en un instrumento negociable, que en realidad no fue emitido, sino deducir responsabilidad aquiliana contra el Banco del Comercio por culpa de sus empleados en la Sucursal de San Victorino de Bogotá, según lo dispuesto por el artículo 2347 del Código Civil.

Es la responsabilidad indirecta que la ley presume por culpa en la elección o en la vigilancia de quienes como empleados causan daños a terceros por acción u omisión a propósito del papel representativo auxiliar que tienen recibido dentro del movimiento de la empresa.

2. Tal presunción de culpa exonera al demandante de la carga probatoria, y, si no es desvirtuada, se legitima en causa quien demuestre, por lo demás, el daño y la relación de causalidad entre la culpa presumida y el perjuicio.

Pero no se trata de presunción concluyente. Antes bien, se encuentra atemperada a la naturaleza propia de cada una de las diversas actividades a que suele aplicarse con provecho la iniciativa, el espíritu progresista y la industria de los hombres. Por ello, cesa la responsabilidad cuando el hecho no pudo ser impedido mediante la autoridad y el cuidado que incumbe a quienes por su posición en la empresa ocupan jerarquía superior. Y por ello, además, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (2357).

De esta manera, el sistema legal concede al juez amplios poderes para valorar, en concreto y a la luz de las probanzas, el hecho y las circunstancias determinantes del daño, no sólo en la tarea de deducir hasta dónde fue evitable, sino también en cuanto respecta a saber en qué medida la propia culpa de quien sufrió el perjuicio puede atenuar y aun suprimir la responsabilidad.

3. Es muy natural que deba ajustarse al rigor de las más exigentes medidas la conducta de los establecimientos de crédito, puesto que en grado eminente son depositarios de la confianza pública. Pero esto no elimina el criterio subjetivo de la culpa para transformarla en responsabilidad objetiva; tampoco cercena los poderes discrecionales del sentenciador para apreciarla y deducirla en concreto, ni los somete a censura en casación, salvo en los eventos excepcionales de arbitrariedad manifiesta por obvio desconocimiento de medios de prueba que evidencien lo contrario, o porque su juicio esté en pugna con los dictados elementales del buen sentido.

4. El mero hecho de que funcionarios de los bancos apenas hayan cumplido veinte años, no acredita por sí solo culpa en su elección, desde luego que es edad competente para la adecuada capacitación y desarrollo pleno de las facultades mentales; permite desde los dieciocho la habilitación de edad en lo civil, y la válida celebración del contrato de empleo en lo laboral, aparte de que por tratarse de representación auxiliar, no incide la capacidad legal del mandatario en la gestión que le ha sido encomendada, sino la del mandante, cuya plena y sobresaliente capacidad de operación es ostensible en los establecimientos bancarios.

El uso de los sellos cautelares del banco y de sus propios formularios para cheques de gerencia a fin de aparentar mejor la emisión y autenticidad del cheque, respalda la presunción legal de culpa, porque en principio envuelve descuido en la guarda y vigilancia de tales peligrosos y delicados elementos.

No aparece entonces muy feliz la primera motivación del fallo acusado, por cuanto olvidara la presunción de culpa establecida por el artículo 2347 del Código Civil, sin detenerse a examinar si el hecho pudo o no evitarse de acuerdo con la organización y sanas prácticas bancarias.

Pero si para el caso litigioso y en la segunda motivación prevaleció en el ánimo del sentenciador, como causa determinante del daño, la imprudencia de quien por la cuantía considerable del cheque no empleó los medios adecuados para cerciorarse de su autenticidad antes de negociarlo, no hay duda de que el juicio así formado en la instancia constituye en sí mismo razón suficiente para el fallo y para que prevalezca también en el recurso extraordinario.

Ese juicio, en vez de ser contraevidente, encuentra apoyo en la cautela habitual de los hombres de negocios y en la conducta de quienes por profesión se ocupan en el tráfico de los cambios. Como la sociedad demandante que, por boca de su gerente, reconoció dentro del juicio la costumbre por ella observada de consultar todos los cheques bancarios cuyo importe pasara de un mil pesos. Lo cual, sin distinción posible, incluye los cheques de gerencia, precisamente por los peligros de extravío y falsificación.

En efecto, dijo el gerente: "Estamos recibiendo los cheques bancarios de personas conocidas por nosotros o bien si conocemos exactamente la forma de cheques con sus sellos correspondientes. En caso de duda, llamamos a la gerencia del banco respectivo para confirmar el cheque. El mismo procedimiento estamos usando para todos los cheques bancarios de cantidad mayor de mil pesos".

Así, queda en pie la proposición del Tribunal de que el daño fue imputable exclusivamente a la imprudencia de quien lo haya sufrido, lo cual contrarresta y destruye por Ministerio del artículo 2357 la presunción de culpa establecida por el 2347 del Código Civil, disposición esta última que, en consecuencia, no ha sido violada.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 3 de septiembre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

El Secretario,

RELACIONES SEXUALES. — NOCION DE VIDA MARITAL

No es menester precisar el principio y fin del trato sexual. — Interpretación de la ley.

1. Demandar la declaración de filiación natural con base en el hecho de que un varón hizo "vida marital" con una mujer, por varios años, es afirmar que entre los dos hubo relaciones sexuales, y desde luego estables, porque la noción de "vida marital" encierra este carácter, máxime si, duró varios años, si bien la estabilidad en las relaciones sexuales que requiere el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45, la circunscribe el imperativo biológico, recogido por el artículo 92 del C. C., al espacio de ciento veinte días, comprendido entre el mínimo de ciento ochenta y el máximo de trescientos, a contar de la media noche en que empieza el día del nacimiento, de suerte que la firmeza del trato sexual, en puridad de verdad, se limita a cubrir esos ciento veinte días. Por lo mismo, si se señala no ya este término, sino el de varios años, no puede ponerse en duda que la "vida marital", en este caso, está caracterizada por la estabilidad exigida por el texto legal.

Es más: ya sostiene la doctrina de los Tribunales franceses que en ocasiones "no es necesario que el concubinato haya tenido lugar durante toda la época en que se presume la concepción, no obstante que el texto del artículo 340 del C. C. (de 1804), parece decir lo contrario, de modo que el abandono de la concubina desde el principio del embarazo no es óbice a la investigación, debiendo "investigar el Juez si había concubinato en la fecha probable de la concepción, determinada por indagaciones o peritazgos", y se citan varias sentencias, según puede verse en el "Traité Elémentaire de Droit Civil" de Planiol, Ripert y Boulanger. I. Nº 1111, 5ª ed., 1950 (Cita de la Casación de esta Corte, fechada el 28 de febrero de 1961, G. J., T. XCIV, números 2235-2236, pág. 572, 1ª).

Y decir que las relaciones revistieron la forma de "vida marital" y que duraron varios años, envuelve la invocación de su notoriedad.

No debe desviarse el sentido de la expresión "vida marital". Con tales palabras no puede significarse otra cosa que las relaciones sexuales estables y notorias, acentuadas por un trato social propio de esposos, pudiendo llegar a revestir en caso dado toda la apariencia de la unión legítima. La locución "relaciones sexuales", de que se vale el artículo 4º de la Ley 45, comprende diversas modalidades —desde el concubinato perfecto hasta el conocimiento sexual, sin comunidad de habitación, ni trato público de esposos—. A tales modalidades se refiere la casación antes citada, en su capítulo III, y de lo que la Corte dijo entonces y lo que dice ahora se sigue, sin lugar a duda, que con las mencionadas palabras "vida marital", no puede expresarse, en el ámbito del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, otra cosa que el nexo sexual entre varón y mujer, revestido de un tratamiento externo recíproco semejante al de cónyuges entre sí. Lo demuestra esta circunstancia: la respectiva presunción de paternidad natural fue originalmente redactada así: "Respecto del hombre que haya vivido maritalmente con la madre", y los antecedentes de la ley acreditan que la sustitución de estas palabras por las que trae el ordinal 4º, obedeció a la necesidad de no circunscribir las relaciones al concubinato o amancebamiento que a esto equivale, según tales antecedentes, la frase que emplea el proyecto primitivo y que fue reemplazada por ésta: "En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación...". Pero, el texto original no se suprimió porque fuese inadecuado o impropio hablar de "vivir maritalmente", para referirse a las relaciones sexuales de hombre y mujer.

2. No es indispensable que la demanda y la prueba de las relaciones sexuales precisen la fecha en que comenzaron y terminaron éstas.

La Corte ha dicho que basta que la época de la concepción esté comprendida dentro del lapso de las relaciones, sin que sea imprescindible determinar fijamente los extremos de aquélla. Así aparece de la casación de 20 de junio de 1950 (LXVII. 2033. 412), y en posteriores sentencias la Corte lo ha repetido.

3. La ley es instrumento llamado a regir las relaciones humanas, y por ello, debe interpretarse a base de lógica, no de fórmulas literales al parecer inflexibles, como a simple vista da la impresión de ser la empleada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45, en cuanto al principio y al fin del trato sexual.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio de investigación de la paternidad natural, de Martiniana Martínez, en representación de su hijo menor Alberto José Riascos Martínez, contra Carmen Labarcés viuda de Riascos y los herederos de César Riascos Cifuentes.

Recurrente: la parte actora.

I

ANTECEDENTES:

1. Este proceso da cuenta de la investigación de la paternidad natural que promovió ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ciénaga, Martiniana Martínez, madre natural de Alberto José Riascos Martínez, contra Carmen Labarcés viuda de Riascos, Alejandro, César, Alfredo, Rodrigo, Armando y Raúl Riascos Labarcés, Josefina Riascos de Llinás y Carmen Cecilia Riascos de Carrillo, y también de la acción de petición de herencia ejercida con apoyo en la pretendida calidad de hijo natural de Alberto José Riascos Martínez.

2. Afirma la demanda:

Que César Riascos C. hizo vida marital en la ciudad de Ciénaga, por varios años, con Martiniana Martínez, habiendo nacido de dicha unión un hijo —Alberto José Riascos Martínez— el 10 de noviembre de 1943.

Que César Riascos C. trató a Martiniana y a Alberto José, como mujer e hijo, respectivamente, hasta el 16 de agosto de 1949, día en que falleció. Al último, atendiendo convenientemente a su subsistencia y educación y presentándolo como tal a sus amigos y relacionados, tanto en la ciudad de Ciénaga, como en las poblaciones de la zona bananera.

Que la sucesión de Riascos C. se abrió en uno de los Juzgados del Circuito de Ciénaga y en ella fueron reconocidos como interesados la cónyuge sobreviviente Carmen Labarcés viuda de Riascos y los hijos legítimos del causante; y que el patrimonio del *de cujus* vale dos millones de pesos, en bienes inmuebles que la demanda especifica por su situación y linderos, y en dinero efectivo que reposa en entidades bancarias, más una casa ubicada en la ciudad de Miami, de Estados Unidos de Norteamérica.

3. Apoyado en estos hechos formuló las siguientes peticiones:

"Primera. Que Alberto José Riascos Martínez, nacido el día diez (10) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), en esta ciudad de Ciénaga, es hijo natural del señor César Riascos C., fallecido el diez y seis (16) de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) en Miami, Florida, Estados Unidos de Norteamérica, y quien tuvo su último domicilio en este Municipio de Ciénaga;

"Segunda. Que por tanto, el referido menor tiene derecho, de acuerdo con la ley, a los bienes dejados por su padre;

"Tercera. Que, como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, se ordene a los demandados entregar o restituír a mi mandante (el aludido menor) y en la proporción legal, los bienes sucesorales del señor César Riascos C., poseídos u ocupados por ellos y sus respectivos frutos desde el día de la muerte del referido señor César Riascos C., hasta el en que dicha restitución se verifique, y no sólo los frutos percibidos y que percibieren, sino los que mi mandante hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si tales bienes hubiesen estado en su poder;

"Cuarta. Que se condene en costas y perjuicios a los demandados, y

"Quinta. Que se ordene a todo acreedor de la sucesión del señor César Riascos C. o de la disuelta sociedad conyugal formada por éste y la demandada Carmen Labarcés de Riascos, que se abstenga de hacer pagos mientras no se haga a mi mandante la respectiva adjudicación".

Y se fundó en la Ley 45 de 1936 y concordantes del Código Civil, y 152, 194, 196, 205, 209, 734 y siguientes del Código Judicial.

4. La parte demandada se opuso a la litis; el juzgado falló la primera instancia favorablemente a la actora, tanto en lo concerniente a la filiación como a la petición de herencia y restitución de bienes; y apelada dicha decisión por ambas partes el Tribunal Superior de Santa Marta, la revocó y absolvió a los demandados.

Esta sentencia ha sido sometida al recurso extraordinario a solicitud de la demandante, y habiendo sido formulada y replicada la acusación, la Corte entra a decidir.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

La decisión del Tribunal sostiene, en síntesis:

a) Que en los hechos del libelo inicial "no se cita ninguno que dé idea de que entre el señor César Riascos C. y la señora Martiniana Martínez hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables. Se dice en el hecho 1º que 'hicieron vida marital', pero no que fuera de manera notoria y estable, como lo exige el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936". Y agrega la sentencia: "Se necesita precisar la fecha aproximada de cuándo comenzaron esas relaciones y cuándo terminaron para poder establecer si el niño nació dentro de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, si se trata o se asegura estar en el caso del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

b) Que "se invoca la Ley 45, pero no se cita la disposición precisa. Probablemente se quiso mencionar los artículos 4º y 6º pero en estas disposiciones hay varios hechos que son inconfundibles, que no son similares, de tal manera que su prueba es distinta completamente".

c) Que en cuanto a la posesión notoria del estado de hijo natural, no está probado el tiempo requerido por los artículos 398 del Código Civil y 7º de la Ley 45, porque Alberto José nació el 10 de noviembre de 1943 y César Riascos C. murió el 16 de agosto de 1949. Y

d) Que habiendo analizado el fallo del Juez la prueba sobre las relaciones sexuales, para concluír que la existencia de ellas está acreditada, con caracteres de notoriedad y estabilidad, no es el caso de examinar tales probanzas por no haber sido invocadas en la demanda las relaciones sexuales estables y notorias como causal de filiación.

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

5. El fallo aparece impugnado, por una parte, por error de hecho "en la apreciación e interpretación de la demanda", y por otra, "al dejar de apreciar los elementos probatorios que el demandante adujo en la primera instancia, en demostración de los hechos de la demanda", o sea, las relaciones sexuales estables y notorias, con la violación de los artículos 26 y 30 del Código Civil, 593, 693, 597, 698, 699, 701 y 702 del Código Judicial y consecuencialmente los artículos 4º, ordinal 4º y 18 de la Ley 45 de 1936, y 1321, 1322 y 1323 del Código Civil.

Así desarrolla al recurrente, en lo esencial, el cargo formulado:

"En efecto, honorables Magistrados, cuando el señor apoderado de la parte demandante afirma en los hechos primero y segundo del libelo principal 'que César Riascos C. hizo vida marital, por varios años, con la señora Martiniana Martínez en esta ciudad de Ciénaga', y 'que de esa unión entre el señor César Riascos C. y la señora Martiniana Martínez nació, en esta ciudad de Ciénaga, el demandante, en la fecha indicada en la parte petitoria de esta demanda', la verdadera intención que se deduce del contexto de tales afirmaciones, dándole a las palabras empleadas en ellas su verdadera significación es, para cualquier profano, que una vida conyugal como de casados, por varios años, no puede manifestarse sino por medio de relaciones sexuales estables, públicas y notorias, aunque no haya habido comunidad de habitación entre los concubinos, y que si el hijo de éstos ha nacido en determinada fecha, como lo expresa el hecho segundo de la demanda (10 de noviembre de 1943), cuando el hecho primero de la misma demanda afirma que la vida marital se hizo por los concubinos 'por varios años', la intención del demandante no puede circunscribirse al tiempo posterior al de la fecha de su nacimiento, sino también al anterior, dentro del cual se operó la concepción...

"El Tribunal sentenciador, pues, al decir en la providencia recurrida y respecto del proveído del sentenciador de primera instancia, que 'al estudiarse el fallo apelado se observa que allí se estudian, se analizan declaraciones de testigos para concluír sobre la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables, entre la señora Martiniana Martínez y el señor Riascos C., pero que estos hechos no fueron presentados en la deman-

da como base de ella y por ello no es oportuno su estudio', está cometiendo, contra toda justicia y equidad, y sin un análisis sustancial del contexto de la demanda materia de este juicio, un error evidente de hecho y violando la ley sustantiva, porque al proceder en esa forma, no buscó el verdadero sentido de los términos de la demanda ni menos la verdadera intención del demandante''.

Se considera:

6. Demandar la declaración de filiación natural con base en el hecho de que un varón hizo ''vida marital'' con una mujer, por varios años, es afirmar que entre los dos hubo relaciones sexuales, y desde luego estables, porque la noción de ''vida marital'' encierra este carácter, máxime si, como en el caso del pleito, duró varios años, si bien la estabilidad en las relaciones sexuales que requiere el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45, la circunscribe el imperativo biológico, recogido por el artículo 92 del Código Civil, al espacio de ciento veinte días, comprendido entre el mínimo de ciento ochenta y el máximo de trescientos, a contar de la media noche en que empieza el día del nacimiento, de suerte que la firmeza del trato sexual, en puridad de verdad, se limita a cubrir esos cientos veinte días. Por lo mismo, si se señala no ya este término, sino el de varios años, no puede ponerse en duda que la ''vida marital'', en este caso, está caracterizada por la estabilidad exigida por el texto legal.

Es más: ya sostiene la doctrina de los tribunales franceses que en ocasiones ''no es necesario que el concubinato haya tenido lugar durante toda la época en que se presume la concepción, no obstante que el texto del artículo 340 del Código Civil (de 1804), parece decir lo contrario, de modo que el abandono de la concubina desde el principio del embarazo no es óbice a la investigación'', debiendo ''investigar el Juez si había concubinato en la fecha probable de la concepción, determinada por indagaciones o peritazgos'', y se citan varias sentencias, según puede verse en el ''Traité Elémentaire de Droit Civil'' de Planiol, Ripert y Boulanger. I. Nº 1111, 5ª ed. 1950. (Cita de la Casación de esta Corte, fechada el 28 de febrero de 1961, no publicada aún en la ''Gaceta Judicial'').

Y decir que las relaciones revistieron la forma de ''vida marital'' y que durante varios años, envuelve la invocación de su notoriedad.

7. No debe desviarse —como lo pretende el opositor el sentido de la expresión ''vida marital'', que emplea la demanda refiriéndose a las relaciones de César Riascos C., y Martiniana Martínez. Con tales palabras no puede significarse otra cosa que las relaciones sexuales estables y notorias, acentuadas por un trato social propio de esposos, pudiendo llegar a revestir en este caso toda la apariencia de la unión legítima. La locución ''relaciones sexuales'', de que se vale el artículo 4º de la Ley 45, comprende diversas modalidades —desde el concubinato perfecto hasta el conocimiento sexual, sin comunidad de habitación, ni trato público de esposos—. A tales modalidades se refiere la casación antes citada, en su Capítulo III, y de lo que la Corte dijo entonces y lo que dice ahora se sigue, sin lugar a duda, que con las mencionadas palabras ''vida marital'', no puede expresarse, en el ámbito del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, otra cosa que el nexo sexual entre varón y mujer, revestido de un tratamiento externo recíproco semejante al de cónyuges entre sí. Lo demuestra esta circunstancia: la respectiva presunción de paternidad natural fue originalmente redactada así: ''Respecto del hombre que haya *vivido maritalmente con la madre*'', y los antecedentes de la ley acreditan que la sustitución de estas palabras por las que trae el ordinal 4º del artículo 4º, obedeció a la necesidad de no circunscribir las relaciones al concubinato o amancebamiento que a esto equivale, según tales antecedentes, la frase que empleaba el proyecto primitivo y que fue reemplazada por esta: ''En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación...'' Pero, el texto original no se suprimió porque fuese inadecuado o impropio hablar de ''vivir maritalmente'', para referirse a las relaciones sexuales de hombre y mujer.

8. De donde se infiere que como bastaba al juzgador la simple lectura de la demanda para entender el significado obvio de la misma, incurrió en error de hecho en la estimación de dicha pieza procesal.

9. Incurrió asimismo en otro error de hecho, consecuencial del anterior, al prescindir del examen de la prueba sobre el hecho de las relaciones sexuales, por haber negado que la parte actora hubiese afirmado esas relaciones, quedando, por tanto, esa prueba en el vacío a juicio del sentenciador.

10. El recurrente ha formulado el cargo comprendiendo ambos errores de hecho, pero basta el primero para abrir la casación de la sentencia, dado que las pruebas sobre la presunción cuarta de paternidad natural, son idóneas para

demostrar en este caso la citada presunción y que tal error condujo al juzgador a quebrantar en su ordinal 4º el artículo 4º de la citada Ley 45 de 1946.

IV

SENTENCIA DE INSTANCIA

a) Suplicada la declaración de paternidad natural, con fundamento en las presunciones cuarta y quinta del artículo 4º de la Ley 45, bien negada fue la última en la sentencia de instancia, por no reunir el factor tiempo que requiere la posesión notoria del estado de hijo natural.

b) Con respecto a la cuarta, como se expuso, la demanda la contiene al afirmar que César Riascos C. y Martiniana Martínez hicieron vida marital por varios años, en la cual fue procreado quien hoy impetra el reconocimiento de hijo natural del primero, de forma que la Corte debe estimar la prueba sobre este aspecto de la controversia.

c) No es indispensable que la demanda y la prueba de las relaciones precisen la fecha en que comenzaron y terminaron éstas. La sentencia recurrida sostiene lo contrario. La Corte ha dicho que basta que la época de la concepción esté comprendida dentro del lapso de las relaciones, sin que sea imprescindible determinar fijamente los extremos de aquéllas. Así aparece de la casación de 20 de junio de 1950 (LXVII. 2033. 412), y en posteriores sentencias la Corte lo ha repetido. En tal virtud, si los testigos en este negocio afirman que en el año de 1943 hacían vida marital César Riascos C. y Martiniana Martínez, y la criatura nació el 10 de noviembre del mismo año, no hay objeto en buscar el día en que esa vida comenzó ni la fecha en que concluyó, ya que los ciento veinte días en que necesariamente debió realizarse la concepción, están comprendidos en dicho año, aplicando la presunción del artículo 92 del Código Civil. La ley es instrumento llamado a regir las relaciones humanas, y por ello, debe interpretarse a base de lógica, no de fórmulas literales al parecer inflexibles, como a simple vista da la impresión de ser la empleada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45, en cuanto al principio y al fin del trato sexual.

d) La prueba de las relaciones sexuales entre César Riascos C. y Martiniana Martínez, consiste en numerosas declaraciones de testigos, entre los cuales los hay desde los cuarenta hasta los setenta años. Son ellos, entre otros: Bertilda Estrada Vargas (f. 6, C. 7º), Juan Pose de Rudas (f. 8), Blasina de la Rosa (f. 9 vt.), Santander Calderón (f. 101), Adolfo González Tejada (f. 103).

La Sala acoge el detenido examen crítico que hace la sentencia de primera instancia, de las expresadas pruebas, así como la conclusión de que con ellas se acreditan las relaciones sexuales con carácter de notorias y estables de los nombrados Riascos y Martínez, durante todo el año de 1943, que comprende en su integridad el lapso legal de la concepción.

Les consta directa y personalmente a estos declarantes, con clara razón de sus afirmaciones, por haber sido vecinos o amigos de la Martínez o amigos de César Riascos, en la ciudad de Ciénaga; por concurrir a la tienda que aquella servía, o visitarla en su morada, debido a sus relaciones de amistad, o por conducirlos allí el mismo César, la vida en común o marital que llevaban sin ocultarla a nadie; el tratamiento público que se prodigaban de marido y mujer y el hecho de pernoctar con frecuencia el varón en casa de Martiniana, a quien presentaba ante sus amigos sin reticencia alguna como su mujer. Y ello en forma tan intensa y a la vez ostensible que en todo el vecindario se tenía por evidente y cierto el trato sexual continuado entre los dos, así como la persuasión de que el hijo que iba a alumbrar la amante no podía ser sino de aquél, amén de la circunstancia asaz significativa de que nunca se tuvo conocimiento de que hombre alguno distinto de Riascos la visitase, dando ella pruebas claras de su fidelidad, al punto de que algunos testigos la califican de mujer honesta, refiriéndose sin duda a esta condición, considerada por la doctrina general, como hecho indicador muy seguro de que las relaciones sexuales han tenido una base de firmeza. Todo lo cual aparece corroborado por el hecho de haber Riascos buscado la comadrona que atendiese a Martiniana en el parto y de presentar a Alberto José, a sus amigos, como hijo de él. Aunque los hechos relativos a la posesión notoria del estado de hijo natural, a que algunos testigos se refieren, no cubren el lapso de diez años exigidos por la ley para constituír la presunción de paternidad natural consagrada por el ordinal 5º del citado artículo 4º, con todo son elementos probatorios que corroboran la convicción que se desprende de todo el haz de testimonios sobre la existencia, duración y notoriedad de las relaciones sexuales.

e) En virtud de esta calidad Alberto José Riascos Martínez tiene la de heredero legitimario de su padre natural, al tenor de los artículos 1040 y 1045 del Código Civil, por haber sido concebido vigente ya la Ley 45 de 1936

(art. 28 de esta Ley), de manera que está legitimado para ejercitar la acción de petición de herencia (art. 1321 del C. C.), contra la cónyuge sobreviviente y demás herederos de César Riascos C., en razón de la sola aceptación de la herencia, de acuerdo con la doctrina consagrada en casación de 28 de febrero de 1955 (LXXIX. 2150. 53).

f) En consecuencia, es procedente la restitución de los bienes que a título legitimario le cupieren al demandante, así como de los correspondientes a frutos y aumentos según los artículos 1322 y 1323 del Código Civil, debiendo tenerse a los demandados como poseedores de buena fe.

DECISION:

En mérito de las consideraciones 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 de fecha diez y seis (16) de mayo de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio ordinario seguido por Martiniana Martínez en representación de su hijo natural Alberto José Riascos Martínez, contra Carmen Labarcés viuda de Riascos, Alejandro, César, Alfredo, Rodrigo, Armando y Raúl Riascos Labarcés, Josefina Riascos de Llinás y Carmen Cecilia Riascos de Carrillo, y como Tribunal de instancia

RESUELVE:

Confirmar la sentencia de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida por el Juez 2º Civil del Circuito de Ciénaga, Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio de investigación de la paternidad natural mencionada, para que obre en los siguientes términos:

Primero. Declárase que Alberto José Riascos Martínez, nacido de Martiniana Martínez el diez (10) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), es hijo natural del señor César Riascos Cifuentes.

Segundo. Alberto José Riascos Martínez es, por tanto, heredero, en calidad de legitimario, de César Riascos Cifuentes, con derecho a que se le adjudiquen bienes de la herencia en el juicio mortuorio del mismo, para cubrirle la cuota que le corresponde conforme a la ley.

Tercero. Alberto José Riascos Martínez tiene derecho a que los demandados Carmen Labarcés viuda de Riascos, Alejandro, César Enrique, Alfredo, Rodrigo, Armando y Raúl Riascos L., Josefina Riascos de Llinás y Carmen Cecilia Riascos de Carrillo, le restituyan, de los bienes que ocupen o posean pertenecientes a la herencia de César Riascos Cifuentes, los que le correspondan a su cuota hereditaria y que le sean adjudicados, con los frutos y aumentos conforme a la ley.

Sin costas ni en la instancia ni en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS

En los juicios por usucapión entre comuneros, se sigue la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928. Presupuesto procesal de demanda en forma. — En qué consiste el error de derecho. — Se reitera la doctrina referente a que el reconocimiento que el comunero haga de la comunidad, no excluye el animus de la posesión.

1. La Ley 120 de 1928, para la declaratoria de pertenencia, estableció dos procedimientos: 1º El del juicio ordinario "con la persona o personas contra quien se pretenda hacer valer la prescripción" (art. 4º) de efectos puramente relativos; y, 2º El juicio especial o de edictos dirigido "contra todos los que se crean con algún derecho en el inmueble" (art. 7º) y de efectos erga omnes o contra todo el mundo.

La Ley 51 de 1943, que consagró la prescripción del comunero que posea todo el predio indiviso o una parte de él contra los demás comuneros y contra terceros extraños a la comunidad, dispuso en el artículo 3º que esta acción se debía deducir en "juicio ordinario siguiendo el procedimiento seguido en la Ley 120 de 1928". La Cámara de Representantes, cuando se adoptó el proyecto que vino a ser la Ley 51 de 1943, hizo constar que, al disponer el artículo 3º que se siga el juicio ordinario establecido por la Ley 120 de 1928", ha querido adoptar el sistema especial de emplazamiento y garantías a favor de demandados inciertos o desconocidos, del artículo 7º de la referida Ley 120 de 1928. Esta proposición se insertará en todas las ediciones de la ley por la cual se dictan algunas disposiciones sobre comunidades".

Basada en este y otros antecedentes de dicha ley, dijo la Corte: "De tal suerte que aun cuando los términos del artículo 3º de la Ley 51 de 1943 son un poco oscuros, para la Corte no hay duda de que la intención del legislador claramente manifiesta en la historia fidedigna de su establecimiento, fue la de exigir perentoriamente la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, en todos los juicios por usucapión entre comuneros, sea que la acción se dirija contra demandados ciertos o conocidos, sea que la acción se promueva contra demandados inciertos o desconocidos" (T. 79, pág. 156).

Infiérese que, si bien la declaratoria de pertenencia por usucapión de un comunero contra comuneros y terceros se adelanta siempre por la vía ordinaria, se distinguen también dos casos: a) Cuando el juicio se sigue contra comuneros ciertos y conocidos, caso en el cual la notificación con éstos se surte como lo preceptúan los artículos 312, 314, 316 y 317 del C. J., pero deben hacerse también los emplazamientos ordenados en el artículo 7º de la Ley 120; y, b) Cuando la acción se dirige contra comuneros y terceros inciertos y desconocidos, ocurrencia en la cual se debe citar como parte al Ministerio Público, y emplazarse a los demandados inciertos y desconocidos solamente con la fijación y publicación de los carteles que prescribe el citado artículo 7º

2º Según repetida doctrina de la Corte, para que la relación jurídico-procesal pueda constituírse debidamente, es indispensable que se reúnan los llamados presupuestos procesales, entre los cuales está el denominado de demanda en forma, consistente en que el libelo se acomode a las exigencias de los artículos 205, 209, 216 y 737 del Código Judicial. Cuando la demanda no llena las formalidades todas, se presenta la falta de dicho presupuesto procesal, que tiene como consecuencia el que el fallador se inhiba de pronunciar sentencia de mérito, precisamente porque no se halla formada la relación jurídico-procesal que le permita penetrar en el estudio a fondo del negocio.

Es cierto que en otro tiempo este fenómeno procesal, se consideró como excepción sustantiva

de inepta demanda, o de petición de modo indebido, y su pronunciamiento equivalía a la inhibitoria de fallar de mérito el negocio, ya que solo causaba cosa juzgada formal, porque dejaba al demandante expedita la vía para instaurar nuevamente la acción.

Pero la Corte revaluó esta doctrina, al consagrar la de los presupuestos procesales, y expresamente considera que la falta de cualquiera de ellos no constituye excepción perentoria, porque no se trata de un hecho al cual le dé la ley la virtud de desconocer la existencia de un derecho o de extinguirlo si alguna vez existió, las informalidades de la demanda solamente posponen o aplazan el ejercicio de la acción.

Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en casaciones de 21 de julio de 1954 y 19 de agosto del mismo año (G. J., T. LXXVIII, págs. 104 y 349).

3. El error de derecho lo tiene repetido la Corte, consiste en que el fallador le de a una prueba el valor que no le reconoce la ley, o que le desconozca el que ella le asigna. Por lo mismo, con esta equivocación, la primera norma que viola el juez es la que fija el valor de un medio probatorio, y por causa de tal trasgresión, infringe indirectamente las normas sustantivas. De ahí por qué, en la acusación por error de derecho, el recurrente debe citar tanto las disposiciones legales que señalen el mérito probatorio del medio erróneamente acreditado, como las sustantivas indirectamente infringidas.

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

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

José Elcías Caicedo Millán, debidamente representado, pidió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá que, "previo el traslado ordenado por la ley para el señor agente del Ministerio Público" y emplazamiento "por carteles de todos los que se crean con algún derecho en el inmueble", se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que pertenece al señor José Elcías Caicedo Millán, por haberlo adquirido por prescripción, un fundo rural agrícola, ubicado dentro de los terrenos indivisos conocidos con el nombre de *'El Negro'* y *'Paila Arriba'*, o *'El Negro'*, en jurisdicción del Municipio de Zarzal, en este Departamento, determinado por los siguientes linderos especiales: Norte, con propiedad de Ingenio Riopaila, y de Hacienda 'El Medio'; Oriente, con el cauce del río 'La Paila' y terrenos ocupados por David Antelmo Caicedo; por el Occidente, con propiedades de Ingenio 'Riopaila' y de Manuel Angel; y por el Sur, con propiedades ocupadas por Manuel Angel y Bernardo Caicedo Millán;

"b) Que por razón de la declaración anterior, el lote antes determinado queda segregado del indiviso *'El negro'* y 'Paila Arriba', o *'El Negro'*, cuyos linderos aparecen en los hechos del libelo, y esta segregación debe anotarse en la matrícula del indiviso que debe abrir el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tuluá, y

"Que la sentencia en que usted haga las declaraciones anteriores debe ser registrada en el Libro Primero para que surta todos los efectos legales señalados en el artículo 2534 del Código Judicial".

La *causa petendi* la expresa en los siguientes hechos:

1º Desde hace más de treinta años que el actor fundó una finca agrícola y de pastos talando montes, en la cual ha hecho siembras y levantado edificaciones, con una extensión superficiaria de más de doscientas plazas y determinada por los linderos que se expresan en la primera súplica.

2º Durante este tiempo ha poseído quieta y pacíficamente el fundo relacionado ejerciendo actos de dueño como construcciones de casas y de cercas, siembra de pastos, cultivos agrícolas, crianza de ganado vacuno y caballar, recolección de cosechas y utilización de maquinaria para agricultura.

3º En este terreno "no existen yacimientos de hidrocarburos ni otros bienes que hayan sido materia de reservas de la Nación o que hayan sido declarados imprescriptibles".

4º El terreno poseído por el demandante se halla dentro del indiviso conocido con el nombre de "El Negro" y "Paila Arriba" o "El Negro", ubicado en el Municipio de Zarzal y comprendido por los linderos que se expresan en este hecho.

5º El demandante es "derechoso en la Comunidad" dicha por compra de acciones a Manuel Millán G. por medio de la escritura número 82 otorgada el 24 de enero de 1942 en la Notaría 3ª de Cali, debidamente registrada. El tradente había adquirido los mismos derechos por compra a Olimpo Millán según escritura número 1923 de 11 de octubre de 1923, extendida en la

Notaría de Zarzal; este tradente hubo los derechos en la comunidad por compra al mismo Manuel Millán, conforme a la escritura número 53 de 7 de julio de 1920 pasada en la misma Notaría de Zarzal; a Manuel Millán le habían sido adjudicados tales derechos en la mortuoria de su padre Manuel Millán Moreno.

6º La posesión de Caicedo Millán "no ha sido interrumpida ni natural ni civilmente y ha sido ejercida por él en forma exclusiva, en forma personal y directa".

En derecho invoca el Título 41 del Código Civil las disposiciones vigentes de las Leyes 120 de 1928 y 51 de 1943. En cuanto al procedimiento, los artículos 7º y siguientes de la misma Ley 120 y los concordantes del Código Judicial.

El Juzgado aceptó la demanda como ordinaria, dispuso dar traslado al Personero Municipal como agente del Ministerio Público, ordenó emplazar a todos los que se crean con derecho en el inmueble materia de la acción en los términos de los artículos 7º y 8º de la Ley 120 de 1928. Asimismo mandó emplazar a todos los comuneros del indiviso "El Negro" y "Paila Arriba" o "El Negro" de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código Judicial.

El Personero descorrió el traslado manifestando que no se oponía a las pretensiones del actor, pero pidió se abriera el negocio a prueba para que se acrediten los hechos expuestos en el libelo.

El curador *ad litem* designado a los comuneros emplazados hizo manifestaciones semejantes a las del agente del Ministerio Público.

El Juzgado dio término a la primera instancia en sentencia favorable a las pretensiones del demandante, que recurrida en apelación por el curador *ad litem* de los comuneros emplazados, fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga por fallo de diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, y resolvió, además, que no hay lugar a declarar la nulidad solicitada por Luis E. Arias Alvarez.

La sentencia de segundo grado considera que el libelo alega la prescripción extraordinaria de la finca agrícola que singulariza, ubicada en el indiviso de "El Negro" y "Paila Arriba", cuyos linderos trae el hecho 4º de la demanda. Añade que la prescripción ordinaria "sólo sería viable en el caso *sub lite* de existir demandados ciertos que hubieren comparecido al juicio, pues los efectos del fallo serían limitados, por no ser él oponible *erga omnes*. Lo que no ocurre con la prescripción ordinaria".

Halla sustentada la acción en los siguientes elementos de convicción:

La escritura número 82 de 1942 por medio de la cual el demandante Caicedo Millán adquirió de Manuel Millán G. derecho en la comunidad, quien a su vez lo hubo en la sucesión de Manuel Millán Moreno, origen de dicha comunidad.

Los certificados de la Oficina de Registro de los cuales se deduce la existencia del proindiviso con los mismos linderos generales que expresa la demanda, y donde consta la historia de la comunidad en el terreno de 483 hectáreas 4.320 metros cuadrados, adjudicadas *ad valorem* a los sucesores de Manuel Millán Moreno, entre los cuales figura Manuel Millán a quien "se paga con $ 45.55 en las 485 hectáreas 4.320 metros cuadrados".

La prueba testimonial integrada por los deponentes Pedro Agudelo, Francisco Díaz Gómez, Roque Díaz Moreno, José Abel González, Luis Emiro Mazuera, Vicente Mosquera D. y Benjamín Primero, los cuales sacan "avante la afirmación del demandante de haber fundado la finca hace más de treinta años, con sus propios esfuerzos, haberla poseído con ánimo de señor y dueño y explotado económicamente".

La inspección ocular con el dictamen de peritos demostró satisfactoriamente "no solo la posesión y explotación agrícola y ganadera del fundo por el demandante Caicedo Millán, proveniente de muchos años, sino también la identificación del predio que está cercado y que es conocido con el nombre de El Porvenir, como el mismo cuya declaración de pertenencia se ha solicitado y ubicado dentro del comunero de Paila Arriba según los linderos generales del libelo y los certificados de registro que coinciden".

Y después de otras consideraciones sobre las certificaciones expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tuluá, concluye: "Todo lo expuesto conduce a sostener la admisibilidad de la usucapión pedida por el señor José Elcías Caicedo Millán como comunero de 'Paila Arriba' y fundada en la Ley 51 de 1943, y demostrar la legalidad de la providencia que declara la usucapión".

El apoderado de Luis E. Arias Alvarez y el curador *ad litem* de los comuneros del indiviso "El Negro" propusieron contra la sentencia del Tribunal recurso extraordinario de casación, que entra a decidirse, toda vez que su tramitación se halla cumplida.

Tres cargos le formula el apoderado de los recurrentes al fallo "comprendidos en las causales que señalan los ordinales 1º y 6º del artículo 520 del Código Judicial".

"1º Violación de la ley sustantiva por infracción directa. 2º Haberse incurrido en la causal de nulidad señalada en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, sin que tal nulidad haya sido saneada en conformidad con la Ley 3ª. Violación de la ley sustantiva como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, y en la falta de apreciación de otras".

La lógica jurídica exige que se estudie en primer término la tacha referente a la causal de nulidad.

Primer cargo (segundo de la demanda).

Alega la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial "por haber incurrido en el juicio en la causal de nulidad señalada en el ordinal 3º del artículo 448 del mismo Código, sin que tal nulidad haya sido saneada en conformidad con la ley".

Pretende demostrarlo con estas razones:

El Juez, interpretando que la demanda promovía un juicio ordinario contra los comuneros del indiviso de El Negro y Paila Arriba o El Negro, dispuso en el auto admisorio de la demanda emplazarlos con arreglo al artículo 317 del Código Judicial.

Cumplidos los emplazamientos ordenados, se les notificó la demanda a los comuneros por medio de curador *ad litem*.

Pero como esta forma de notificación tiene el carácter de supletoria de la principal, que es la hecha al demandado "en su propia persona o en la de su representante preconstituído", no puede emplazarse sino cuando concurren las circunstancias que determina el artículo 317, a saber: "que la residencia del demandado no sea conocida o se trate de persona incierta. Circunstancias que por lo demás, deben ser indicadas de manera expresa en la demanda. Sin ello no le es dado al Juez ordenar la notificación en la forma supletoria y extraordinaria del artículo 317 del Código Judicial".

La citación y el emplazamiento a los comuneros que han debido ser llamados al juicio, quedó hecha en forma ilegal. Lo que entraña la causal de nulidad alegada.

Si hubiere de entenderse que los mismos comuneros quedaron emplazados por los edictos y publicaciones hechos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, alega el recurrente la misma causal de nulidad respecto de tales emplazamientos, en cuanto se refieren a los demás comuneros, porque según la norma citada, para proceder con ellos en dicha forma, es indispensable que fueran personas desconocidas, lo que ha debido expresarse en la demanda.

Llama la atención a que, al tenor de los artículos 1º de la Ley 51 de 1943 y 4º de la 120 de 1928, los comuneros deben ser obligatoriamente llamados al juicio, y a que la nulidad no ha sido saneada, ya que si bien uno de los comuneros se presentó a alegarla, no ocurrió lo propio con los demás "y la comunidad en este caso es indivisible".

Se considera:

La Ley 120 de 1928, para la declaratoria de pertenencia, estableció dos procedimientos: 1º El del juicio ordinario "con la persona o personas contra quien se pretenda hacer valer la prescripción" (art. 4) de efectos puramente relativos; y, 2º El juicio especial o de edictos dirigido "contra todos los que se crean con algún derecho en el inmueble (art. 7) y de efectos *erga omnes* o contra todo el mundo.

La Ley 51 de 1943, que consagró la prescripción del comunero que posea todo el predio indiviso o una parte de él contra los demás comuneros y contra terceros extraños a la comunidad, dispuso en el artículo 3º que esta acción se debía deducir en "juicio ordinario, siguiendo el procedimiento seguido en la Ley 120 de 1928". La Cámara de Representantes, cuando se adoptó el proyecto que vino a ser la Ley 51 de 1943, hizo constar que, al disponer el artículo 3º que se siga el juicio ordinario establecido por la Ley 120 de 1928, "ha querido adoptar el sistema especial de emplazamiento y garantías a favor de demandados inciertos o desconocidos, del artículo 7º de la referida Ley 120 de 1928. Esta proposición se insertará en todas las ediciones de la ley por la cual se dictan algunas disposiciones sobre comunidades".

Basada en este y otros antecedentes de dicha ley, dijo la Corte: "De tal suerte que aun cuando los términos del artículo 3º de la Ley 51 de 1943 son un poco oscuros, para la Corte no hay duda de que la intención del legislador claramente manifiesta en la historia fidedigna de su establecimiento, fue la de exigir perentoriamente la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, en todos los juicios por usucapión entre comuneros, sea que la acción se dirija contra demandados ciertos o conocidos, sea que la acción se promueva contra demandados inciertos o desconocidos". (T. 79, pág. 156).

Infiérese que, si bien la declaratoria de pertenencia por usucapión de un comunero contra co-

muneros y terceros se adelanta siempre por la vía ordinaria, se distinguen también dos casos: a) Cuando el juicio se sigue contra comuneros ciertos y conocidos, caso en el cual la notificación con estos se surte como lo preceptúan los artículos 312, 314, 316 y 317 del Código Judicial pero deben hacerse también los emplazamientos ordenados en el artículo 7º de la Ley 120; y b) Cuando la acción se dirige contra comuneros y terceros inciertos y desconocidos, ocurrencia en la cual se debe citar como parte al Ministerio Público, y emplazarse a los demandados inciertos y desconocidos solamente con la fijación y publicación de los carteles que prescribe el citado artículo 7º.

El demandante Caicedo Millán expresamente pidió en el libelo correr traslado de la demanda al Personero Municipal "conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928 y que se emplace por carteles a todos los que se crean con algún derecho en el indiviso cuya declaratoria de prescripción solicito a favor de mi representado".

Más clara no puede ser la intención del actor en el sentido de que la acción no se dirige contra comuneros y terceros ciertos y conocidos, sino contra comuneros inciertos y desconocidos, porque se acogió precisamente al caso de emplazar a todos los que se crean con algún derecho en el inmueble cuya pertenencia pretende, que es precisamente el caso que el artículo 7º de la Ley 120 estableció para los demandados inciertos o desconocidos, con la diferencia de que en este evento se seguía el procedimiento especial consignado en esta ley, del cual se conservó para la prescripción entre comuneros solamente la notificación por edictos o carteles y publicaciones, ya que la vía señalada es siempre la ordinaria.

Reconocido por el recurrente que los edictos se fijaron y publicaron como lo manda la norma citada, hay que concluír que el emplazamiento se hizo no solamente para los comuneros inciertos y desconocidos para el demandante, sino para terceros, en otros términos, para cualesquiera personas que pretendieran algún derecho en el inmueble poseído por el demandante.

El cumplimiento de esta formalidad era suficiente para concluír que los comuneros inciertos y desconocidos y terceros con algún interés se hallan debidamente emplazados.

Pero el Juez, teniendo en cuenta que de los dos casos que se pueden dar en la declaratoria de prescripción de un comunero contra comuneros y terceros, se trataba del en que estos son inciertos, quizá con la facultad inquisitiva que le confiere el artículo 9º de la Ley 120, dispuso en el auto admisorio dar aplicación al artículo 317 del Código Judicial emplazando por edicto a los comuneros del indiviso del Negro y Paila Arriba o simplemente El Negro, cumplido lo cual les nombró un curador *ad litem,* que es uno de los recurrentes.

El Juzgado, al ordenar y cumplir esta formalidad indudablemente se basó en el fallo citado de la Corte, en el cual acepta que una vez hechos los emplazamientos ordenados por el artículo 7º a las personas inciertas demandadas, se notificará la demanda al curador que se les nombre. "Aparece así en estos juicios la figura procesal de litis consorcio necesario en la parte demandada. Este se halla constituído... por los comuneros inciertos y desconocidos citados por edictos públicos y asistidos por un curador *ad litem,* y por el agente del Ministerio Público". (T. 79, pág. 156).

En los emplazamientos cumplidos en los términos del artículo 317 del Código Judicial hubo exceso de formalidades, consecuencia del celo del Juez en garantizar los derechos de los demandados inciertos y desconocidos, pero no falta de citación y emplazamiento de ellos.

Segundo cargo (1º de la demanda).

Dice el recurrente que no obstante la obligación en que está el Juez por mandato del artículo 343 del Código Judicial de reconocer en la sentencia toda excepción que halle probada, excepto la de prescripción, no declaró la de ineptitud sustativa de que adolece la demanda, "por cuanto en ella no se expresó el nombre de los comuneros demandados en el juicio de pertenencia, ni se dijo que tales comuneros fueran personas inciertas, para que, según lo uno o lo otro, se les notificara la demanda en persona, o por medio de curador *ad litem* previo emplazamiento, como se hizo".

El artículo 205 del Código Judicial impone como requisito esencial de toda demanda, la expresión del nombre de "las partes y el de su representante si aquellas no comparecen o no pueden comparecer por sí mismas".

Siendo excepcional que la parte demandada está constituída por personas inciertas o desconocidas, "debe expresarse esta circunstancia en la demanda para que así quede excusado el demandante de mencionar sus nombres".

Este requisito no es de simple forma sino de fondo, ya que tiene la finalidad de precisar las personas contra quienes ha de producir efectos la sentencia". Su omisión genera, por tanto, una petición de modo indebido, hecho que constituye

excepción perentoria como que radica en una ineptitud sustantiva de la demanda.

El Tribunal sentenciador ha debido reconocer de oficio dicha excepción y fallar en consonancia con ella, "No lo hizo así, desobedeciendo el mandato del artículo 343 del Código Judicial, e incurriendo de ese modo en infracción directa".

Se considera:

Según repetida doctrina de la Corte, para que la relación jurídico-procesal pueda constituírse debidamente, es indispensable que se reúnan los llamados presupuestos procesales, entre los cuales está el denominado de demanda en forma, consistente en que el libelo se acomode a las exigencias de los artículos 205, 209, 216 y 737 del Código Judicial. Cuando la demanda no llena las formalidades todas, se presenta la falta de dicho presupuesto procesal, que tiene como consecuencia el que el fallador se inhiba de pronunciar sentencia de mérito, precisamente porque no se halla formada la relación jurídico-procesal que le permita penetrar en el estudio a fondo del negocio.

Es cierto que en otro tiempo este fenómeno procesal, se consideró como excepción sustantiva de inepta demanda, o de petición de modo indebido, y su pronunciamiento equivalía a la inhibitoria de fallar de mérito el negocio, ya que solo causaba cosa juzgada formal, porque dejaba al demandante expedita la vía para instaurar nuevamente la acción.

Pero la Corte revaluó esta doctrina, al consagrar la de los presupuestos procesales, y expresamente considera que la falta de cualquiera de ellos no constituye excepción perentoria, porque no se trata de un hecho al cual le dé la ley la virtud de desconocer la existencia de un derecho o de extinguirlo si alguna vez existió, las informalidades de la demanda solamente posponen o aplazan el ejercicio de la acción.

Al respecto la Corte ha dicho: "Es grave error erigir en excepción perentoria la simple carencia de un presupuesto procesal. Se trata de fenómenos distintos: aquella siempre es un medio de defensa que se refiere al fondo del asunto, mientras que la última afecta la constitución de la relación jurídico procesal. Probada una excepción perentoria el Juez debe dictar fallo de fondo absolutorio. Advertida la falta de un presupuesto procesal, el Juez debe abstenerse de fallar en el fondo" (T. 78, pág. 104).

"La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (Ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto procesal correspondiente (demanda en forma)". (T. 78, pág. 349).

La tacha es inconducente.

Tercer cargo.

Lo desarrolla en la siguiente forma:

"Por su aplicación a hechos inexistentes, y como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, los cuales habré de señalar, fueron violados en la sentencia los siguientes preceptos de la ley sustantiva":

El artículo 2518, inciso 1º del Código Civil, que consagra la prescripción adquisitiva en general; el 2531, ibídem, que trata de la prescripción extraordinaria; 2532, ibídem y el 1º de la Ley 50 de 1936, que señalan el tiempo requerido para esta especie de usucapión, y los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943.

Al confirmar el Tribunal la sentencia de primera instancia, que declaró probada en favor del demandante la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio reclamada en la demanda, dio aplicación a las normas citadas. Pero las aplicó a dos hechos no probados, vale decir, inexistentes, a saber: "La posesión del demandado sobre la porción de terreno a que se refiere la demanda, y la existencia de la comunidad sobre el predio dentro del cual se dice comprendida aquella porción del terreno. Para llegar a este resultado, dejó de apreciar el Tribunal, por error de hecho, un elemento de prueba de que excluye la existencia de la pretendida posesión y apreció con errores de derecho los certificados de registro sobre la existencia de la pretendida comunidad".

E intenta demostrar el error de hecho exponiendo que el Tribunal apreció la escritura número 82 de 24 de enero de 1942, como prueba del derecho de comunidad del demandante en el indiviso de "El Negro". Pero dejó de apreciar el contenido de dicho instrumento en cuanto dijo comprar los derechos del vendedor "en los terrenos proindiviso denominados 'El Negro y Paila Arriba' por los linderos generales expresados en la demanda "sin excluír la porción de terreno cuyo dominio pretende haber adquirido por prescripción".

Transcribe el siguiente pasaje de la escritura que dice dejó de apreciar el fallador en relación con el ánimo de dueño del pretendido poseedor: "...aclarando que en los terrenos de 'El Negro'

tiene el comprador un fundo agrícola que queda amparado con los derechos que compra''.

El reconocimiento del comprador y hoy demandante de que el derecho de comunidad, objeto de la compraventa, se extendía a los terrenos de ''El Negro'', ''inclusive a la porción explotada por el comprador'', excluye el ánimo de dueño de éste sobre dicha porción de terreno''. Es de toda claridad que si hubiera tenido el ánimo de dueño, hubiera excluído de la compra de derechos de comunidad al lote materia de la pretendida posesión. El no haberlo hecho entraña un reconocimiento de dominio ajeno, el de la comunidad, en esa porción de terreno''.

En presencia de esta prueba que el Tribunal dejó de apreciar por error de hecho, concluye el impugnante que, si bien se demostró la explotación económica del terreno demandado, ''no está probada su posesión por el demandante'' y para los fines del artículo 1º de la Ley 51 de 1943, no basta la explotación económica sino que es necesaria la posesión con la plenitud de sus elementos''.

El error de derecho en la estimación de los certificados de registro traídos al juicio en relación con la existencia de la comunidad, lo funda en dos razonamientos:

''1º El certificado que se acompañó a la demanda no acredita el origen de la pretendida comunidad ni su historia, como lo exige el artículo 5º de la Ley 51 de 1943, sino solamente el modo de adquisición del derecho de condominio que alega el demandante por sus antecesores hasta llegar a él, y la vigencia de tal derecho.

''2º El certificado que posteriormente se trajo por orden del Juez (fol. 106 C. P.), no es tal certificado expedido en vista de los libros respectivos, como de modo terminante lo dispone el ordinal 4º del artículo 2640 del Código Civil, sino una copia de dos certificados expedidos varios años antes, copias al pie de las cuales no aparece la copia de las firmas de los respectivos registradores, pero ni siquiera se sabe de donde tomó el Registrador aquella copia''.

''La prueba del origen y de la historia de la comunidad es de rigor en esta clase de juicios, tal como la exige el artículo 5º de la Ley 51 de 1943''.

Estos errores en la apreciación probatoria condujeron al Tribunal sentenciador a la infracción de los preceptos sustantivos anteriormente citados por su ''aplicación a dos hechos inexistentes: la posesión alegada por el demandante y la comunidad en el predio general dentro del cual dice haber tenido aquel la pretendida posesión''.

Se considera:

El artículo 1º de la Ley 51 de 1943 faculta a los comuneros para hacer valer la prescripción adquisitiva de dominio ordinaria o extraordinaria ''sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente''. El parágrafo 1º del artículo 4º dice: ''Para apreciar y calificar la explotación económica del predio, se tendrán como normas las disposiciones pertinentes de la Ley 200 de 1936''.

El artículo 1º de esta ley dice que la posesión de los fundos por particulares se entiende que ''consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación. El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de la explotación económica, pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella''.

La sentencia encontró acreditada la posesión del inmueble cuya prescripción se impetra, con las declaraciones de siete testigos que manifiestan constarles que el actor Caicedo Millán se posesionó de la finca *sub judice* más de treinta años atrás, derribando montaña virgen y realizando mejoras consistentes en cultivos agrícolas y siembra de pastos, construcción de habitaciones para él y sus trabajadores, en el mantenimiento de ganados, en la siembra y recolección de frutos agrícolas, en el sostenimiento de trabajadores para la limpieza y conservación de los cultivos existentes en la finca y en la colocación y reparación de cercas que delimitan el predio y lo separan de sus colindantes.

También se basa el fallador en la inspección ocular practicada por el Juzgado, en la cual se lee que el predio se halla delimitado en pequeña extensión por el río de La Paila, y en el resto por cercas de alambre de púas sobre postes de madera; que el fundo del Porvenir está formado por varios potreros separados por cercas de buena construcción, sembrados en su mayor parte de pastos artificiales y que existen cultivos de plátano, café, caña y maíz, numerosos árboles frutales que han alcanzado notable desarrollo; y que los distintos potreros se encuentran ocupados con ganados de especie vacuna destinados a la cría y levante; que existen cuatro casas destinadas, la mejor para el demandante y su familia, y las otras para los trabajadores de la finca.

El dictamen pericial confirma también el dicho de los testigos.

Es así como la sentencia dedude de estas comprobaciones "La posesión material y económica del predio en forma exclusiva e inequívoca, por todo el tiempo del artículo 2532 del Código Civil". Es decir, que la explotación económica la encontró establecida mediante la prueba testimonial, que, por tratarse de hechos sujetos a los sentidos y ocurridos en el largo intervalo de treinta años, es, por regla general, la más apta para comprobarlos en su objetividad y para deducir de ellos el *ánimo domini* de la posesión.

Aceptada en esta forma la prueba de la explotación económica del predio El Porvenir, hay que examinar si se da el error de hecho alegado por el recurrente, y si en razón de él el Tribunal no vio la prueba que desvirtúa la posesión del inmueble por falta del *ánimus*.

Por la escritura número 82 de enero 24 de mil novecientos cuarenta y dos, otorgada en la Notaría 3ª de Cali, Manuel Millán le vendió a José Elcías Caicedo Millán los derechos que le correspondían en el indiviso de "El Negro". En la cláusula quinta de la misma, se expresó: "Que desde hoy le hace al comprador entrega real y material de los derechos de dominio que le vende, sin reserva alguna aclarando que en los terrenos de 'El Negro' tiene el comprador un fundo agrícola que queda amparado con los derechos que compra".

Cuando el actor compró a Millán llevaba más de quince años en posesión del terreno, cuya pertenencia reclama, y continuó en ella sin interrupción alguna no con el carácter de comunero sino en forma exclusiva y personal. Así lo acepta la sentencia. Con la aclaración hecha en la escritura número 82 sobre que el fundo agrícola poseído por él quedaba amparado con la compra efectuada a Manuel Millán, no reconoció derecho alguno sino solamente buscó darle un título a la posesión que traía desde hacía diez y seis años.

No cabe decir que la posesión, como situación de hecho que es, haya sufrido una interrupción civil o natural, pues no obra prueba alguna de que contra el demandante se haya iniciado acción o recurso alguno judicial, ni que se haya hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, ni que la hubiera perdido por haber entrado en ella otra persona. (Arts. 2522, 2523 y 2524). El artículo 787 del Código Civil reza que "se pierde la posesión de una cosa desde que otra se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan". Y existe la norma de que si se ha empezado a poseer se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se lega. (Art. 780 ibídem).

Todos estos preceptos permiten aceptar que el haber pretendido Caicedo Millán amparar la posesión que traía sobre la finca del Porvenir con la compra de los derechos de comunero que su vendedor Manuel Millán tenía sobre el indiviso "El Negro", del cual hacía parte "El Porvenir", no encierra una manifestación de desprenderse del ánimo de dueño en el pasado, ni tampoco de continuar poseyendo en adelante como comunero, y no en forma exclusiva.

Además, el reconocimiento de comunero no excluye el *ánimus* de la posesión, como lo ha dicho la Corte: "Además la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, 'cuyas disposiciones son interpretativas del Código Civil' (como ya lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal) expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales". (T. 67, pág. 471).

"Que, por otra parte, la Ley 51 de 1943 claramente establece que el reconocimiento de un comunero haga de la existencia de la comunidad no se opone al ejercicio de la acción de pertenencia. El comunero puede prescribir aún alegando su carácter de tal, conforme a la Ley 51 de 1943, siempre que su posesión haya sido personal y no realizada en favor de la comunidad; carece de importancia que el pretendido prescribiente desconozca la comunidad o se declare condomine". (T. 79, pág. 564).

De lo expuesto se infiere que no existe el pretendido error de hecho.

En cuanto al de derecho en la apreciación de los certificados de registro en lo relacionado con la existencia e historia de la comunidad, el recurrente observa apenas que el presentado con la demanda acredita el modo como adquirieron el demandante y sus antecesores, y que el traído por orden del Juez no se expidió de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2640, ordinal 4º del Código Civil.

El error de derecho, lo tiene repetido la Corte, consiste en que el fallador le dé a una prueba el valor que no le reconoce la ley, o que le desconozca el que ella le asigna. Por lo mismo, con esta equivocación, la primera norma que viola el Juez es la que fija el valor de un medio probatorio, y por causa de tal trasgresión, infringe indirectamente las normas sustantivas. De ahí por qué, en la acusación por error de derecho, el recurrente debe citar tanto las disposiciones

legales que señalen el mérito probatorio del medio erróneamente acreditado, como las sustantivas indirectamente infringidas.

El recurrente omitió citar las primeras, pues ni el artículo 5º de la Ley 51 de 1943 ni el 2640, ordinal 4º del Código Civil son normas sobre valor probatorio ya que aquél se limita a expresar que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos contendrá la historia más completa de la comunidad, y este prescribe como deber del Registrador expedir los certificados con vista en los libros respectivos sobre la situación de los inmuebles.

De donde se infiere que el error de derecho no aparece demostrado.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, como consecuencia de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y nueve en el juicio ordinario de pertenencia seguido por José Elcías Caicedo Millán con audiencia del Ministerio Público y citación y emplazamiento de todos los que se crean con algún derecho en el inmueble objeto de la acción.

Las costas en casación a cargo de los recurrentes.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTA DE COSA EMBARGADA. — REQUISITOS PREVIOS

Error de derecho. Violación directa de la ley. Alegación de ésta en la hipótesis de haberse decretado una nulidad, cuando ninguna pronuncia el fallo.

1. El cargo que se formule en casación a base de haberse decretado una nulidad, así fuese de oficio, cuando ninguna pronuncia el fallo recurrido, es del todo improcedente.

2. No autoriza el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil la enajenación del inmueble embargado, mientras no medie el permiso del juez o el consentimiento del acreedor. Lo dispone terminantemente el precepto, el cual no admite otra interpretación, dadas sus voces claras, la finalidad de la prohibición y los efectos naturales del embargo. Y por ello, ni el consentimiento del acreedor se presume, ni es lo mismo para el demandante en juicio de venta, que la cosa afecta al gravamen pase de un dueño a otro durante el mismo juicio, como lo sostiene el recurrente.

3. No es debido acusar de manera indirecta, por errores de derecho en la apreciación de pruebas, sin indicar los textos legales de carácter probatorio que hubiesen sido infringidos por la errónea estimación. Es decir, existe el error de derecho precisamente porque en el examen de las pruebas se quebranta alguna norma de las que las regulan o fijan su valor, de manera que sin señalar la regla probatoria que en concreto se viola con la defectuosa valoración, no puede darse en casación el expresado error.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio ordinario de José María Chaves contra Apolinar Moreno.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, fechada el 29 de julio de 1960. Recurrente: la parte demandada.

I

ANTECEDENTES:

El presente juicio, iniciado por José María Chaves contra Apolinar Moreno, ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, da cuenta de los hechos que se sintetizan en seguida.

1. De una parte:

a) Sergio G. Machado y Luz Salcedo de Machado, impusieron tres hipotecas sobre "una casa de habitación construída de tapias, cubierta de tejas, ubicada en el área urbana de esta ciudad, que adquirieron por escritura número 76 de 25 de febrero de 1947, de la Notaría número 1º de este Circuito, alinderada así: Oriente, con propiedades de la señora Cecilia Vela de Chaves e Isaías Alvear, paredes por medio; Norte, con las de la señorita Julia Rosero V. y herederos de Delfín Martínez, paredes y tapias por medio; Occidente, con las de José A. Cabezas, paredes por medio, y Sur, con la carrera 6ª de esta ciudad".

La primera hipoteca, a favor de Inés Ortega Mora, en garantía de una deuda de seis mil pesos ($ 6.000), según escritura número 91 de 4 de marzo de 1947, de la Notaría 1ª del Circuito de Ipiales; la segunda, para responder a José María Chaves por una obligación de igual suma, como aparece del instrumento número 970, de 30 de septiembre de 1949, de la Notaría 2ª del mismo Circuito; y la tercera, a favor de la sociedad "Mejía y Cía., Ltda.", en seguridad de un crédito de veinte mil trescientos treinta y cinco pesos con cuarenta y tres centavos ($ 20.335.43),

de acuerdo con escritura número 282 de 26 de marzo de 1951, de la mencionada Notaría.

b) El acreedor Chaves demandó en juicio de venta a sus deudores Machado y Salcedo de Machado, proceso en el cual se decretó el embargo del inmueble con fecha 23 de marzo de 1954, que fue inscrito en el Registro Público. A este juicio se sumaron los otros acreedores, de modo que el embargo siguió cubriendo las tres demandas.

De otra parte:

c) Los mismos Sergio G. Machado y Luz Salcedo de Machado vendieron a Apolinar Moreno, por medio de la escritura número 144 de 7 de febrero de 1953, de la Notaría 2ª de Ipiales, un local situado en la carrera 6ª, entre calles 9ª y 10ª de la misma ciudad, local que "forma parte integrante de una casa de tapias, cubierta de tejas, de dos pisos, de propiedad de los mismos exponentes, y cuyo local, el que se halla en el piso bajo de la casa general, limita así: Norte, con propiedad de José Antonio Cabezas, paredes por medio; Oriente, con el zaguán de entrada a la casa de los vendedores y a la del señor José Antonio Cabezas, paredes por medio; Sur, con la carrera sexta de esta ciudad; y Occidente, con las propiedades del mismo señor Cabezas, paredes por medio. Se advierte expresamente que la venta comprende también el segundo piso del local, cuyos linderos se han expresado, es decir, que los dos pisos quedan superpuestos. El inmueble descrito lo adquirieron los cónyuges Machado, según instrumento número 76 de 25 de febrero de 1947, de la Notaría 1ª del mismo Circuito".

d) El 31 de mayo de 1954 fue otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Pasto la escritura número 941, por medio de la cual los mismos Machado y Salcedo de Machado vendieron a Apolinar Moreno "el derecho de dominio que por todo concepto les asiste sobre una casa de habitación ubicada en Ipiales, distinguida en su portón de entrada con el número 9-38-A y provista de dos pisos, dos patios y una azotea, con diez y siete piezas, todo alinderado, así: 'Por el Oriente, con propiedad de Cecilia Vela de Chaves e Isaías Alvear, paredes por medio; Occidente, con las de José Antonio Cabezas, y del actual comprador, gotera y paredes por medio; y Sur, con la carrera 6ª de la ciudad de Ipiales'."

e) Por instrumento número 710 de 22 de noviembre de 1954, de la Notaría 1ª de Ipiales, los nombrados Machado y Salcedo de Machado vendieron a José María Chaves el mismo inmueble, o sea "Una casa de habitación, construída de tapias, cubierta de tejas, de dos pisos, que consta de dos patios y diez y siete piezas, ubicada en el área urbana de esta ciudad y conocida por estos linderos: Oriente, con propiedades de la señora Cecilia Vela de Chaves e Isaías Alvear, tapias y paredes de por medio; Norte, con las de la señorita Julia Rosero V. y herederos de Delfín Martínez, tapias por medio; Occidente, con las de José Antonio Cabezas y Apolinar Moreno M., paredes por medio; y Sur, con la carrera sexta de esta ciudad, estando el portón de entrada distinguido con el número 9-38A de la nomenclatura".

De otra parte:

f) Demandados los esposos Machado por José María Chaves, en juicio de venta, el 23 de marzo de 1954, el embargo del fundo fue inscrito el 30 de abril siguiente, embargo que amparó luego los tres créditos en referencia a partir del 22 de noviembre de 1954. Pagada en seguida la obligación a favor de Inés Ortega Mora, el embargo quedó levantado en lo concerniente a la demanda de esta acreedora. Fue satisfecho igualmente el crédito de "Mejía y Cía. Ltda.", motivo por el cual el embargo quedó vigente sólo en relación con el crédito de José María Chaves, hasta el 8 de octubre de 1955.

g) La escritura número 941 de 31 de mayo de 1954, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, mediante la cual los esposos Machado vendieron el inmueble de que se trata a Apolinar Moreno, fue registrada el 18 de noviembre del mismo año, hallándose aún vigente el embargo decretado en el juicio de venta, con esta nota estampada al margen por el Registrador: "No se autoriza el registro de esta partida número 2223, porque el inmueble comprendido por la escritura número 941 de 31 de mayo de 1954 de la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, se halla embargado mediante el juicio especial de venta o adjudicación de bienes hipotecados que sigue José María Chaves contra Sergio Machado, Luz Salcedo y Apolinar Moreno en el Juzgado Civil de este Circuito, cuyo embargo se ha inscrito en el L. R. a folios 9 y partida número 54 de 30 de abril de 1954, noviembre 18 de 1954".

h) El instrumento número 710 de 22 de noviembre de 1954, de la notaría de Ipiales, que contiene la venta del mismo bien, hecha por los referidos esposos Machado a José María Chaves, fue inscrita el 24 de noviembre del mismo año, por haberlo autorizado el mismo Chaves, en cuyo favor se conservaba el embargo del fundo.

4. Estos hechos motivaron la demanda de José

María Chaves contra Apolinar Moreno, a fin de que se resuelva sobre las siguientes peticiones:

"Primera. Que en virtud del contrato de compraventa contenido en escritura número 710 de 22 de noviembre de 1954, de la Notaría 1ª del Circuito de Ipiales, debida y legalmente registrada, el señor José María Chaves, tiene mejor derecho que el señor Apolinar Moreno N. sobre el dominio y posesión del inmueble objeto de ese contrato y por los linderos indicados en la precitada escritura;

"Segunda. Que el señor Apolinar Moreno N., carece de derecho para retener el aludido inmueble, ya sea en su totalidad o parte de él, por cuanto carece de título legal que contenga la tradición del mismo en su favor, debiendo, en consecuencia, restituír al demandante la parte de esa casa que en la actualidad posee, o sea ocho (8) piezas de la casa, toda vez que siete (7) de ellas tiene Camilo Viveros por cuenta de José María Chaves y dos (2) el doctor Abelardo Ruiz Ruano, por cuenta del mismo señor Chaves;

"Tercera. Que el señor Moreno N., como poseedor de mala fe, está en la obligación de restituír al señor Chaves los frutos naturales y civiles percibidos desde el 1º de diciembre de 1954 hasta que se verifique la entrega a que se refiere el punto anterior, en lo cual se incluirán además los que hubiere dejado de percibir, computándose a razón de $ 150 mensuales o en la cuantía que a juicio de perito se señale como probable rendimiento mensual durante el tiempo indicado".

Subsidiariamente pidió que "Si por cualquier circunstancia no fuere posible hacer las declaraciones señaladas en los puntos primero y segundo se harán las siguientes en su reemplazo:

"Primera. Que el señor José María Chaves es dueño de la casa de habitación a que se refiere el contrato de compraventa contenido en escritura pública número 710 de 22 de noviembre de 1954 porque no le es oponible el contrato de compraventa contenido en escritura número 941 de 31 de mayo de 1954, de la Notaría número 2º del Circuito de Pasto en razón de que ésta no ha sido registrada legalmente por referirse a un inmueble que al tiempo del contrato estaba fuera del comercio por embargo judicialmente decretado, y que por carecer de registro legal no se ha operado la tradición del dominio por tratarse de bienes inmuebles.

"Segunda. Que, consecuencialmente, el señor Apolinar Moreno N., está en la obligación de restituír a favor de mi mandante, al día siguiente de la ejecutoria de la providencia que ponga fin a la litis, la posesión material de la casa indicada o de la parte de ella que dentro del juicio se acredite estar poseída por el demandado".

5. El demandado se opuso; denunció el pleito a Sergio G. Machado y Luz Salcedo de Machado, y formuló demanda de mutua petición, para que se declare:

"a) Que es nulo absolutamente el contrato de compra-venta que contiene la escritura pública número 710 de 22 de noviembre de 1954 y la enajenación que implica por el hecho de su registro, bien por implicar tanto la venta como la enajenación objeto ilícito, ora por el dolo que padecieron los vendedores de parte del comprador José Chaves, cual se explica en los hechos de la contrademanda;

"b) Que en consecuencia, ha de ordenarse la cancelación de la referida escritura y de su inscripción en el registro;

"c) Que en subsidio de lo pedido anteriormente el contrato de compraventa y su registro son inoponibles al derecho de dominio de mi poderdante, que tiene a virtud del contrato de compraventa contenido en la escritura pública 491 de 31 de mayo de 1954, y su registro;

"d) Que José Chaves es responsable civilmente de los perjuicios que a mi poderdante Apolinar Moreno le ha causado por los conceptos que se indican en los hechos de esta demanda, y también por el hecho de haber instaurado el presente juicio, con abuso de derecho de litigar y el fraude a la ley que implica la adquisición de su título para reivindicar, como lo pretende por la demanda principal; que por lo mismo debe, indemnizándoselos, pagarle a éste la suma de veintinueve mil pesos ($ 29.000.00), o la que dentro de este juicio se determine; o para liquidárselos en la forma del artículo 553 del Código Judicial y que se le condene al pago de la suma o sumas indicadas, desde la ejecutoria del fallo, con intereses legales a partir del mismo".

6. También se opuso a su turno el actor a esta contrademanda, y tramitada la instancia el juez la desató por medio de sentencia absolutoria para ambos contendientes.

7. La alzada interpuesta por uno y otro fue decidida por el Tribunal Superior de Pasto, en sentencia de 29 de julio de 1960, de la cual recurrió en casación la parte demandada.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

8. El Tribunal de instancia decidió así el recurso:

"Primero. Declarar que el señor José María Chaves es dueño y le pertenece por lo tanto el dominio y propiedad del inmueble consistente en una casa situada en la ciudad de Ipiales adquirida según la escritura pública número 710 de 22 de noviembre de 1954 de la Notaría Primera de Ipiales no siéndole oponible el contrato escriturario 41 de 31 de mayo de 1954 de la Notaría Segunda de Pasto. Esta declaración deja a salvo la compra del local consignada en la escritura número 144 de 7 de febrero de 1953 de la Notaría Segunda de Ipiales.

"Segundo. Sin lugar a decretar los demás pedimentos de la demanda de 29 de julio de 1955 por el mandatario del señor José María Chaves en atención a las motivaciones precedentes.

"Tercero. Cancélese la inscripción de la demanda.

"Cuarto. Sin lugar a decretar los pedimentos de la demanda de reconvención de 24 de enero de 1957 contra el señor José María Chaves, por los motivos consignados en los numerales 8º y 9º de este fallo.

"En los anteriores términos queda reformado el fallo apelado.

"Las costas son comunes".

9. Como la sustancia del fallo versa sobre el valor legal de los registros de las escrituras públicas números 941 de 31 de mayo de 1954, de la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, por la cual Sergio G. Machado y Luz Salcedo de Machado vendieron el inmueble en referencia a Apolinar Moreno, y 710 de 22 de noviembre del mismo año, de la Notaría 1ª de Ipiales, que contiene la venta que hicieron los esposos Machado a Jose María Chaves, del mismo bien raíz, exceptuada la parte que habían vendido a Moreno según el instrumento número 144 de 7 de febrero de 1953, de la Notaría 2ª de Ipiales, se transcriben las consideraciones pertinentes de la sentencia del Tribunal:

"8º Se ha relatado antes, que por medio de la escritura número 710 de 22 de noviembre de 1954 de la Notaría Primera de Ipiales, don José María Chaves compróle a los esposos Machado-Salcedo, el inmueble consistente en una casa de habitación construída de tapias cubierta de tejas, de dos pisos, que consta de dos patios y diez y siete piezas, ubicado en el área urbana de Ipiales, aclarándose en el contrato que se segregaba la parte vendida al señor Apolinar Moreno M., por escritura número 144 de 7 de febrero de 1953 de la Notaría Segunda. La escritura número 710 fue registrada el día 24 de noviembre de 1954, indicando el Registrador, 'que en virtud de haber presentado personalmente... don José María Chaves, un memorial facultando el registro de la escritura número 710 de 22 de noviembre del presente año, en su condición de embargante de una casa que por tal instrumento le venden al expresado señor Chaves, los señores Sergio G. Machado y Luz S. de Machado, dicha escritura se registró en el libro de Registro número 1º a folios 36 Partida número 2260, el 24 del mismo mes de noviembre, siendo el inmueble objeto del contrato el mismo a que se refiere la escritura número 941 de 31 de mayo de 1954 pasada en la Notaría Segunda de Pasto'. Preceptúa el numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil, la licitud de la enajenación de una cosa embargada si el acreedor consiente en ello. Entonces, si en el caso que se estudia, aparece que la compra efectuada por el señor José María Chaves de un inmueble que estaba embargado por virtud de una demanda en juicio de venta propuesta por el mismo, se registró previo su consentimiento tal como lo certifica el señor Registrador, quiere decir que la transferencia se perfeccionó a favor del adquirente señor Chaves. Pero se argumenta que el señor Apolinar Moreno fue demandado mancomunadamente en el juicio de venta, con los deudores señores Sergio Machado y Luz Salcedo, razón por la cual, alégase, no podían hacer desistimientos ni operaciones sin su notificación. A esto se observa: Cuando Apolinar Moreno adquirió el local parte integrante de la casa de los Machados, de que da cuenta la escritura número 144 de 7 de febrero de 1953, ya existían los gravámenes hipotecarios consignados en las escrituras números 91 de 1947, 282 de 1951 y 970 de 1949 antes indicadas, en forma que Moreno, adquirió la cosa con todos esos gravámenes teniendo los acreedores derecho a perseguirla sin consideración a quien la poseyera (Art. 2452 C. C.). En ninguna de las escrituras de hipoteca se excluyó el local vendido a Moreno, sino que por el contrario, se señaló como título adquisitivo de los deudores, la escritura número 76 de 25 de febrero de 1947 de la Notaría Primera de Ipiales, y en la escritura de venta a Apolinar Moreno, del local señalado en la escritura número 144, se mencionó también como título de adquisición la misma escritura número 76 de 25 de febrero de

1947; lo cual indica que las hipotecas comprendieron ese local vendido posteriormente a Apolinar Moreno. Esta situación estableció indudablemente un nexo con el objeto del pleito especial de venta y por eso se cohonesta ahora la apreciación del Tribunal en el auto de 9 de mayo de 1955 (folio 44 vto. y ss. C. nº 3º) cuando dijo: 'La intervención de Apolinar Moreno, como poseedor inscrito de parte del inmueble gravado, no es principal, sino simplemente accesoria o adhesiva; por tanto, la intervención de él, mediante la notificación del auto de admisión de la demanda, no tiene por objeto completar la personería de los deudores principales, sino hacerlo intervenir en el proceso, para que la sentencia le perjudique llegado el caso (artículo 233 del C. J.). Ahora, como el pago no tenía por objeto adelantar la actuación, sino terminarla, aun antes de que existiera juicio, mediante la notificación del auto de admisión de la demanda a todos los interesados, no era necesaria la intervención de Moreno, o su citación o emplazamiento, para la validez del pago o de la actuación'.

"Si se considera que don José María Chaves era el único ejecutante insoluto por cuya acción subsistía el embargo, ante la existencia de la norma 3ª del artículo 1521, resulta incuestionablemente jurídico concluír que la escritura de venta, quedó bien registrada si como aparece demostrado medió su aquiescencia.

"9º Es distinta la situación relacionada con el registro de la escritura número 941 de 31 de mayo de 1954 por medio de la cual los mismos Sergio Machado y Luz Salcedo de Machado le vendieron la misma casa al señor Apolinar Moreno. Este título se registró según se lleva dicho el día 18 de noviembre de 1954 estando vigente el embargo correspondiente al juicio de venta del mismo inmueble, inscrito bajo la partida número 54, folio 9 del Libro respectivo, el día 30 de abril de 1954. No medió aquí para obtener ese registro ninguna autorización ni del juez ni de la parte ejecutante, resultando así, que al tenor del numeral 3º del artículo 1521 resulta ilícita la venta y el consecuente registro de la escritura número 941 porque la ilicitud las comprende a ambas, pues como lo ha enseñado la Corte, en sentecia de casación de 3 de mayo de 1952, inserta en el tomo LXXII de la Gaceta Judicial '... no existe la menor duda que el sentido y alcance del citado texto (Art. 1521 C. C.), son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta, se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud, en el caso de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél, es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública".

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Seis cargos, por violación de la ley sustantiva, formula el recurrente:

1º

10. Consiste el primero en que el Tribunal, al reconocer la propiedad de José María Chaves sobre el inmueble en referencia, "falló una acción de nulidad absoluta" de la venta contenida en el instrumento número 941, de 31 de mayo de 1954, celebrada por los esposos Machado, como vendedores, y Apolinar Moreno, como comprador, habiendo acaecido esto por haber errado el juzgado en la interpretación de la demanda, la cual no contenía acción alguna de nulidad de aquel título, lo que implica manifiesto error de hecho en la estimación de dicha pieza, con la violación, por indebida apreciación, de los artículos 6º, 1740, 1741, 1519 y 1521, ordinal 3º del Código Civil.

Se observa que en la demanda no ejercita el actor acción alguna de nulidad a fin de que se declare la absoluta del citado contrato. Y la sentencia, consecuencialmente, no declara tampoco ninguna. Se limita a reconocer, simplemente, el dominio del demandante, en razón de la prevalencia de su título, o mejor, de la tradición de la propiedad verificada mediante el registro en las condiciones de la ley. Lo que sí fue pedido por el actor. Circunscrita la litis a saber cuál inscripción debe preferirse, la sentencia la desata en favor de la escritura número 710, de 22 de noviembre de 1954, de la Notaría 1ª de Ipiales.

Sin declaratoria alguna de nulidad en el fallo, es imposible el error de hecho imputado sobre la base de tal declaración.

2º

11. Consiste en que en la hipótesis de haber declarado la nulidad oficiosamente, la sentencia violó de manera directa la ley sustantiva que dice cuándo puede ser declarada de oficio una nulidad absoluta, ley que está contenida en los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 6º, 1740 y 1741 del Código Civil.

Mas, se considera que, un cargo a base de haberse decretado una nulidad, así fuese de oficio, cuando ninguna pronuncia el fallo, es del todo improcedente.

3º

12. Consiste en el error de hecho sufrido por el sentenciador, en la estimación de diversas pruebas, en la misma creencia de que el fallo hubiese declarado oficiosamente la referida nulidad. Dice el recurrente en desarrollo del cargo, que "la nulidad no aparece de bulto (en tales pruebas) sino a través de un proceso de deducciones, lógicas si se quiere, y de análisis, de todas y cada una de esas pruebas, indicadas, que lo constituyen o forman".

A lo cual se repite para rechazar el cargo, que es verdad indiscutible la de que ninguna nulidad declara la decisión.

4º

13. Consiste este cargo en que aún en el caso de que no declare la sentencia la nulidad del título número 941 de 31 de mayo de 1954, de la Notaría 2ª de Pasto, sino, simplemente, la propiedad de la finca, en favor del demandante, viola sin embargo, el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil por errónea interpretación, y consecuencialmente, por aplicarlos indebidamente, los artículos 1873, 673 y 946 ibídem, porque el vicio de ilicitud previsto en el ordinal 3º del artículo 1521, obedece al interés privado de los particulares, por una parte, y por otra, no hay duda de que no obstante la enajenación que se haga de una cosa embargada, si se trata de garantías reales, éstas prosiguen *in re*, ya que el traspaso del dominio no las cancela.

Cabe considerar que, sin dejar de ser esto evidente, no autoriza el texto referido la enajenación del inmueble embargado, mientras no medie el permiso del juez o el consentimiento del acreedor. Lo dispone terminantemente el precepto, el cual no admite otra interpretación, dadas sus voces claras, la finalidad de la prohibición y los efectos naturales del embargo. Y por ello, ni el consentimiento del acreedor se presume, ni es lo mismo para el demandante en juicio de venta, que la cosa afecta al gravamen pase de un dueño a otro, durante el mismo juicio, como lo sostiene el recurrente.

Todo lo cual impide la prosperidad del cargo.

5º

14. La formulación de este cargo peca contra la técnica del recurso, porque no es debido acusar de manera indirecta, por errores de derecho en la apreciación de pruebas, sin indicar los textos legales de carácter probatorio que hubiesen sido infringidos por la errónea estimación. Es decir, existe el error de derecho precisamente porque en el examen de las pruebas se quebranta alguna norma de las que las regulan o fijan su valor, de manera que sin señalar la regla probatoria que en concreto se viola con la defectuosa valoración, no puede darse en casación el expresado error.

El error de hecho —que también se alega— consiste en haber omitido en el examen de las pruebas el recibo del 18 de octubre (f. 31 C. 3º), expedido por Jorge Enrique Ortega al hacerle Apolinar Moreno el pago de la acreencia de Inés Ortega Mora, ateniéndose el fallo en este punto al memorial de 23 de noviembre de 1954, en el cual consta que José María Chaves y los esposos Machado pagaron el crédito de la misma Ortega Mora.

Al respecto, la sentencia se apoya en el memorial de 23 de noviembre, prefiriendo este documento como demostración del pago verificado por José María Chaves y los cónyuges Machado, y la subrogación consiguiente, que vino a comprender de manera obvia a Chaves; y no el documento de 18 de octubre y el memorial de 24 de noviembre, a que hace referencia el cargo, fecha en que fue presentado aquel recibo en el proceso. La Corte no advierte en ello un error de hecho evidente, esto es, de tal fuerza que la conclusión contraria a la del fallo, se imponga inexorablemente, porque, en primer lugar, el memorial suscrito, entre otros por Chaves, fue presentado al Juzgado del conocimiento el 23 de noviembre, y la constancia o recibo del 18 de octubre solo llegó al juzgado el 24 de noviembre, de manera que para la sentencia el carácter de subrogatorio se fijó en Chaves y no en Moreno, y no obstante que la conclusión opuesta pudiera tener algún apoyo, no es ello bastante a interceptar la apreciación del sentenciador.

6º

15. Por último se acusa el fallo de violación del artículo 1873 del Código Civil, por cuanto

debió declarar la prevalencia del título de Apolinar Moreno sobre el de Chaves, al decidir sobre la demanda de mutua petición.

Se observa al respecto que como este cargo se basa en que la sentencia no debía reconocer a José María Chaves la propiedad, bien porque debió declarar primero la nulidad del título de Moreno, ora porque la ilicitud de la enajenación no existe, el cargo está implícitamente resuelto en el examen de los anteriores.

No procede, por tanto, la infirmación de la sentencia.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve (29) de julio de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio seguido por José María Chaves contra Apolinar Moreno.

Costas de la casasión a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

Subordinación y presunción de contrato de trabajo. — La Causal 6ª de casación civil no requiere apoyo en normas de carácter sustancial.

1. En tratándose de cargo con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, no se requiere, de acuerdo con la técnica del recurso, la cita de disposiciones legales sustanciales consideradas como infringidas, ya que no se trata de errores in judicando, a los cuales se refiere la causal primera.

A la Corte le concierne decidir si se incurrió o no en una de las causales de nulidad señaladas en el artículo 448 del Código Judicial, y en caso afirmativo si fue o no saneada en conformidad con la ley, para lo cual ha de tener en cuenta solamente los textos atinentes a esas nulidades, y no los que en el fondo de la decisión hayan podido ser quebrantadas, motivo por el cual el cargo no requiere apoyo en disposiciones de carácter sustancial.

2. De los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo (arts. 22 y 23 del C. S. T.), el que lo distingue de las demás figuras jurídicas afines (sociedad, mandato, etc.) es la subordinación, esto es, la facultad que tiene el patrono de dar órdenes o instrucciones al trabajador. Donde no aparezca la subordinación, aunque haya servicio personal, queda excluído el contrato de trabajo.

Al lado del contrato, la ley del ramo coloca la relación de trabajo. En efecto, el estatuto laboral sustantivo (art. 24) establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Sirve de base a la presunción el servicio personal, cuya comprobación incumbe a quien alega la existencia del contrato.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio de José Caballer Verdeguer contra Delio Isaza Londoño.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el 23 de agosto de 1960.

Recurrente: el actor.

I

ANTECEDENTES:

1. Son éstos los hechos sustanciales de la demanda que el apoderado del ciudadano español José Caballer Verdeguer formuló en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, contra Delio Isaza Londoño:

"Primero. Entre mí mandante y el señor Delio Isaza Londoño se celebró en esta ciudad, el día cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, un contrato por el cual mi mandante se obligó a presentar en las ciudades ecuatorianas de Guayaquil y Quito el espectáculo pirotécnico denominado "Nit de Foc", y Delio Isaza a suministrar todos los gastos necesarios para la presentación de los espectáculos en mención, gastos que en ningún caso podrían exceder de una suma tope que se fijó en veintitrés mil pesos ($ 23.000.00). De la utilidad o producido neto de los espectáculos, es decir, del valor bruto de las taquillas menos el tope de gastos, un veinticinco por ciento (25%) corresponde a mi mandante. El contrato se hizo constar en un documento que ante testigos se suscribió en papel común, cuya copia debidamente estampillada y revalidada presento.

"Segundo. En cumplimiento de la cláusula b) del contrato ameritado, mi mandante recibió del señor Delio Isaza Londoño la cantidad de

$ 8.000.00 para los fines estipulados en la misma cláusula, cantidad que de conformidad con la cláusula c) del mismo documento, está incluída en el tope de gastos por valor de $ 23.000.00.

"Tercero. En cumplimiento del expresado contrato, mi mandante viajó al Ecuador con su mercancía pirotécnica y presentó el espectáculo "Nit de Foc" en la ciudad de Guayaquil en la noche del día 8 de octubre de 1957, y en la ciudad de Quito en la noche del día 12 de los mismos mes y año.

"Cuarto. El espectáculo "Nit de Foc", presentado por mi mandante en Guayaquil, tuvo lugar en el Estadio Capwell, que administra la entidad denominada "Club Sport Emelec". Y como se deduce de la reliquidación de impuestos que en copia acompaño, expedida por dicho club, la taquilla bruta de ese espectáculo ascendió a la suma de doscientos doce mil trescientos cincuenta sucres (S/212.350.00).

"Quinto. El espectáculo "Nit de Foc" presentado por mi mandante en la ciudad de Quito, se llevó a cabo en la Concentración deportiva de Pichincha, y como consta en la carta que acompaño, dirigida a mi mandante por el señor Tesorero de esa entidad, la recaudación bruta de esa presentación ascendió a la suma de cuarenta mil ciento sesenta y un sucres (S/40.161.00).

"Sexto. Como se desprende de los dos hechos anteriores, los dos espectáculos a que me vengo refiriendo produjeron una entrada bruta total de doscientos cincuenta y dos mil quinientos once sucres (S/252.511.00).

"...

"Octavo. De conformidad con el contrato a que me he referido, de la suma de que trata el hecho anterior, deducidos $ 23.000.00 que fueron estipulados como tope de gastos, corresponde a mi mandante el 25%. Es decir, que hechas las operaciones aritméticas respectivas, a mi mandante le corresponde la cantidad de diez y ocho mil trescientos cuarenta y cuatro con cincuenta y seis ($ 18.344.56) como producido del negocio.

"Noveno. Aunque el señor Delio Isaza Londoño viajó al Ecuador con motivo y en cumplimiento del contrato en cuestión, delegó en el señor Alberto Arcila la organización financiera y económica en el Ecuador, de los espectáculos, organización a la cual estaba obligado, lo mismo que a su financiación, según el contrato mismo. Y fue el señor Alberto Arcila quien en uso de tal delegación intervino en todos estos asuntos y recibió el producido de las taquillas, hizo algunos pagos y convirtió el resto de los sucres en pesos colombianos.

"...

"Undécimo. Mi mandante regresó a Manizales pocos días después de haber presentado los espectáculos mencionados en Guayaquil y Quito, y desde entonces ha venido esperando inútilmente que el señor Delio Isaza Londoño le pague la participación del 25% en los producidos de esos espectáculos sin que hasta la fecha el señor Isaza le haya pagado un solo centavo por ese concepto.

"Décimosegundo. Es bueno advertir que de conformidad con la última cláusula del contrato celebrado entre las partes y cuyo documento contentivo acompaño, a pesar de haberse fijado el tope de gastos de $ 23.000.00, 'todos los gastos serán debidamente comprobados', como textualmente reza la parte final de dicha cláusula. Por lo tanto, la suma de $ 23.000.00 es un tope de gastos, y éstos nunca podrán ser superiores a esa cantidad, pero sí pueden ser inferiores a ella. Fue por esta razón que en la parte final de la última cláusula, como se ha dicho ya, se agregó que todo gasto debía ser comprobado. En consecuencia, la Empresa de Gastos de que habla el contrato, o sea don Delio Isaza Londoño, está obligado a demostrar la realidad de los gastos ocasionados por el cumplimiento del mismo contrato, hasta la suma tope de $ 23.000.00. Esto quiere decir que si en cumplimiento del contrato el señor Delio Isaza no lograre demostrar que los gastos ascendieron a $ 23.000.00, sino a menos, la cantidad de que se habla en él hecho octavo quedará de hecho aumentada proporcionalmente.

"Décimotercero. Es lógico deducir de todo lo anterior, que el señor Delio Isaza Londoño está en mora de cumplir las siguientes obligaciones contractuales: La de comprobar los gastos ocasionados por la presentación de los espectáculos en cuestión, gastos que no pueden exceder de $ 23.000.00; y la de pagar a mi mandante su participación en el negocio de conformidad con lo que se deja expresado. Obligaciones que se ha negado a cumplir a pesar de haber transcurrido cuatro meses de haber cumplido mi mandante con todas sus obligaciones contractuales".

2. Con fundamento en los hechos relacionados formuló estas peticiones:

"a) Que el demandado Delio Isaza Londoño ha dejado de cumplir, y por lo tanto está en mora de hacerlo, las obligaciones emanadas del contrato a que se refieren los hechos de esta demanda;

"b) Que en consecuencia está obligado el mismo demandado a pagar a mi mandante en el término prudencial que usted le señale, la cantidad de diez y ocho mil trescientos cuarenta y cuatro pesos con cincuenta y seis centavos ($ 18.344.56), equivalente al 25% del producido del espectáculo en pesos colombianos una vez deducido el tope de gastos de $ 23.000.00;

"c) Que asimismo está obligado el demandado a pagar a mi mandante, dentro del mismo término, los perjuicios que le ha ocasionado con el incumplimiento parcial del contrato celebrado entre ellos a que me he referido, por la cantidad de dinero que se demuestre en el juicio; y,

"d) Que se condene en costas al demandado.

"En subsidio de la petición b) pido que se condene al demandado a pagar a mi mandante, en el mismo término, el valor a que asciende el 25% del producido de los espectáculos de que trata el contrato, en pesos colombianos, deduciendo previamente los gastos demostrados o que se demuestren hasta una suma tope que no excederá de $ 23.000.00.

"En subsidio de la petición c) solicito que se condene al demandado a pagar a mi mandante en el mismo término, los intereses de la suma que arroje el 25% ameritado, liquidados desde la fecha de la notificación de esta demanda hasta cuando se verifique el pago total".

3. Las sentencias con que se cerraron las instancias le fueron totalmente desfavorables al demandante, quien recurrió en casación de la del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 23 de agosto de 1960.

Formulada la demanda ante la Corte, fue replicada por el demandado.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

4. Acepta la existencia del referido contrato entre Caballer V., como "empresario del espectáculo de pirotecnia denominado "Nit de Foc", e Isaza Londoño "como empresario de gastos'", contra la afirmación de este último, de tratarse de un simple proyecto de contrato. "Mas esta explicación o defensa del demandado —dice la sentencia— no es la que mejor cuadra con la naturaleza del contrato cuestionado (art. 1621 del Código Civil), ni con los hechos posteriores de ejecución de sus cláusulas por parte del demandante y demandado, razón por la cual, no apareciendo voluntad contraria, debe interpretarse el contrato tomando sus cláusulas en el sentido en que puedan producir algún efecto (art. 1620 ibídem) y valorándolas lógicamente unas por otras 'dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad'".

Sostiene que se trata de un acto de comercio celebrado por no comerciantes, pero sujeto, sin embargo, en cuanto a las controversias que se susciten a las leyes comerciales, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 10 del Código del ramo.

Estudia el asunto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, en presencia del estatuto de la condición resolutoria tácita, para afirmar que Caballer dio cabal cumplimiento a las obligaciones por él contraídas; pero, al tratar de las estipuladas a cargo de Isaza Londoño, concluye que la demanda no puede prosperar, por cuanto de autos no aparece demostrada la intervención directa del mismo, personal o por mandatario constituído en legal forma, en la organización del espectáculo "Nit de Foc"; ni consta "que el mismo señor hubiera recibido los proventos del espectáculo, ni existe una base cierta sobre el resultado económico de éste que permita calcular el porcentaje del demandante según el contrato"; ni aparece la delegación alegada por el actor, que hiciera Isaza Londoño en Alberto Arcila, para todo lo relacionado con los espectáculos, incluso para recibir los productos de ellos, y en tal caso tampoco está probado que Arcila los hubiese recibido. "Los conceptos de producido, gastos y utilidades —agrega— son puntos principales de la demanda, que aún en el caso de haberse demostrado la delegación supracitada, no podrían legalmente enviarse a la resolución del incidente del artículo 553 del Código Judicial".

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

5. Formula el recurrente un solo cargo, invocando la causal sexta de casación, por cuanto el juicio se ventiló ante la justicia ordinaria y no la especial del Trabajo, ya que entre actor y demandado se formó una relación contractual de orden laboral, habiéndose incurrido en nulidad del proceso por incompentencia de jurisdicción, prevista en el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial.

Dice así el cargo:

"La sentencia viola el artículo 448 del Código Judicial, numeral 1º, en cuanto el Tribunal no decretó la nulidad de lo actuado por incompeten-

cia de jurisdicción, que no es ni era prorrogable, con lo cual también se violó directamente el artículo 449, numeral 1º, por estar interesado el orden público no obstante ser de jurisdicción voluntaria.

"El artículo 1º del Código del Trabajo o laboral, determina la finalidad de esa legislación, en el sentido de expresar que tiene por objeto lograr la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores.

"Está demostrado en autos que entre el señor Delio Isaza Londoño y el señor José Caballer Verdeguer, se estableció una relación jurídico contractual, para que éste como trabajador técnico en materia de juegos pirotécnicos presentara exhibiciones en Guayaquil y Quito en determinadas fechas, 8 y 12 de octubre de 1957.

"El señor Caballer V. se obligó a prestar un servicio personal, en el cual era experto, que consistía en la preparación del material y presentación del juego pirotécnico en las ciudades dichas, para el señor Delio Isaza Londoño, quien actuó como capitalista, ya que se obligó a suministrar el dinero para el trabajo de preparación, transporte y presentación.

"De aquí resulta un trabajo personal de Caballer Verdeguer, prestado al señor Delio Isaza Londoño, y éste obra como patrón o empresario.

"Se pactó como remuneración un 25% del producido líquido o neto de las presentaciones, debiendo comprobarse los gastos. Tenemos por lo tanto que la relación jurídica consistió en que Caballer Verdeguer se obligó para con Isaza a prestarle un servicio o trabajo personal bajo su dependencia económica, ya que por razón del objeto del contrato no podía ser técnica, y por una remuneración. Se configuran claramente los elementos del contrato de trabajo de que trata el artículo 22 del Código del Trabajo, que parece por lo tanto violado".

Cita el recurrente, como violados por razón del cargo dicho, los artículos 1º, 3º, 5º, 14 y 20 del Código Sustantivo del Trabajo, 10 del Código Adjetivo y 150 y 448, ordinal 1º del Judicial.

Se considera:

6. Se observa, ante todo, que en tratándose de cargo con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, no se requiere, de acuerdo con la técnica del recurso, la cita de disposiciones legales sustanciales consideradas como infringidas, ya que no se trata de errores *in judicando*, a los cuales se refiere la causal primera.

A la Corte le concierne decidir si se incurrió o no en una de las causales de nulidad señaladas en el artículo 448 del Código Judicial, y en caso afirmativo si fue o no saneada en conformidad con la ley, para lo cual ha de tener en cuenta solamente los textos atinentes a esas nulidades, y no los que en el fondo de la decisión hayan podido ser quebrantados, motivo por el cual el cargo no requiere apoyo en disposiciones de carácter sustancial.

7. La acusación se plantea en torno a la naturaleza del contrato a que se refiere la demanda inicial, entre José Caballer V. y Delio Isaza Londoño.

Dice el contrato:

"Entre los suscritos, de una parte José Caballer V., en su calidad de técnico y empresario del espectáculo de pirotecnia denominado "Nit de Foc" y los señores Delio Isaza Londoño, Bernardo y Arcesio Londoño J., como empresarios de gastos se ha celebrado el siguiente contrato:

"a) El señor José Caballer se compromete a presentar en las ciudades de Guayaquil y Quito (República del Ecuador), su espectáculo denominado "Nit de Foc" en las posibles fechas de 8 y 12 de octubre de 1957, en los locales aptos que le sean indicados por la Empresa de gastos.

"b) La Empresa de gastos facilitará al señor Caballer la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00 m/c.), valor total de estas dos representaciones, en contados proporcionales, de común acuerdo y de conformidad con las necesidades, en la correspondiente elaboración de los implementos necesarios para tales espectáculos.

"c) Para el efecto de participación en este negocio, se toma un gasto tope, incluyendo el valor de la mercancía de una suma nunca superior a veintitrés mil pesos ($ 23.000.00 m/c.).

"d) De la utilidad neta que resulte en las dos representaciones programadas, la empresa de gastos entregará al señor Caballer un 25%.

"e) Son aceptados de una vez por cuenta de quienes intervienen en este negocio, como gastos generales los siguientes: viajes y sostenimiento de 7 personas, gastos generales de propaganda y arrendamiento de locales para la presentación de los espectáculos en referencia, gastos efectuados por representantes que hayan viajado anteriormente para planear el negocio, transporte de la mercancía e impuestos que ocasione su entrada al Ecuador, comisiones convenidas o que se convengan con agentes intermediarios, y demás gastos menores ocasionales en este género de em-

presas. Todos los gastos serán debidamente comprobados.

Para constancia firmamos en Manizales a cuatro días del mes de septiembre de 1957 ante testigos".

9. No aparecen en esta convención los elementos constitutivos del contrato de trabajo, que son:

A) Prestación personal de un servicio por una persona natural a otra, natural o jurídica; dependencia o subordinación de quien presta el servicio a la persona que lo recibe; y retribución de la labor (arts. 22 y 23 del C. S. T.).

De los tres elementos del contrato, el que lo distingue de las demás figuras jurídicas afines (sociedad, mandato, etc.) es la subordinación, esto es, la facultad que tiene el patrono de dar órdenes o instrucciones al trabajador. Donde no aparezca la subordinación, aunque haya servicio personal, queda excluído el contrato de trabajo.

Al lado del contrato, la ley del ramo coloca la relación de trabajo. En efecto, el estatuto laboral sustantivo (art. 24) establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Sirve de base a la presunción el servicio personal cuya comprobación incumbe a quien alega la existencia del contrato.

Del texto de la convención a que se contrae el litigio, se deduce que con el empresario de espectáculos debían colaborar varias personas, quienes ejecutaron la labor bajo la dirección de aquél. No se trata, pues, de un servicio personal del empresario sino del trabajo en conjunto, y ello basta para excluírlo de la hipótesis que contempla la norma legal antes citada.

Si de subordinación puede hablarse, se daría ella entre el empresario del espectáculo y quienes debían colaborar en su realización.

Debe anotarse que el contrato no le impone a dicho empresario del espectáculo la obligación de ejecutarlo bajo la dirección del empresario de gastos. Al respecto, José Caballer V. estaba facultado para obrar con libertad y autonomía técnica y directiva, pues el contrato (cláusula a) da a entender que Caballer es dueño del espectáculo.

B) El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas (art. 28 del C. S. T.).

Según la estipulación del contrato en examen (cláusula d), al empresario de espectáculos corresponde por su labor un 25% de las utilidades netas del negocio, esto es, deducidos los gastos ocasionados por su presentación, cuyo límite máximo (cláusula c) se fija en $ 23.000.00.

Si la exhibición del espectáculo en vez de producir utilidades hubiese dejado pérdidas, por sustracción de materia no era del caso repartir utilidades, lo cual quiere decir que el empresario del mismo asumió el riesgo de soportarlas y, en consecuencia, el de no percibir remuneración alguna por su trabajo.

Enfrentada la cláusula sobre remuneración del servicio a la norma legal citada, se deduce con toda claridad que el negocio jurídico en estudio excluye el contrato de trabajo.

10. En consecuencia, no está probado el carácter laboral de la convención a que se refiere la presente litis, de manera que la competencia para conocer de los efectos en ella originados, radica en las autoridades comunes jurisdiccionales, y no se produjo, por tanto, la nulidad del proceso, proveniente de incompetencia de esas autoridades, razón por la cual carece de sustento legal la impugnación de la sentencia.

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés (23) de agosto de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio seguido por José Caballer V. contra Delio Raza Londoño.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L,. Secretario.

LEGITIMACION PARA PEDIR INDEMNIZACION POR DAÑOS EN COSAS

No hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho.

1. Daños en cosas pueden producirse en inmuebles en general, edificios o terrenos que se tengan en propiedad, en mera tenencia o en posesión, con dominio o sin él. La legitimación para pedir por ellos dimana del daño mismo inferido al patrimonio de quien lo sufre como dueño o titular de otro derecho real, o como poseedor o mero tenedor. Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en casación de 11 de mayo de 1945 (LIX, 2019, 103).

2. En rigor no hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho, porque, si la prueba existe, pero el Tribunal niega el hecho en que debió sustentarse el fallo, la casación se produce al reconocerse el error de hecho, sin que la estimación del mérito legal de la prueba deba ser materia de un cargo específico por error de derecho, no siendo necesario, por tanto, alegar a la vez un error de hecho por haber pasado inadvertida una prueba a los ojos del sentenciador, y un error de derecho, por no haberla apreciado en su valor legal.

Porque, la doctrina tiene aceptado que no incurre el sentenciador en error de derecho cuando por error de hecho no ha valorado la prueba; lo cual muestra que cada especie de error tiene entidad propia y fuerza bastante para producir la casación, sin que el uno tenga que apoyarse en el otro, ni sea propiamente el de derecho consecuencia o efecto del de hecho. Así se desprende de la forma como contempla las dos especies de error el inciso segundo del artículo 520 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.).

Juicio de Blanca Puyo de Suárez contra Justo Céspedes.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 6 de julio de 1960.

Recurrente: el demandado.

I

ANTECEDENTES:

1. En los hechos que se relatan en seguida fundó Blanca Puyo de Suárez la demanda ordinaria que instauró contra Justo Céspedes en el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio:

Que los ganados de levante que Justo Céspedes tenía en su finca "El Porvenir" o "Paradero", ubicada en el paraje de "Pachaquiaro", Municipio de Villavicencio, penetraron al fundo de la demandante, cultivado de arroz y maíz en una extensión de doce hectáreas aproximadamente.

Que ello acaeció entre agosto y julio de 1954; y que como consecuencia, las sementeras, en pleno desarrollo y promisoras de una abundante como excelente cosecha, quedaron destruídas.

Que en la época en que debieron recogerse los frutos, la carga de maíz valía cincuenta pesos, y la arroba de arroz cinco pesos con cincuenta centavos, de manera que partiendo de la base de que cada hectárea produce ordinariamente diez cargas de maíz y ciento treinta arrobas de arroz el daño emergente causado a la actora asciende a once mil novecientos treinta pesos ($ 11.930.00), y el lucro cesante a ocho mil setenta pesos ($ 8.070.00).

2. Con apoyo en estos hechos la actora solicitó se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"Primera. El señor Justo Céspedes, de las condiciones civiles apuntadas anteriormente, es

civilmente responsable de los daños causados por su ganado en los cultivos de arroz y maíz que dentro del predio deslindado en el punto primero de la relación de hechos de este libelo, poseía la señora Blanca Puyo de Suárez.

"Segunda. Consecuencialmente el señor Justo Céspedes debe indemnizar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los correspondientes daños y perjuicios que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, pagando a mi poderdante la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00). Subsidiariamente a esta cantidad, la que se pruebe dentro del juicio o dentro del incidente a que se refiere el artículo 553 del Código Judicial. (En caso de condena en abstracto o *in género*).

"Tercera. El señor Justo Céspedes queda condenado a pagar las costas del juicio, si oponiéndose, es vencido".

3. El Juez del Circuito condenó *in género* al pago de los perjuicios; remitió su regulación al trámite prescrito en el artículo 553 del Código Judicial e impuso las costas al demandado.

Recurrida dicha decisión por este litigante, el Tribunal Superior de Bogotá la reformó reduciendo la condena a la mitad del daño, y en lo de costas, a las causadas en la primera instancia.

La Corte falla sobre el libelo de casación introducido por la parte vencida y replicado.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

4. Estudia la sentencia la norma del artículo 2353 del Código Civil, especialmente en cuanto a los medios exonerativos de responsabilidad.

Entre la tesis de que, según dicho texto, basta la ausencia de culpa en el dueño del animal, y la que requiere una causa extraña o fuerza mayor, para que aquél se descargue, opta por esta última, porque en síntesis, "no puede admitirse una interpretación distinta de que la simple ausencia de culpa de los sujetos pasivos de esta clase de responsabilidad no basta para eximirlos de ella, pues ante el hecho de la soltura o extravío del animal, obra simultáneamente la presunción de culpa de tales sujetos, y como eximentes de responsabilidad no caben otros que la prueba de una causa extraña o de la fuerza mayor".

Sobre esta premisa afirma luego la aplicabilidad en los casos del precepto citado, del ordenamiento contenido en el artículo 2357 del Código Civil, según el cual "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", y al examinar si en el caso de autos se cumplió la previsión del texto, sostiene la afirmativa por cuanto al contestar la demanda la actora confiesa, por medio de apoderado, que "el predio es accesible por varios sitios, y especialmente por ganado cerrero o propio de las sabanas del Llano, y que es el que acostumbra el señor Céspedes".

Dice al respecto:

"Resulta de la referida confesión, que el cercado de los cultivos era accesible por varios sitios, y especialmente por ganado cerrero o propio de la sabana del Llano, y resulta lógico pensar que una persona verdaderamente diligante debe cercar sus cultivos en la forma más conveniente para que los ganados que acostumbran a pastar, cerreros en el presente caso, cercanos al sitio donde dichos cultivos se tienen, no puedan penetrar a ellos. De lo cual resulta que, si la parte actora hubiera tenido cercado convenientemente para esa clase de ganado las sementeras, no se habría producido el perjuicio, relación de causalidad entre la culpa de la víctima y su propio perjuicio".

Y concluye:

"Como se trata de un caso de culpa equivalente de las partes, conforme al precepto contenido en el artículo 2.357 del Código Civil y los principios expuestos en este fallo, se impone condenar al demandado al pago o indemnización de la mitad de los perjuicios causados a la actora, según las pruebas que obran en el proceso, y mediante la regulación de que trata el artículo 553 del Código Judicial".

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

En tres cargos se formula la acusación.

Cargo primero.

5. Consiste en la interpretación errónea que hace la sentencia del artículo 2353 del Código Civil, al exigir como medio eximente de responsabilidad la fuerza mayor o la causa extraña, y no la simple ausencia de culpa. El recurrente motiva el cargo limitándose a decir que el artículo citado "después de establecer la responsabilidad del dueño del animal por los daños que cause, aun después de que se haya soltado o extraviado, agrega: 'salvo que la soltura o

extravío, o el daño que no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal'; lo que quiere decir que basta que el dueño acredite su diligencia y cuidado en la vigilancia del animal, esto es, la ausencia de culpa, para que quede eximido de responsabilidad''.

Se considera:

6. En el presente caso, sea que el texto se interprete en un sentido, o bien en otro, en el planteamiento de la responsabilidad del demandado no se puede prescindir de examinar si por parte de la víctima hubo culpa.

En el fallo —para el cual el artículo 2353 no admite como motivo de exoneración sino una fuerza mayor o una causa extraña— se igualan la posición del agente y la de la víctima, sobre la base de la equivalencia de las culpas, reparte el daño entre ambos y condena al demandado a satisfacer a la actora la mitad de los perjuicios.

Y lo mismo habría acontecido si, de acuerdo con la otra tesis, le bastara al artículo 2353 la prueba de la simple ausencia de culpa en el causante del daño, para desvirtuar la presunción de culpa que consagra el artículo 2353 del Código Civil.

Por tanto, el ataque por errónea interpretación de este precepto, ningún reflejo decisivo tiene en el desenlace de la litis. Lo sugiere el recurrente al decir que ''esta interpretación, *sea o no la determinante del fallo*, le desvió su criterio (al juzgador) llevándolo al estudio del asunto con evidente desorientación''.

Cargo segundo:

7. En este cargo se trata de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas relacionadas con la propiedad del fundo, de las sementeras y los ganados.

Con respecto al dominio de la finca, sostiene el recurrente que el derecho de propiedad no se prueba con declaraciones de testigos, por lo cual el fallo quebranta el artículo 1760 del Código Civil, que no permite suplir el instrumento público con otra especie de probanzas.

En relación con las sementeras, dice que la prueba existente no demuestra la propiedad exclusiva de la actora, sino de ''una especie de sociedad'' que formó con el ''partijero'', por cuyo motivo incurre el fallo en un error de hecho en la estimación de las declaraciones de Luis González, Hipólito García y Francisco Solano, y de derecho, con infracción de los artículos 688 y 697 del Código Judicial, al no reconocerles el mérito probatorio que les asigna la ley.

Y en lo que atañe a la pertenencia de los semovientes, alega que no está acreditada respecto del demandado mediante la prueba que figura en autos, o sea, los testimonios de Francisco Solano, Luis González y Serafín Pérez, quienes declaran, no por conocimiento personal sino por inducciones o inferencias basadas en la marca de las reses, cuya existencia no fue demostrada en el proceso, lo cual encierra evidente equivocación de hecho en el examen de las pruebas.

A causa de lo cual la sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 2353 y 2357 del Código Civil.

Se considera:

8. A) En lo concerniente a la propiedad del fundo, cuya prueba no existe en el proceso, como bien lo dice el recurrente, no es ella necesaria, porque el daño alegado se produjo en unas sementeras pertenecientes a la demandante, y bien se puede tener derecho sobre ellas sin ser propietaria del suelo.

Es cierto que la actora afirma en el hecho primero de su demanda, refiriéndose a la finca, que ''es propietaria y poseedora material, con ánimo de señor y dueño, sin reconocer dominio ajeno, en forma tranquila y pacífica de modo exclusivo''; pero esta cláusula, sin la cita del título de adquisición, fuera de ser innecesaria para afirmar el dominio, más parece encubrir una situación posesoria del terreno, en ejercicio de la cual la demandante hubiese establecido los cultivos.

Daños en cosas pueden producirse en inmuebles en general, edificios o terrenos que se tengan en propiedad, en mera tenencia o en posesión, con dominio o sin él. La legitimación para pedir por ellos dimana del daño mismo inferido al patrimonio de quien lo sufre como dueño o titular de otro derecho real, o como poseedor o mero tenedor. Los testigos Francisco Solano, Luis González y Serafín Pérez (fs. 2 a 5 C. 2º), después de identificar la finca de las siembras, afirman que es de la señora Puyo de Suárez, lo cual naturalmente no es prueba legal del dominio, pero sí de una situación en razón de la cual cercó la demandante alrededor de doce hectáreas y sembró en ellas arroz y maíz.

Casación de 11 de mayo de 1945 (LIX. 2019. 103) sentó esta doctrina, cabalmente aplicable al presente caso:

''Pero no hay que olvidar, para deducir el alcance y significado de esta obligación, de probar la propiedad de las cosas dañadas, en casos

como el que se trata, que el fundamento esencial y el objeto de la acción es la demostración de la realidad del daño patrimonial que genera en su autor la obligación de repararlo compensatoriamente, y que no siendo el derecho de dominio el objetivo primordial ni principal de la controversia judicial, no hay razón para exigir la perfección en la prueba de este derecho real como si se tratara de establecer el derecho oponible a todo el mundo. Para legitimar la personería del actor al frente del demandado responsable del hecho culposo determinante del daño material, debe bastar la prueba sumaria de la propiedad, en la forma en que se ha producido en los autos y que establece claramente el disfrute de Peñaranda sobre "La Esperanza". La razón jurídica de esta prueba es vincular procesalmente al responsable con la verdadera víctima del perjuicio, establecer la relación entre deudor y acreedor, para que la reparación del daño sea un pago legítimo y no quede expuesto el autor del daño a la posibilidad de un pago doble...".

B) La sentencia apoya la prueba de la propiedad de las sementeras en las declaraciones de Francisco Solano, Luis González y Serafín Pérez (fs. 2 a 5 C. 2º), las que estima plenamente satisfactorias, y en la diligencia de inspección ocular, en cuanto en ella fueron identificados la finca y los cultivos, diligencia a que atribuye mérito de grave presunción.

El juicio del Tribunal de instancia sobre el dominio de las sementeras, no es vulnerable en el recurso extraordinario sino por medio de la demostración de error de hecho evidente. Es cierto que el testigo González afirma que "la sementera fue establecida por el 'partijero' Carlos Jara, "quien estaba encargado de la finca", pero no sabe en "qué proporción sería esa partija o compañía", lo cual resta fuerza a su aserto sobre la existencia de "una especie de sociedad", por una parte; y por otra, quedan con su valor legal los testimonios de Solano y Pérez y la grave presunción que a juicio del Tribunal produce la inspección ocular practicada extrajudicialmente, acto en el cual el Juez y los peritos identificaron los terrenos, de acuerdo con la determinación hecha en la demanda, y establecieron la existencia de los sembrados de maíz y arroz. Si sobre estas probanzas se apoyó el sentenciador para afirmar la pertenencia de las sementeras, el error de hecho alegado, que ha de ser tal que la conclusión contraria se imponga a ojos vistas, no existe.

C) Tampoco se ha acreditado error de hecho, en el examen de las declaraciones referidas, en cuanto aluden la propiedad de los ganados, respecto de la cual, según el fallador, son también plenamente satisfactorias, y con razón, porque los testigos deponen no de inferencias, sino por propias y directas percepciones, con la convincente razón de sus asertos y acopio de detalles, de los cuales uno de los más significativos es el referente a la marca de los animales, que los testigos, por la vecindad de las fincas conocían de tiempo atrás, como perteneciente a Justo Céspedes.

9. No existen, por tanto, los errores de hecho. Menos aún los de derecho, que consisten. según el recurrente, en no haber valorado las pruebas omitidas por el Tribunal, a que se ha hecho referencia. Es decir, que la misma prueba que ha pasado inadvertida para el juzgador, con manifiesto error de hecho, puede ser, como consecuencia de este error, objeto de un error de derecho, por falta de valoración legal de la misma prueba.

Pero, en rigor no hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho, porque, si la prueba existe, pero el Tribunal niega el hecho en que debió sustentarse el fallo, la casación se produce al reconocerse el error de hecho, sin que la estimación del mérito legal de la prueba deba ser materia de un cargo específico por error de derecho, no siendo necesario, por tanto, alegar a la vez un error de hecho por haber pasado inadvertida una prueba a los ojos del sentenciador, y un error de derecho, por no haberla apreciado en su valor legal.

Porque, la doctrina tiene aceptado que no incurre el sentenciador en error de derecho cuando por error de hecho no ha valorado la prueba; lo cual muestra que cada especie de error tiene entidad propia y fuerza bastante para producir la casación, sin que el uno tenga que apoyarse en el otro, ni sea propiamente el de derecho consecuencia o efecto del de hecho, como lo ha planteado el recurrente. Así se desprende de la forma como contempla las dos especies de error el inciso segundo del artículo 520 del Código Judicial.

Cargo tercero.

10. Se acusa la sentencia por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto declara que en este caso hay culpa conjunta o concurrente de la demandante y del demandado.

Las pruebas erróneamente estimadas, son por una parte, las declaraciones referidas de Solano, González y Pérez (fls. 2 a 5 C. 2º), según las cuales en las sabanas de Apiay, destinadas a la

cría y levante de ganado vacuno, éste pase libremente en los terrenos de distintos propietarios, por no hallarse cercados, mezclándose animales de diferentes pertenencias, y siendo esto así, según el cargo, no puede imputarse al demandado culpa por haber penetrado sus animales a la finca de la actora.

Y ello con agravio de los artículos 697 y 702 del Código Judicial, y 2341, 2353 y 2357 del Código Civil, estos últimos por haberlos aplicado indebidamente.

Se considera:

1. Niega el recurrente que Justo Céspedes hubiese incurrido en culpa, al mantener sueltos sus ganados, por cuanto es ésta la costumbre en el Llano o Sabanas de Apiay, ya que solo de unos pocos años a esta parte se ha comenzado a cercar las fincas ubicadas allí.

a) El fallo, probada la pertenencia de los ganados con los testimonios de Solano, González y Pérez, juzga al dueño de ellos culpable de la destrucción de las sementeras; del mismo modo demostrada —por el hecho quinto de la demanda— la culpa de la actora, por haber dejado sitios sin cercas, declara la coexistencia de culpas en forma equivalente.

b) La sentencia no atribuye valor a la circunstancia invocada por Justo Céspedes, de vivir sueltos los ganados, sin control de sus dueños, en aquellas tierras. El recurrente la acusa de error de hecho, al omitir, en el examen de las pruebas, las declaraciones de que da cuenta el cuaderno 3º sobre dicha costumbre.

Mas, de estas declaraciones, la de Jorge Rojas Ortega no está firmada por él, y las de Antonio María Rojas, Marco Antonio Hoyos e Hipólito J. García rezan que hace algunos años los propietarios de fincas en aquella región han comenzado a cercarlas; de tal suerte que las dos declaraciones restantes serían insuficientes para demostrar la costumbre contraria, al tenor del artículo 700 del Código Judicial, no solo por el escaso número, sino también porque el contenido de ellas no reúne los requisitos que este precepto exige.

No está demostrado el error de hecho, por tanto; y menos aún el de derecho, por las razones expuestas en el cargo anterior, y subsiste, en consecuencia, la apreciación de las pruebas sobre los hechos atinentes a la culpa del demandado, y por lo mismo, la conclusión del fallo sobre concurrencia de culpas y gradación de las mismas, materia en la cual la Corte repite la doctrina de la autonomía del Juzgador de instancia (v. casación mayo 30 de 1941. LI. 1973 y 1974. 529; 24 de febrero de 1948. LXIII. 2057 y 2058. 721 y junio 9 de 1953. LXXV. 2130. 278).

DECISION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis (6) de junio de mil novecientos sesenta (1960), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Blanca Puyo de Suárez contra Justo Céspedes.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SUPLICAS PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

Nulidad por incompetencia de jurisdicción. La sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional, está en función de la causal 6ª pero no de la 1ª de casación. Sociedad de hecho entre concubinos.

1. Cuando las súplicas principales prosperan es como si las subsidiarias no hubiesen existido jamás. Queda fallida, en efecto, la condición a que estuvieron subordinadas, esto es, que no se despacharan favorablemente las peticiones presentadas con prioridad en la demanda inicial del juicio.

Es así como aun la incorrección sustancial que vicie las súplicas subsidiarias carece en absoluto de incidencia en el recurso extraordinario si el sentenciador ha despachado favorablemente las peticiones principales y por ello no hubo de ocuparse en el estudio inoficioso de las solicitudes formuladas exclusivamente para la eventualidad de pronunciamiento adverso a las súplicas subordinantes.

Si en concreto acontece que el Tribunal estaba dotado de competencia plena para entender de las peticiones principales, no deja de ser evidente que ese presupuesto primario del procedimiento ni desaparece ni se demerita en ninguna forma por el mero hecho de que no tuviese la misma competencia para conocer de la súplica subsidiaria, en que no había de ocuparse por razón de la prosperidad decretada para el interés propuesto en la principal.

Seguiría lo condicionante, principal y subordinante la suerte de lo condicionado, accesorio o subordinado, si por inversión de los valores jurídicos se predicara inhibitoria por falta de competencia, cuando la hay para el pronunciamiento de fondo favorable a lo principal y no es por lo mismo el caso de mirar siquiera la súplica subsidiaria, en que por sustracción de materia desaparece todo problema de competencia, ya consumida por quien la tenía a plenitud para decidir la cuestión planteada con rango preferencial en la demanda.

La inhibitoria de fallar en el fondo la súplica subsidiaria por incompetencia de jurisdicción, supondría necesariamente que la súplica principal no hubiese prosperado.

Y puesto que las nulidades son de interpretación estricta, mal podría considerarse viciado por incompetencia de jurisdicción para las súplicas subsidiarias el juicio que termina con pronunciamiento favorable del propio juzgador a quien conforme a derecho incumbe entender de la petición principal que ha prosperado.

2. Si se demostrara incompetencia de jurisdicción derivada del desconocimiento de las normas que en desarrollo del artículo 26 de la Carta la disciernen a determinadas autoridades judiciales, no se predicaría otra cosa que nulidad de lo actuado, de acuerdo con el ordinal 1º, artículo 448 del Código Judicial. Nulo el juzgamiento nada queda como materia propia de acusación por la causal 1ª. Y si la nulidad no existe, si la jurisdicción es competente y por ello las normas que la organizan no fueron quebrantadas, tampoco hay base alguna para formular cargo al respecto por la causal 1ª de casación.

Así, pues, la sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional está en función de la causal 6ª, pero no de la 1ª de casación. Y si no se demuestra nulidad procedimental dentro del sexto motivo de casación, queda situado en el vacío el mismo cargo por la causal 1ª.

3. Por ilicitud de causa carecen de efecto en derecho los negocios cuya finalidad concreta consiste en originar, mantener o en cualquiera forma servir de apoyo directo al concubinato en menoscabo de la familia legítima, que el matrimonio cimenta como institución primaria del Estado y de orden público por excelencia.

Pero si el examen en extremo cuidadoso a que el sentenciador está llamado cuando escruta los móviles, le permitió llegar en el fuero de su propia conciencia a la convicción de que la vida en concubinato no fue el motivo determinante de los hechos concurrentes a la formación de una determinada sociedad de giro mercantil, su juicio al respecto es imponderable en casación y conserva su firmeza, a menos que se demuestre error palmar o arbitrariedad manifiesta porque contradiga la evidencia procesal, en el terreno del yerro de hecho; o que niegue el mérito probatorio pleno del medio que ante la ley acredite lo contrario, o lo conceda al que la tarifa se lo niega, en el campo del error de derecho; y, en cualquiera de tales eventos, que allí se encuentre la causa del quebranto de alguna determinada disposición sustancial, cuyo imperio haya de vindicar el recurso extraordinario.

Nada de ello acontece cuando el demandante en casación apenas exhibe otro criterio para valorar las pruebas, como si se tratara de ulterior debate en la instancia. O porque quiera darle valor preponderante a lo que en la demanda inicial del juicio busca apenas cubrir el interés jurídico del actor con proposiciones subsidiarias nada más, por ser contrarias a la verdadera intención, principal y subordinante, según viene expuesto.

Es obvio, además, que aún en la duda acerca de cuál habría sido la solución más acertada frente al alcance probatorio de los medios, no dejaría de ser imperativo que en la certeza y no en posición dubitativa es donde debe necesariamente apoyarse la quiebra del fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez (10) de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.

Las aseveraciones de la demanda inicial dirigida por Alba Ligia Vargas contra Miguel A. Burgos consistieron en que por el mes de junio de 1942, cuando ella apenas había cumplido los dieciseis años, los dos se asociaron con "el propósito principal" de explotar comercialmente "un modesto negocio de granos que valía alrededor de $ 3.000 moneda corriente en esa época", no obstante que entre ellos "hubo relaciones más íntimas"; en que por "la inteligencia, preparación y gran sentido común de Alba Ligia" el negocio fue en aumento "debido a la comprensión y mutuo acuerdo entre los socios", hasta transformarse en una tienda de mercancías en general, cuyas utilidades permitieron al socio Burgos comprar primero un inmueble en Puerto Tejada, en seguida otro en la misma población, después otro más en la ciudad de Cali y un almacén que entró bajo la gerencia exclusiva de Alba Ligia, mientras Burgos administraba el de Puerto Tejada; en que con motivo del 9 de abril de 1948 Miguel A. tuvo que abandonar esa población de Puerto Tejada, y Alba Ligia "salvó los muebles, enseres y mercancías de propiedad de la sociedad y evitó las pérdidas que hubieran podido presentarse como consecuencia de los saqueos, etc."; en que con las utilidades de los negocios comunes Burgos adquirió un automóvil Chevrolet, modelo 1954, y la situación continuó normalmente hasta que "a fines del año de 1954, el socio Burgos sin que mediara motivo alguno, en forma intempestiva, absurda e injusta, sin que hubiera antecedido liquidación de la sociedad de hecho existente entre ellos", le puso fin.

Expresa además el libelo que como "consecuencia de las íntimas relaciones entre los socios Burgos-Vargas", nacieron Carmen Gladys, Víctor Manuel y Miguel Alberto Burgos Vargas, quienes fueron reconocidos ante Notario por su padre Miguel A. Burgos.

Por súplicas se formularon las siguientes:

"1º Decrétese la existencia de la sociedad comercial de hecho entre Miguel A. Burgos y Alba Ligia Vargas con el fin de explotar el negocio de mercancías en sus diversos ramos, tendientes a la consecución de beneficio mutuo entre los asociados.

"2º Que la sociedad de hecho entre Miguel A. Burgos y Alba Ligia Vargas, tuvo existencia real y material desde el mes de junio de 1942, cuando se asociaron para explotar el ramo del comercio con el fin de obtener beneficios, hasta el mes de junio de 1954, en que el socio Miguel A. Burgos, en forma ilegal e injusta, prescindió de la socia Alba Ligia Vargas, sin que hubiera mediado la liquidación de la sociedad de hecho y el pago de las participaciones a la socia Alba Ligia Vargas.

"3º Que se decrete la liquidación y distribución por iguales partes entre los dos socios Miguel Angel Burgos y Alba Ligia Vargas, de todos los bienes y haberes pertenecientes a la sociedad.

"4º Que Miguel Angel Burgos restituya tres días después de la ejecutoria de este fallo (sic), a la sociedad de hecho Burgos-Vargas en liquidación, constituída por Miguel A. Burgos y Alba

Ligia Vargas, los siguientes bienes de propiedad de tal sociedad:

"Almacén de mercancías en general, situado en la calle 3ª, con carreras 3ª y 4ª de la población de Puerto Tejada;

"Un almacén de mercancías en general denominado 'Miguel A. Burgos, mercancías en general', situado en la calle 12 con carreras 9ª y 10ª;

"Una casa en Puerto Tejada, adquirida por escritura pública número 3 de 8 de enero de 1947, de la Notaría de Puerto Tejada;

"Una casa de habitación con su correspondiente lote de terreno, en la población de Puerto Tejada, adquirida por escritura pública número 309 de 18 de agosto de 1949 en la Notaría de Puerto Tejada;

"Una casa de habitación, en la ciudad de Cali, adquirida por escritura pública número 3094 de 15 de septiembre de 1950, y

"Un automóvil Chevroleth, modelo 1954, color azul pálido, distinguido con las placas números 06881 del Valle.

"El almacén de Puerto Tejada se denomina 'Miguel A. Burgos, Mercancías en general', y el segundo almacén se encuentra situado en la ciudad de Cali.

"5º Que el demandado Miguel A. Burgos, está obligado a restituír y pagar todos los frutos naturales y civiles de dichos bienes, no solamente los percibidos, sino los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniéndolos en su poder la sociedad, según se acreditará oportunamente.

"*Demanda subsidiaria.*

"Para el caso de que no prosperen las peticiones principales de la demanda, pido respetuosamente al señor Juez, se sirva decretar, que el demandado Miguel A. Burgos está obligado a pagar a mi mandante Alba Ligia Vargas, el valor total de todos los servicios prestados con abnegación y desinterés en los negocios comerciales de Burgos, durante el período de tiempo comprendido entre el mes de junio de 1942 a diciembre de 1954, a razón de $ 500 mensuales, o la suma que fijen expertos durante el término de prueba.

"2º Que una vez decretada la obligación que tiene el demandado conforme a la anterior petición subsidiaria, sea este mismo condenado a pagar el valor de esos servicios de acuerdo con el monto fijado, dentro del término de tres días, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia (sic).

"3º Que el demandado sea condenado a pagar las costas y costos del juicio".

Con respecto a las súplicas subsidiarias el escrito inicial relaciona los hechos con la fisonomía del contrato laboral en que Alba Ligia Vargas prestara sus servicios "como ventera en los negocios de mercancías" de Miguel A. Burgos, "sin que se le retribuyeran en ninguna forma".

Desató el litigio en primera instancia el Juez 5º Civil del Circuito de Cali con fallo plenamente absolutorio del 6 de noviembre de 1959; en tanto que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, con fecha 24 de agosto de 1960, resolvió sobre la alzada de la actora, así:

"... REVOCA la sentencia que es objeto del recurso, la proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali el 6 de noviembre de 1959, y en su lugar RESUELVE:

"1º *Decrétase* la liquidación y distribución de los bienes que componen la sociedad de hecho que existió entre los años de 1942 y 1954, formada por los socios Miguel A. Burgos y Alba Ligia Vargas, personas mayores de edad y vecinas de Cali, quienes desarrollaron sus actividades comerciales en común y para el común beneficio en la población de Puerto Tejada primero y luego en la misma y en la ciudad de Cali;

"2º *Niégase* la demanda subsidiaria de restitución de los bienes que relaciona la petición '4º' de la demanda principal, que son los que constituyen el patrimonio de la sociedad, por falta de prueba de la acción para reivindicar y ser éste (sic) improcedente;

"3º *Condénase* al demandado a pagar las costas del juicio".

Cumple ahora a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por el demandado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En relación con el artículo 2083 del Código Civil, que legitima a cada socio para pedir que se liquiden las operaciones anteriores y sacar lo que hubiere aportado, cuando de hecho se formare una sociedad que no pueda existir legalmente, salvo en las hipótesis de causa y objeto ilícitos, y después de distinguir entre las sociedades que no alcanzaron a constituírse por falta de alguna solemnidad y las que por reunión de esfuerzos para un lucro llegan a integrarse en los hechos, el sentenciador expone:

"Entonces, para alinderar y establecer situaciones jurídicas respecto de actividades de asociación entre un hombre y una mujer donde puede estar prevalenciendo el fin inmoral de una unión de personas no autorizadas por la ley, porque no es la proveniente de matrimonio, en ejercicio de su labor de interpretación la jurisprudencia ha tenido que acudir a efectuar la regulación jurídica que cabe para ver si es de aplicar en cada caso el principio de que se ha hecho mérito del enriquecimiento sin causa, con lo que no hace otras cosa que hacer intervenir el precepto del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que dice: 'Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen cosas o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho'".

Y con referencia al fallo de la Corte proferido el 30 de noviembre de 1935 (XLII. 1901 y 1902. 479), continúa:

"Pero la misma alta corporación establece que no procede la liquidación de las sociedades de hecho entre concubinos si no se reúnen, además, las siguientes condiciones:

"1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad, el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si ello fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante;

"2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es simplemente resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

Más adelante comenta:

"Al contrario de la sociedad de bienes que por virtud del matrimonio se constituye con el nombre de sociedad conyugal (artículo 180 del Código Civil), ninguna clase de sociedad ni comunidad se forma por el concubinato, de suerte que si es dable separar la simple actividad comercial encaminada a obtener beneficios comunes con el común esfuerzo, de la que solo se contrae a la conservación y administración de los bienes de uno y otro de los concubinos, o de ambos, no hay por qué no admitir la liquidación de la sociedad de hecho así formada. Si los dos amancebados han trabajado en el mismo pie de igualdad, y aparte de la natural asistencia de orden doméstico que la mujer puede suministrar al varón, ha contribuído también en igualdad de circunstancias, con el mismo criterio de lucro y sin sujeción distinta de la que es de suponer para la común vivienda, tal entendimiento y comunidad de intereses induce la existencia de una sociedad susceptible de liquidarse.

"Las siete declaraciones de que se ha hecho mención aparecen uniformes y en un todo de acuerdo sobre lo que dijeron constarles personalmente a los testigos, ya por el simple conocimiento y trato frecuente que tuvieron con el señor Burgos y la señora Vargas, como por la circunstancia de vecindad con que contaron otros y por motivos profesionales el médico doctor Contreras, o sea que en la suerte de los negocios del señor Burgos fue decisiva la colaboración de su compañera Vargas. En un principio trabajando juntos en la tienda de granos con que empezaron; después, cuando los negocios se multiplicaron, administrando independientemente y de manera exclusiva otros frentes de la misma empresa comercial y en alguna ocasión, con motivo de los desórdenes ocurridos el 9 de abril de 1948, colocándose en el lugar del señor Burgos para salvar del saqueo los muebles, enseres y existencia de mercancías que poseían en Puerto Tejada, la colaboración de la señora Vargas no ha sido la de simple concubina, ni la de empleada que devenga un sueldo sino la de una persona directamente interesada que fomenta y defiende lo que le pertenece".

Después de varias consideraciones alrededor de los elementos de prueba aducidos por las partes, añade el Tribunal:

"Dice el señor apoderado del demandado que la misma parte actora se encargó de dar la prueba, con los testimonios y documentos aducidos, de que la unión Burgos-Vargas sólo tuvo por fin prolongar y fomentar un público concubinato. A esto observa la Sala que el amancebamiento en sí no desaloja necesariamente la existencia de la sociedad de hecho ni la correlativa acción de cualquiera de los socios para demandar su liquidación. Si a pesar del amancebamiento aparece claro el ánimo de trabajar para el común beneficio, y, como ocurre en el presente caso, el provecho económico obtenido a través de pocos años de ejercicio del comercio se evidenció con varias y sorprendentes adquisiciones de bienes muebles e inmuebles, debe ser reconocida la sociedad de hecho como resultado independiente de la unión libre. A pesar de ésta y de los hijos habidos en ella, medió también en esas relaciones una común actividad de negocios dirigida a un

propósito de lucro, aun cuando las adquisiciones de bienes aparezcan hechas a nombre de Burgos únicamente.

"De esta suerte, si el patrimonio conseguido de esta manera es el resultado de un mutuo entendimiento de los concubinos en el manejo de los negocios, y la actividad desarrollada ha tenido lugar en el mismo pie de igualdad, en forma que en ningún momento la actora aparece como dependiente o empleada del señor Burgos en el giro y administración de los negocios, sino como condueña de éstos nombrando empleados, dando órdenes y disponiendo lo que más conviene, es apenas jurídico reconocer la existencia de la sociedad comercial de hecho, por analogía con el precepto del artículo 472 del Código Civil (sic) y dar cabida a la acción que se ejercita de liquidación de ella, la que debe llevarse a cabo en los términos del artícuo 475 de la misma obra " (sic).

LA IMPUGNACION

El libelo invoca las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial, por modo que corresponde examinar primeramente la acusación que se refiere a errores *in procedendo*.

CAUSAL 6ª

Aduce el recurrente nulidad por incompetencia de jurisdicción, según el artículo 448 del Código Judicial, y expresa:

"El artículo 1º del Decreto 456 de 1956 establece claramente que 'la jurisdicción especial del trabajo conocerá de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que le haya dado origen, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo.

"El trámite de dichos juicios será el ordinario del referido Código.

"La petición subsidiaria del actor se encamina precisamente a obtener que se decrete por la justicia ordinaria (Juez Civil del Circuito de Cali, reparto) que no por la laboral, 'que el demandado Miguel A. Burgos está obligado a pagar a mi mandante Alba Ligia Vargas, *el valor total de todos los servicios* prestados con abnegación y desinterés en los negocios comerciales de Burgos, durante el período de tiempo comprendido entre el mes de junio de 1942 a diciembre de 1954, a razón de $ 500 mensuales, o la sumá que fijen expertos durante el término de prueba'".

Deduce así nulidad inallanable y no saneable, por ser de orden público.

Se considera:

1. Cuando las súplicas principales prosperan es como si las subsidiarias no hubiesen existido jamás. Queda fallida, en efecto, la condición a que estuvieron subordinadas, esto es, que no se despacharan favorablemente las peticiones presentadas con prioridad en la demanda inicial del juicio.

Es así como aun la incorrección sustancial que vicie las súplicas subsidiarias carece en absoluto de incidencia en el recurso extraordinario si el sentenciador ha despachado favorablemente las peticiones principales y por ello no hubo de ocuparse en el estudio inoficioso de las solicitudes formuladas exclusivamente para la eventualidad de pronunciamiento adverso a las súplicas subordinantes.

2. Si en concreto acontece que el Tribunal estaba dotado de competencia plena para entender de las peticiones principales, no deja de ser evidente que ese presupuesto primario del procedimiento ni desaparece ni se demerita en ninguna forma por el mero hecho de que no tuviese la misma competencia para conocer de la súplica subsidiaria, en que no había de ocuparse por razón de la prosperidad decretada para el interés propuesto en la principal.

3. Seguiría lo condicionante, principal y subordinante la suerte de lo condicionado, accesorio o subordinado, si por inversión de los valores jurídicos se predicara inhibitoria por falta de competencia, cuando la hay para el pronunciamiento de fondo favorable a lo principal y no es por lo mismo el caso de mirar siquiera la súplica subsidiaria, en que por sustracción de materia desaparece todo problema de competencia ya consumida por quien la tenía a plenitud para decidir la cuestión planteada con rango preferencial en la demanda.

La inhibitoria de fallar en el fondo la súplica subsidiaria por incompetencia de jurisdicción, supondría necesariamente que la súplica principal no hubiese prosperado. Entonces sí se habría abierto el campo a las hipótesis correspondientes a remuneraciones por servicios personales dentro del marco de la competencia estatuída para la jurisdicción especial del trabajo por el Decreto Legislativo 456 de 2 de marzo de 1956 y su complementario, el 931 de 20 de abril del mismo año.

4. Admitida la existencia de sociedad de hecho entre la demandante Vargas y el demandado Burgos y decretada la liquidación conforme a las peticiones principales, quedaron sin efecto alguno los planteamientos que en subsidio buscaron amparar el interés de la actora con el remedio, contrario pero condicional, de haber sido ella dependiente en la aplicación de su actividad y buen sentido mercantil al desarrollo de los negocios del demandado Burgos.

Y puesto que las nulidades son de interpretación estricta, mal podría considerarse viciado por incompetencia de jurisdicción para las súplicas subsidiarias el juicio que termina con pronunciamiento favorable del propio juzgador a quien conforme a derecho incumbe entender de la petición principal que ha prosperado.

En consecuencia: no estaba el sentenciador en capacidad de inhibirse de pronunciamiento de fondo sin haber llegado el instante de considerar la solicitud subsidiaria o condicional.

CAUSAL 1ª

Cuatro aspectos presenta el libelo de casación en orden a la causal 1ª, a saber:

I. Quebranto directo por falta de aplicación de los Decretos 456 de 2 de marzo de 1956 y 931 de 20 de abril del mismo año, y del artículo 26 de la Constitución Nacional, sobre la base de los mismos argumentos expuestos en sustentación de la causal 6ª, para deducir esta vez la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, en razón de que como el juzgador no era competente para conocer de todas las acciones no tenía cabida la acumulación, según el artículo 209 del Código Judicial.

"Queda así bien claro —dice la demanda— que el sentenciador de segunda instancia, dentro de este proceso, ha incurrido en violación directa de la Constitución Nacional en su artículo 26, y de los artículos 1º de los Decretos 456 y 931 de 1956, lo cual es suficiente para que la honorable Corte proceda a *casar la sentencia recurrida,* anulando el proceso desde el auto admisorio de la demanda inclusive, por existir inhibición para conocer de las acciones instauradas".

II. Infracción directa del artículo 1769 del Código Civil, sobre el mérito pleno de la confesión judicial, para la que se presume autorizado el apoderado en juicio según el artículo 607 del Código Judicial, por cuanto demandó en este litigio el pago de todos los servicios prestados por Alba Ligia Vargas *como ventera* en los negocios de mercancías de Miguel A. Burgos. Expresa el recurrente:

"Ello quiere decir que está ausente, que falta el *ánimus societatis,* y simultáneamente, el elemento esencial a toda sociedad, el de aporte de un capital, porque esos servicios los prestó la demandante en forma *'abnegada y desinteresada'*, Mal podía entonces derivar la justicia representada por el honorable Tribunal Superior de Cali, el otro elemento de repartición entre demandante y demandado de las ganancias o pérdidas que resulten de la pretendida especulación. Y como justamente esto lo hizo el sentenciador de segunda instancia, incurrió en violación directa de la ley sustantiva, al dejar de aplicar al caso de autos el artículo 1769 del Código Civil".

III. Dice el libelo:

"Incurre la sentencia del honorable Tribunal de Cali en aplicación indebida de los artículos 2079, 2083 del Código Civil y 472 y 475 del Código de Comercio...

"Por haber dejado el Tribunal de apreciar la confesión de la parte actora, y por no haber tenido en cuenta los artículos 603 y 607 del Código Judicial, incurrió en manifiesto *error de hecho* que lo indujo a producir un fallo evidentemente contrario a la ley. La *probatio probisima,* perfectamente establecida en los autos y demostrada hasta la saciedad, hizo que el *ad quem* diera una aplicación indebida al artículo 2079 del Código Civil, pues en el fallo dijo que existía una inexistente sociedad de hecho, al 2083 porque ordenó liquidar una sociedad de hecho que legalmente no puede existir, y a los artículos 472 y 475 del Código de Comercio, porque su aplicación sería consecuencia de la existencia de la sociedad que, según se ha visto, es legalmente inexistente".

IV. Aplicación indebida de los artículos 2083, 1502 y 1524 del Código Civil y 472 y 475 del Código de Comercio. Dice el libelo:

"Según el artículo 1502 del Código Civil es indispensable para toda declaración de voluntad que tenga una causa lícita y el artículo 1524 ibídem considera como causa ilícita la prohibida por las leyes o la que va contra la moral y las buenas costumbres. Estas disposiciones se violaron por el Tribunal Superior de Cali en la sentencia impugnada puesto que las aplicó indebidamente, en virtud del *error de derecho* que lo indujo a dejar de apreciar la confesión que hizo el demandante en los hechos del libelo, para lo cual se presumía autorizado por su poderdante, según el artículo 607 del Código Judicial, al ma-

nifestar el apoderado de la demandante que '*entre los dos hubo relaciones más íntimas*', lo cual significa la supremacía de tales relaciones que son concubinarias a la misma relación jurídica que exige la ley como requisito indispensable para la existencia de toda sociedad''.

Comenta los hechos de la demanda, y añade:

''... no se ve cómo se pueda trocar un ánimo concubinario (causa ilícita), motivo determinante y originario de las relaciones entre Burgos y Vargas, se pueda trocar, repito, esa causa de asociación viciada por cuanto ella va contra la moral y las buenas costumbres del pueblo colombiano, para tenerse al mismo tiempo como causa lícita para la formación de una supuesta sociedad de hecho dizque con carácter de comercial''.

Sin hacer hincapié en deficiencias técnicas de la demanda de casación.

Se considera:

5. La cuestión propuesta en primer lugar por la causal 1ª, es la misma que fue objeto de examen a propósito de la causal 6ª, que es en realidad el ámbito adecuado para formular el reparo en casación. Porque si se demostrara incompetencia de jurisdicción derivada del desconocimiento de las normas que en desarrollo del artículo 26 de la Carta la disciernen a determinadas autoridades judiciales, no se predicaría otra cosa que nulidad de lo actuado, de acuerdo con el ordinal 1º, artículo 448 del Código Judicial. Nulo el juzgamiento, nada queda como materia propia de acusación por la causal 1ª y si la nulidad no existe, si la jurisdicción es competente y por ello las normas que la organizan no fueron quebrantadas, tampoco hay base alguna para formular cargo al respecto por la causal 1ª de casación.

Así, pues, la sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional están en función de la causal *6a*, pero no de la 1ª de casación. Y si no se demuestra nulidad procedimental dentro del sexto motivo de casación, queda situado en el vacío el mismo cargo por la causal 1ª

6. Por ilicitud de causa carecen de efecto en derecho los negocios cuya finalidad concreta consiste en originar, mantener o en cualquiera forma servir de apoyo directo al concubinato en menoscabo de la familia legítima, que el matrimonio cimenta como institución primaria del Estado y de orden público por excelencia.

Pero si el examen en extremo cuidadoso a que el sentenciador está llamado cuando escruta los móviles, le permitió llegar en el fuero de su propia conciencia a la convicción de que la vida en concubinato no fue el motivo determinante de los hechos concurrentes a la formación de una determinada sociedad de giro mercantil, su juicio al respecto es imponderable en casación y conserva su firmeza, a menos que se demuestre error palmar o arbitrariedad manifiesta porque contradiga la evidencia procesal, en el terreno del yerro de hecho; o que niegue el mérito probatorio pleno del medio que ante la ley acredite lo contrario, o lo conceda al que la tarifa se lo niega, en el campo del error de derecho; y, en cualquiera de tales eventos, que allí se encuentre la causa del quebranto de alguna determinada disposición sustancial, cuyo imperio haya de vindicar el recurso extraordinario.

7. Nada de ello acontece cuando el demandante en casación apenas exhibe otro criterio para valorar las pruebas, como si se tratara de ulterior debate en la instancia. O porque quiera darle valor preponderante a lo que en la demanda inicial del juicio busca apenas cubrir el interés jurídico del actor con proposiciones subsidiarias nada más, por ser contrarias a la verdadera intención, principal y subordinante, según viene expuesto.

Es obvio, además, que aun en la duda acerca de cuál había sido la solución más acertada frente al alcance probatorio de los medios, no dejaría de ser imperativo que en la certeza y no en posición dubitativa es donde debe necesariamente apoyarse la quiebra del fallo recurrido.

8. Si el Tribunal entendió que entre la Vargas y Burgos llegó a formarse en los hechos una sociedad de índole mercantil que progresara a ojos vistas sobre la base de un negocio cuya cuantía inicial sólo alcanzaba a unos $ 3.000; si de la actividad conjunta de los asociados en la gerencia y dirección de los intereses comunes, movidos en plano de igualdad con ánimo de lucro, infirió el sentenciador las caracterísicas esenciales de aquel contrato nacido y ejecutado en los hechos y decretó su liquidación, la circunstancia marginal de que entre los asociados existieran además relaciones de mayor intimidad, no es por sí sola bastante a establecer con evidencia de autos que en concreto el motivo determinante de la sociedad de hecho no hubiera sido el propósito de lucro sino la creación y mantenimiento del concubinato.

Es claro que la simple condición de manceba no exige las cualidades necesarias para llegar al establecimiento de una sociedad mercantil. De que si en los hechos se forma, no ha de inferirse necesariamente que lo fuera para mantener el concubinato. Cabría razonablemente entender

que la sociedad de hecho pudo apenas servir de causa ocasional para las relaciones fuera de matrimonio, con la esperanza en la mujer de llegar a contraerlo algún día con su socio, por mérito de la consagración, entusiasmo y aptitudes en la gerencia de los negocios comunes, que es cuanto se desprende de las posiciones absueltas por la demandante y ameritadas por el Tribunal.

9. Está expuesto ya que los planteamientos subsidiarios quedaron sin efecto por virtud de prosperar la intención verdadera y principal de la demanda. De suerte que la hipótesis condicionada al insuceso de lo pedido con prevalencia no puede entenderse como reconocimiento capaz de enervar la pretensión principal de la actora sobre existencia de sociedad de hecho con Miguel A. Burgos. El remedio contrario de entender que Alba Ligia Vargas tan solo fue su empleada, aparece en la demanda inicial nada más que para proteger su interés en toda eventualidad contra el enriquecimiento sin causa. De donde es obvio que no se encuentra en ello ningún género de confesión judicial.

Por todo lo cual debe prevalecer el fallo del sentenciador.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 24 de agosto de 1960, proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

MEDIDAS CAUTELARES. — SU CARACTERISTICA MAS ACUSADA

Duración del secuestro en juicios sucesorales y relevo de las obligaciones del secuestre. Depósito voluntario y depósito judicial. El secuestre no puede disponer de los bienes de la sucesión. Dolo. Autonomía del Tribunal en la estimación de los elementos que lo constituyen.

1. En principio, las medidas cautelares encuentran su razón en la urgencia de evitar un daño originado en el retardo de una providencia jurisdiccional definitiva y, en la necesidad de hacer eficaz el funcionamiento de la justicia; de ahí surge su característica más acusada como es la de no ser un fin en sí mismas, sino medio adecuado para providencias posteriores cuyo resultado práctico aseguran.

"Hay, pues, afirma Calamandrei, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, y a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento". (Providencias Cautelares, pág. 45, Nº 9).

2. No pierden las medidas conservatorias que en el juicio sucesoral pueden tomarse, su fisonomía de instrumentales o preordenadas y transitorias, por ser ese juicio de jurisdicción voluntaria, y al contrario se acentúa su carácter, pues la precaución sobre los bienes tiende a evitar que se deterioren o pierdan y a darle eficacia práctica y legal al medio de adquirir el dominio por causa de muerte, por cuya razón tales medidas tienen su origen en el Código Civil que legitima, para pedirlas, por regla general, a quien tiene interés o se presuma que lo tenga en la sucesión, correspondiéndole a la ley de enjuiciamiento proveer procedimientos adecuados para lograr el fin respectivo.

La transitoria duración de las providencias cautelares se mide por el tiempo transcurrido entre su pronunciamiento y la presencia de otra de orden judicial que ponga fin a esa situación, terminándose, de consuno, el secuestro y la investidura de depositario judicial, con la obligación para éste, cuando el secuestro fue real, de entregar los bienes a quien corresponda, y siempre, aún en el simbólico, de rendir las cuentas del caso.

Ordenado en el juicio de sucesión el levantamiento del secuestro por reconocimiento de un heredero del causante, desapareció la medida provisional y también las funciones de secuestre de bienes, siquiera desde cuando éste se hizo legalmente conocedor de la providencia respectiva, sin que esto quiera significar que si por especiales circunstancias la entrega no se cumplió, pueda el secuestre relevarse de sus obligaciones, ya que la ley lo hace responsable hasta de la culpa leve, por tener relativamente a la administración de los bienes, las facultades y deberes de mandatario (C. C., 2155-2279).

3. Es cierto que los contratos de depósito y secuestro necesitan para su perfeccionamiento la entrega de la cosa; pero, de ahí no puede concluírse que levantado el depósito judicial por orden del juez, el secuestro no termina sino cuando el secuestre restituya los bienes, porque esto significaría quebrantamiento del principio consagrado en el artículo 2280 del Código Civil

cuando después de afirmar que el secuestre no podrá exonerarse de su cargo, mientras no recaiga sentencia de adjudicación, dice en la segunda parte: "Podrá también cesar antes de dicha sentencia por voluntad unánime de las partes si el secuestro fuere convencional, o por decreto de juez, en caso contrario". Y, por fin, porque de no ser así habría desobedecimiento a la orden judicial y, en la práctica, se consagraría el abuso dejando al arbitrio del secuestre la terminación de su encargo.

Y es esa, precisamente, una de las diferencias entre el depósito voluntario y el judicial, pues, obedece aquél a la voluntad de las partes y a ella está sujeto y éste se origina en la decisión judicial en que se constituye y se termina o extingue con la que pone fin a esa situación. Por eso mismo es cierto que de acuerdo con el artículo 1637 del Código Civil, reciben legítimamente las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello, lo cual, paladinamente, supone la vigencia del decreto judicial, pues, a la inversa, resulta ilegítimo el pago hecho en las condiciones contrarias a las previstas por la norma citada, todo, porque la validez del pago depende, en principio, de su eficacia para cancelar la obligación debida. La ley tiene en cuenta esto y lo sanciona al establecer que para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que lo hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro (C. C., 1634).

4. El secuestre, como regla general, no tiene facultad para disponer de los bienes de la sucesión, y acto de disposición constituye la rebaja de una deuda.

5. No puede negarse que el pago es un acto jurídico susceptible de estar teñido por el dolo. Pero, no atacada por error de hecho manifiesto o por error de derecho la apreciación de los elementos constitutivos del dolo, la Corte no puede variar la que el Tribunal con el rigor de su conciencia hiciera, porque semejante apreciación está dentro del ámbito de su autonomía en la estimación del dolo de quienes intervinieron en tal pago.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES:

(Juicio de sucesión).

Al morir Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, el 28 de septiembre de 1950, se abrió el juicio mortuorio el 24 de octubre de ese mismo año, a petición de un acreedor del causante.

Por auto de 4 de noviembre de 1950, se reconoció al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, como heredero del de cujus.

El 11 de octubre del mismo año, el Juzgado del conocimiento designó como secuestre interino de los bienes al doctor Jorge Enrique Sánchez.

El 14 de ese mismo mes y año se llevó a cabo la diligencia de secuestro simbólico de los bienes de la sucesión.

A petición del Municipio de Bogotá, el Juzgado, en auto de 3 de abril de 1951, ordenó el "levantamiento del secuestro" referido.

En memorial presentado al Juzgado del conocimiento el 12 de mayo de 1951, el secuestre solicitó la fijación de sus honorarios, dándose por notificado de la anterior providencia, a la cual petición recayó una nueva, la del 13 de junio de 1951, en la que se ordenó que previamente "el depositario doctor Jorge E. Sánchez, rinda cuenta de su administración".

Por auto de 16 de enero de 1952, se reconoció como heredero del causante, en calidad de hermano natural, a Julio Lorenzo Rodríguez.

El 21 de agosto de 1953, en la misma calidad de hermano natural, se tuvo como heredero a Julio Evaristo Brito Lorenzo.

En escrito de 15 de septiembre de 1954, tres años cinco meses después del auto de 3 de abril de 1951, en que se ordenó el levantamiento del secuestro, el doctor Sánchez hizo rendición de cuentas que al presentar al Juzgado llevaba ya la aprobación del apoderado de los hermanos del causante. Allí se dice:

"Para sufragar los anteriores gastos (se refiere a la suma de $ 100.000.00) obtuve del señor Rafael Restrepo Echavarría el pago anticipado de la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) m/c., deuda a su cargo y a favor de la sucesión como parte del precio de la compra de la finca que adquirió del causante según la escritura pública número 3.147 de 25 de septiembre de 1950, Notaría Séptima de Bogotá, registrada el 15 de diciembre de 1953. Por consiguiente, el plazo para el pago de la deuda solo puede contarse desde la tradición legal del inmueble por medio del registro y como de acuerdo con las estipulaciones del contrato, el pago debe hacerse por

instalamentos de veinte mil pesos ($ 20.000.00) m/c. cada año, los vencimientos para cada cuota de $ 20.000.00 tienen las siguientes fechas: 15 de diciembre de 1954; 15 de diciembre de 1955; 15 de diciembre de 1956; 15 de diciembre de 1957, y 15 de diciembre de 1958. De donde se deduce que resulta más económico para los herederos recibir de vez (sic) el valor de la acreencia menos el descuento de intereses corrientes, que obtener en otras fuentes dinero en mutuo para atender a los gastos imprescindibles de la defensa de los bienes de la sucesión, pago de impuestos y peritos, o dejar los impuestos impagados reconociendo al Estado el interés moratorio del 2% mensual que para el solo caso de los impuestos que gravan la herencia, representa la suma de $ 580.31 por mes".

El 17 de ese mismo mes de septiembre, el Juez dictó auto de aprobación de plano de las cuentas presentadas por el secuestre.

El 21 del mismo mes, "el apoderado de todos los herederos reconocidos en el juicio" y quien al tiempo "manifiesta su conformidad con la anterior acta y forma de entrega" firmó con el doctor Jorge Enrique Sánchez, secuestre, y Rafael Restrepo Echavarría "el acta de entrega" que presentaron al Juzgado el 22 de los mismos mes y año.

Por auto de 28 de septiembre de 1954, el Juzgado reconoció como heredero del causante, en calidad de hijo natural, al señor Adalberto Lorenzo y Rodríguez.

EL LITIGIO

En demanda de 29 de marzo de 1955, Adalberto Lorenzo Rodríguez inició en el Juzgado Sexto del Circuito de Bogotá juicio ordinario frente a Rafael Restrepo Echavarría, para obtener declaraciones y condenas que, en síntesis, son las siguientes:

Nulidad, invalidez, inexistencia o ineficacia de reconocimiento de pago y descuentos que en favor del demandado y en relación con las obligaciones provenientes del contrato contenido en la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950, se hiciera al rendir las cuentas del secuestro efectuado en el juicio de sucesión antes mencionado, aprobación dada "por parte de los herederos putativos reconocidos antes de que lo fuera Adalberto Lorenzo Rodríguez en la mencionada sucesión (ya excluídos), representados dichos señores por el doctor Marco T. Ruiz Luján, ya que este apoderado, al hacer la aceptación de que se habla incurrió en dolo o, a lo menos, en grave error de hecho o de derecho"; que el demandado se encuentra en mora de cumplir su obligación de pagar el precio de la compraventa a que se refiere la escritura número 3147 antes citada; que, como consecuencia de la falta de cumplimiento del pago del precio, se lo declare resuelto y sin valor; que en subsidio se declare rescisión, pues el vendedor Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez sufrió, al celebrarlo, lesión enorme, en consideración a que la finca vendida valía en la época de la compraventa más de $ 300.000.00, es decir más del doble del precio estipulado; que por efecto de la declaración anterior el demandado debe restituír al demandante o a la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez el inmueble descrito en la súplica tercera de la demanda, con sus anexidades y libre de todo gravamen o limitación del dominio impuesto por el demandado o por sus dependientes; que éste debe pagar al actor o a la sucesión ilíquida de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, en el término que se fije en la sentencia, la suma de $ 50.000.00 m/c., como valor de los perjuicios de todo orden sufridos por el vendedor o por su sucesión, por causa de incumplimiento del comprador demandado a las obligaciones emanadas del contrato referido, o en subsidio, que se condene al demandado a pagar al demandante o a la sucesión ilíquida dicha, la suma que resulte probada como valor de los perjuicios; que debe el reo pagar al actor o a la sucesión ilíquida, dentro del término que se fije al efecto, el valor de los frutos percibidos por él en la finca objeto del contrato, desde el 25 de septiembre de 1950 hasta cuando se verifique la restitución impetrada, y no solamente los percibidos sino los que el dueño de ella hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, según concepto de peritos; que se ordene al Notario séptimo del Circuito de Bogotá y al Registrador de I. P. y P. de Girardot, la cancelación de la escritura y su registro; y, que se condene al demandado a pagar las costas del juicio. En subsidio de las peticiones anteriores, que se condene al demandado a pagar al actor la suma de $ 200.000.00, como valor de los perjuicios causados a consecuencia de los hechos relacionados en el ordinal vigésimo, o la suma que por este concepto resulte probada dentro del juicio.

Las peticiones anteriores las fundamenta el demandante en veinte hechos que pueden sintetizarse así:

Entre Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez y Rafael Restrepo Echavarría celebraron el contrato de compraventa de la finca "La Esme-

ralda'' recogido por la escritura 3147 de 25 de septiembre de 1950, pasada en la Notaría Séptima de Bogotá, comprometiéndose el comprador a pagar como precio la suma de $ 150.000.00, en seis contados: el primero de $ 50.000.00, y los cinco restantes de $ 20.000.00, por anualidades, en los meses de septiembre de los años de 1951, 1952, 1953, 1954 y 1955, por lo cual quedaría a deber después de septiembre de 1954, $ 20.000.00 solamente; el vendedor cumplió con todas sus obligaciones; pocos días después de haber firmado la escritura murió y el juicio de sucesión se adelantó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá; el demandado, comprador de la finca, no ha pagado ni al vendedor ni a la sucesión, el valor completo de las cuotas del precio estipulado, ni la suma de $ 50.000.00 a que se refiere la cláusula tercera de la mencionada escritura y se encuentra en mora de pagar el precio de la compraventa dicha.

En el juicio de sucesión del vendedor, en curso en el Juzgado Cuarto Civil, fueron reconocidos como herederos, antes de que lo fuera el actual demandante y en condición de hermanos naturales los señores Julio Lorenzo Rodríguez y Julio Evaristo Brito Lorenzo, quienes por medio de su apoderado doctor Marco T. Ruiz Luján, aceptaron las cuentas presentadas en dicho juicio por el secuestre doctor Jorge Enrique Sánchez y ''el descuento liberalmente otorgado al comprador demandado''; los hermanos del causante, antes citados, actuaron en el juicio de sucesión como herederos putativos, pues el heredero real del causante es el actual demandante, ''hijo natural reconocido por su padre don Luis o Leonardo''. Los herederos putativos fueron excluídos de la sucesión como tales y el actual demandante está reconocido en esa calidad y en su favor se ha dictado decreto de posesión efectiva de la herencia.

El demandado posee el bien referido en la petición tercera de la demanda o sea la mitad de la finca llamada ''La Esmeralda'' y con su incumplimiento o con la lesión enorme de que se hizo víctima al vendedor, le ha causado perjuicios a él o a su sucesión y ha percibido de la finca frutos cuyo valor asciende a más de $ 100.000.00.

El doctor Marco Tulio Ruiz Luján es desde hace mucho tiempo dependiente directo o indirecto del demandado y por esa condición obedece sus órdenes. El doctor Ruiz Luján actuó como apoderado de los herederos putativos en el juicio de sucesión de don Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez y aceptó la declaración de pago y los descuentos hechos por el doctor Jorge Enrique Sánchez en su rendición de cuentas, cuyo reconocimiento y descuentos no liberta al demandado de su obligación de pagar todo el precio de la compraventa, ni legal ni contractualmente ''puesto que el secuestre no tiene jamás facultades dispositivas sobre los bienes herenciales''. Dolosa o erróneamente, el doctor Ruiz Luján aceptó como válido el pago del demandado de este juicio hecho al secuestre antes mencionado, y aceptó como legales los descuentos concedidos a Rafael Restrepo Echavarría, sobre la compraventa ameritada, ''con perjuicio presunto de los poderdantes del citado abogado quienes eran herederos putativos del padre de mi mandante. Con su acto doloso o erróneo ha causado el abogado perjuicios al heredero real, señor Adalberto Lorenzo Rodríguez y a la sucesión''.

''Por las razones apuntadas, la aceptación de pago y los descuentos relacionados con las obligaciones del demandado en la compraventa de que se habla no obligan a la sucesión de don Luis o Leonardo Lorenzo, ya que el consentimiento de los manifestantes estuvo viciado en el mismo acto de la acepación por el dolo o por el error''.

''Sin el dolo o el error en que incurrió el doctor Marco T. Ruiz Luján, la aceptación del pago y de los descuentos referidos no llegarían jamás a producir efecto legal, puesto que si el mencionado abogado hubiera objetado honradamente las cuentas presentadas por el secuestre, doctor Jorge Enrique Sánchez, el pago y el descuento no hubieran tenido vida alguna.

''20. La actuación del doctor Marco T. Ruiz Luján al aceptar el pago de los descuentos dichos fue fraguada o estimulada por el demandado; y este señor se ha aprovechado de esa actuación''.

La contestación de la demanda negó la mayor parte de los hechos, dijo no constarle otros, aceptó que el secuestre doctor Sánchez rindió las cuentas de su administración y que el Juzgado las aprobó por encontrarlas conformes con la ley y, además de oponerse a que se hagan las declaraciones de la demanda, propuso la excepción de prescripción de corto plazo establecida por el artículo 1954 del Código Civil y la de pago de las obligaciones contraídas por el demandado, en los términos de la escritura número 3147.

. . . . . .

Hubo también demanda de reconvención y allí se solicita lo siguiente:

''Primera. Que la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, representada por su único heredero Adalberto Lorenzo Rodríguez, es responsable civilmente de los perjuicios —daño

emergente y lucro cesante— por haberse visto mi mandante obligado a incumplir el contrato de que se hace referencia en el hecho segundo de la demanda.

"Segunda. Que la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, representada por su único heredero señor Adalberto Lorenzo Rodríguez, es deudora de mi mandante como dueño de la mitad de la finca arrendada y arrendatario de la totalidad de la finca, por la suma de $ 8.000.00, con sus intereses hasta el momento; ya que el arrendador Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, recibió por concepto de cánones la suma de $ 16.000.00, correspondientes a las dos primeras anualidades comprendidas entre el 18 de junio de 1952, al 18 de junio de 1954, fecha ésta en la que comenzó el contrato de arrendamiento de la totalidad de la hacienda "La Esmeralda"; contrato contenido en la escritura pública número 2188 de 1950, de la Notaría Séptima de Bogotá.

"Tercera. Que como consecuencia de la petición anterior se declare como fecha de iniciación del contrato de arrendamiento la del 18 de junio de 1952, ya que como se relata en los hechos de la presente demanda las perturbaciones derivadas de diversas acciones contra el vendedor de la finca no hicieron posible a mi mandante disfrutar plena y regularmente de la finca arrendada, al tenor de las cláusulas del respectivo contrato.

"Cuarta. Que se declare la disminución de un 50% de la renta originaria del contrato de arrendamiento por el tiempo comprendido del 18 de junio de 1952, al 19 de febrero de 1954, en proporción a la parte de la finca arrendada que retuvo en su poder el doctor Alfredo Pabón, como consecuencia de la orden de entrega dada por el Tribunal del Circuito de Bogotá (sic).

"Quinta. Que se declare que la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, debe indemnizar a mi poderdante los perjuicios ocasionados por virtud de la inscripción de la demanda dentro del presente juicio, que al colocar a la finca fuera del comercio y quedar bajo pleito pendiente, le impidió concluír una financiación con el Banco Comercial Antioqueño por la suma de $ 200.000.00 moneda corriente sobre la misma finca.

"Sexta. Que la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, representada por su único heredero señor Adalberto Lorenzo Rodríguez, es civilmente responsable de los perjuicios causados a mi mandante; por haber demorado la tradición legal del inmueble por cerca de tres años; por haberlo privado de la tenencia material de parte importante de la finca, por la tardía iniciación del contrato de arrendamiento que vence el 18 de junio de 1958; por el daño emergente, proveniente de los gastos ocasionados a mi mandante a virtud de las perturbaciones y, por el lucro cesante originario en haber estado mi mandante imposibilitado para la explotación directa del terreno y disfrutar del inmueble arrendado durante los seis años pasados; por la inmovilización comercial de la finca que le impiden ejercitar los principales actos de dominio que consagra la ley y por los perjuicios de orden moral a que se ha visto expuesto mi mandante por razón de las diversas acciones temeraria e impactamente (sic) iniciadas por el heredero único de la sucesión".

En subsidio de lo anterior se impetró condenar al demandante a pagar a la parte demandada la suma de $ 200.000.00, como valor de los perjuicios materiales y morales que resulten probados dentro del juicio o los que se establezcan de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

Los *hechos* de la demanda de reconvención son, concretamente, los siguientes:

Que el vendedor recibió la suma de $ 50.000.00, parte del precio de $ 150.000.00 de la finca "La Esmeralda", como consta en la escritura; que el día 26 de septiembre de 1950, fue inscrita en el libro de Demandas Civiles del Circuito de Girardot, bajo la partida número 1165 la demanda presentada ante el Juez Civil del mismo Circuito, por el doctor Alfredo Pabón Peláez contra Luis Lorenzo Rodríguez, en acción de pertenencia, sobre parte importante de la finca que fue objeto de la compraventa; que desde esa fecha (26 de septiembre de 1950) quedó fuera del comercio el inmueble que el día anterior había comprado Restrepo Echavarría a Lorenzo Rodríguez y desde ese momento, el vendedor quedó colocado en la imposibilidad de cumplir oportunamente la principal obligación suya, o sea, poner en posesión de lo vendido al comprador; que en el mes de octubre de 1950, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, por medio de Juez comisionado, hizo entrega de la finca "La Esmeralda" y dio posesión de ella al secuestre doctor Sánchez y se previno al señor Restrepo y a los arrendatarios que en lo sucesivo deberían entenderse únicamente con el secuestre para el pago de las deudas, el cumplimiento de las demás obligaciones y las reclamaciones de sus derechos; que la situación de secuestro duró por varios años hasta el 21 de septiembre de 1954, fecha en la cual fue levantada la medida preventiva y devuelta la propiedad al comprador y la tenencia a los arrendatarios; que el secuestro de la hacienda

en el juicio de sucesión se había verificado simbólicamente, sin causar despojo, por lo cual los arrendatarios continuaron con la tenencia de la hacienda, sujetos a la obligación de dar cuenta de sus actos al secuestre y obedecer sus órdenes; "fue así como mi mandante señor Rafael Restrepo Echavarría hizo oposición a la entrega de la tierra ordenada por el Tribunal, pero no obtuvo éxito porque el Juez Primero y luego el Tribunal, consideraron que la escritura pública número 3147, sin nota de registro, no podía tenerse como prueba, y que en todo caso, el señor Restrepo, como causahabiente a título singular de Luis Lorenzo Rodríguez, tenía que sufrir las consecuencias de la negligencia o culpa de aquél"; que conforme a lo anterior Restrepo Echavarría fue despojado de parte importante de la finca y de lo mejor de ella, por ser campo regadío y plano. Los arrendatarios, entre los cuales se encuentra Restrepo Echavarría, perdieron la tenencia desde el 14 de marzo de 1951 hasta el 19 de febrero de 1954, fecha en la cual, por razón del juicio de lanzamiento promovido contra el doctor Pabón por el secuestre Sánchez, se logró la restitución del inmueble.

. . . . . .

Por sentencia de 11 de junio de 1957, el Juzgado del conocimiento desató en primer grado el litigio, contra la cual ambas partes se alzaron, y el Tribunal, el 24 de noviembre de 1959, reformó la del Juzgado para hacer las siguientes declaraciones:

"Primero. DECLARASE no probada la excepción de pago propuesta por el demandado señor Rafael Restrepo Echavarría.

"Segundo. DECLARASE NULO el reconocimiento de pago y de descuentos hechos en favor del demandado Rafael Restrepo Echavarría dentro del juicio de sucesión del señor Luis Lorenzo Rodríguez por el apoderado de los herederos, doctor Marco T. Ruiz Luján.

"Tercero. DECLARASE que el demandado señor Rafael Restrepo Echavarría, de las condiciones civiles que obran en la demanda, no pagó válidamente a la sucesión del señor Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez representada por el señor Adalberto Lorenzo Rodríguez, la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00) parte del precio de la compraventa que se hizo constar en la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950 otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá, incurriendo así en mora de hacerlo.

"Cuarto. Como consecuencia de la declaración anterior DECLARASE RESUELTO el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 3147 del 25 de septiembre de 1950 otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá, por medio de la cual Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez dijo vender a Rafael Restrepo Echavarría, la mitad de la finca "La Esmeralda", ubicada en jurisdicción del Municipio de Nilo, de este Departamento, con extensión superficiaria aproximada de ochocientas fanegadas y determinada en la forma de que da cuenta el expresado instrumento público.

"Quinto. CONDENASE al demandado señor Rafael Restrepo Echavarría a restituír a la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, representada por su único heredero señor Adalberto Lorenzo Rodríguez, diez días después de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que debe dictar el señor Juez del conocimiento, el dominio y posesión de la finca rural a que se refiere la declaración anterior, libre de todo gravamen y junto con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres.

"Sexta. CONDENASE al mismo demandado a restituír dentro del término a que se refiere la declaración anterior, a la misma sucesión, en la proporción de que se habló en la parte motiva de esta providencia, el valor de todos los frutos naturales y civiles por él percibidos desde el veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950) hasta la fecha de la restitución, y no solamente los percibidos sino todos aquellos que hubiera podido percibir el dueño de la finca con mediana inteligencia y cuidado, como poseedor de mala fe.

"Séptimo. DECRETASE la cancelación de la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950 y su correspondiente registro, para lo cual se librarán al señor Notario Séptimo de Bogotá y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, los oficios correspondientes.

"Octavo. CONDENASE a la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, a restituír al señor Rafael Restrepo Echavarría, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que recibió el causante como parte del precio de la venta a que se refiere la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950 otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá, y las que indebidamente pagadas, hubieren ingresado al patrimonio de la sucesión.

"Noveno. NIEGANSE las demás peticiones de la demanda principal, de cuyos cargos se absuelve al demandado.

"Décimo. NIEGANSE todas las peticiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención, de cuyos cargos se absuelve al demandado reconvenido.

"Décimoprimero. SIN COSTAS en la demanda principal.

"Las costas causadas por la demanda de reconvención a cargo del reconviniente en ambas instancias.

"Décimosegundo. Por la Secretaría COMPULSESE copia de esta providencia para que por el Tribunal se investiguen las posibles faltas contra la ética profesional en que haya podido incurrir el doctor Marco T. Ruiz Luján en su condición de apoderado de los herederos en el juicio de sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez".

LA SENTENCIA ACUSADA

El fallador en el aparte de su sentencia titulado *"Nulidad, invalidez, inexistencia* o *ineficacia del pago hecho al secuestre"*, fija su pensamiento en los siguientes términos:

"Otro motivo por el cual se demanda la resolución del contrato de compraventa de que se viene hablando, es éste de la nulidad, invalidez, inexistencia o ineficacia del pago de $ 100.000,00, saldo del precio de la venta, hecho por el demandado al secuestre de los bienes de la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez.

"Este aspecto lo plantea el actor en la petición primera del libelo y lo funda en que al aceptar el apoderado de los herederos hasta entonces reconocidos, sin discusión alguna, las cuentas del secuestre en las que se reconocía el pago de $ 100.000.00 por parte del demandado y a la vez se le hacían descuentos considerables en relación con las obligaciones emanadas del contrato cuya resolución se demanda, incurrió en dolo o, al menos en error de hecho o de derecho.

Se considera:

Siendo el pago el modo normal de extinguir las obligaciones, es necesario que reúna los requisitos previstos en la ley para que sea válido.

Los requisitos exigidos para la validez del pago se refieren a la forma como él debe hacerse, a la persona a quien se deba hacer, a la persona que lo debe hacer, al lugar y al tiempo de su ejecución.

"Por lo que se refiere a la persona a quien se debe hacer, la ley reglamenta este requisito en el Capítulo 3º del Título 14 del Libro III del Código Civil y en especial en el artículo 1634 que dice: 'Para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro'.

"Por lo que mira a la forma como debe hacerse el pago, el artículo 1627 ibídem preceptúa: 'El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes'.

"De que el pago se haga bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación, surgen derechos para acreedor y deudor en el sentido de que ni el deudor puede ser compelido, ni el acreedor obligado, a dar o recibir cosa distinta de lo pactado. Por eso el inciso segundo del artículo 1627 ordena que 'El acredor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida'.

"Igualmente en desarrollo de este principio el acreedor tiene derecho a exigir y el deudor está obligado a pagar la totalidad de la prestación debida, lo que garantiza la ley en el artículo 1649 al decir: El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo caso de convención contraria; y sin perjuicio de los que dispongan las leyes en casos especiales.

"Estos requisitos son en realidad los que corresponden tener en cuenta ahora, porque es precisamente con base en ellos como se impugna la validez del pago hecho por el demandado, no teniendo incidencia en el caso de estudio la persona que hizo el pago ni el lugar donde se haya hecho, lo que motiva que el Tribunal no entre a estudiarlos.

"Por otro aspecto, necesario es convenir, que pudiendo pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad y aun a pesar del acreedor (Art. 1630), cuando la obligación no es de hacer, las consecuencias que puedan nacer de tal hecho miran más a las relaciones que surgen entre el que realiza el pago y el deudor, que con la validez misma del pago.

"Con estos antecedentes legales, bien puede entrarse a estudiar el caso de sub-judice para establecer si de acuerdo con lo probado en autos el pago se hizo a persona autorizada para recibir y si se hizo en debida forma de acuerdo con el contrato.

"Probado está en autos mediante las respectivas copias que el doctor Jorge Enrique Sánchez

fue designado secuestre de los bienes de la sucesión del señor Luis Lorenzo Rodríguez; que tomó posesión; que se le hizo entrega de los bienes; como también que se le autorizó para cobrar créditos sucesorales y se advirtió a los deudores de pagar solamente a dicho señor. Por tanto, él era la única persona a quien podía el demandado Restrepo Echavarría verificar válidamente el pago de la suma de $ 100.000.00 saldo del precio de la venta a que se refiere el instrumento público número 3147 en él estipulada.

"Dispone el artículo 2279 del Código Civil que 'el secuestre de un inmueble tiene relativamente a su administración las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario'.

"El secuestre, por tanto, es un mandatario judicial cuyas funciones son exclusivamente administrativas y se encaminan a la realización de todos aquellos actos que pertenecen 'al giro administrativo ordinario' como son pagar deudas y cobrar los créditos del mandante, perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias, interrumpir las prescripciones, contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos, de industria que se le hayan encomendado, como terminantemente lo manda el artículo 2158 ibídem, al referirse a la administración del mandato.

"El mismo texto legal dispone que: 'Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial'.

"Carece pues, el secuestre de facultades para realizar actos dispositivos con relación a los bienes que se le han encomendado en administración, y, debe, por tanto, cuando de actos de esta naturaleza se trate, obtener poder especial que no sería otro que la respectiva autorización judicial, si es que el éxito de la administración así lo exige. Sin tal poder, sin dicha autorización judicial no puede el secuestre realizar actos dispositivos si la disposición se sale de los límites de su mandato, so pena de excederse en el ejercicio de él.

"Pero no es suficiente para que el pago sea válido que se haga a la persona designada por el Juez, sino que es necesario también que ésta se encuentre en desempeño de sus funciones, pues si se hace cuando ha cesado en el ejercicio de ellas bien claro se comprende que no recibirá válidamente, ni el pago en tales condiciones hecho que puede tenerse por válido.

"A petición del Municipio de Bogotá, único heredero reconocido en el sucesorio de Luis Lorenzo Rodríguez, por los años a que se refieren las providencias que ahora se citan, por auto de abril tres de mil novecientos cincuenta y uno el Juzgado que conocía del juicio de sucesión decretó el levantamiento del secuestro de los bienes.

"De la anterior providencia tuvo conocimiento el secuestre doctor Jorge Enrique Sánchez, como se concluye de la petición por él elevada al Juzgado del conocimiento con fecha 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, en el sentido de que se le fijaran sus honorarios, lo que solicitaba se hiciera de 'ser posible, antes de verificarse la diligencia de entrega ordenada por su Juzgado, al Municipio de Bogotá, como heredero, pero considerando que el secuestre deberá ir ya que la diligencia se llevará a cabo en Girardot'.

"A la petición del doctor Sánchez recayó el auto de junio trece de mil novecientos cincuenta y uno, en el que entre otras cosas se dispuso: 'Previamente el depositario doctor Jorge E. Sánchez, rinda cuenta de su administración'.

"Por tanto, el secuestre de los bienes de la sucesión de Luis Lorenzo Rodríguez cesó en sus funciones el día tres de abril de mil novecientos cincuenta y uno, fecha en la cual el Juzgado de la causa mortuoria decretó el levantamiento del secuestro y la consiguiente entrega de los bienes al Municipio de Bogotá entonces reconocido como heredero. De esta fecha en adelante, la única actividad que correspondía cumplir al secuestre, era la presentación de las cuentas de su administración.

"En nada modifica la situación creada para el secuestre por la providencia que acaba de mencionarse, lo resuelto por el Juzgado de la sucesión con fecha 16 de enero de 1952 (fls. 90 y ss.) porque en el numeral 3º de ella se dice: 'En virtud del reconocimiento de heredero que se hace por medio de esta providencia, suspéndase la orden de entrega de los bienes relictos al Municipio de Bogotá, decretada por auto de tres de abril del año pasado, visible a folio 52 de este cuaderno', sin que nada se hubiera dicho con relación al levantamiento del secuestro, lo que tanto significa que el auto de tres de abril quedó vigente en este aspecto.

"Así lo entendió el Tribunal al resolver el recurso de alzada interpuesto contra el auto de 16 de enero de 1952 cuando dijo en providencia de abril 17 de 1952 (fls. 96 y ss.) en el numeral 2º: 'El numeral 3º del auto reclamado también debe mantenerse, sin perjuicio de dar aplicación

a lo dispuesto en el artículo 904 del Código Judicial llegado el caso'.

"Conveniente es anotar ahora, que en el expediente no existe constancia alguna que indique que en el juicio de sucesión de Luis Lorenzo Rodríguez se hubiera dado aplicación por el Juez a la norma legal citada en el auto del Tribunal, siendo el caso de considerar que la situación en cuanto al secuestre no sufrió modificación alguna y por tanto hay que concluír de acuerdo con lo existente en este proceso que el doctor Jorge Enrique Sánchez cesó en sus funciones desde el día tres de abril de mil novecientos cincuenta y uno, fecha del auto que decretó el levantamiento de la medida.

"Por el auto en que se suspendió la orden de entrega de los bienes al Municipio de Bogotá, o sea el de diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y dos, se reconoció como heredero del causante Luis Lorenzo Rodríguez al señor Julio Lorenzo Rodríguez, en su condición de hermano natural de éste. Este reconocimiento fue obtenido a solicitud del doctor Marco T. Ruiz Luján a nombre y representación de Julio Lorenzo Rodríguez.

"Igualmente se encontraba reconocido como heredero del causante el señor Julio Evaristo Brito Lorenzo, como hermano natural, persona de la cual vino a ser posteriormente apoderado el mismo doctor Marco T. Ruiz Luján, como consta del auto de abril siete de mil novecientos cincuenta y cuatro (fl. 110 v.)".

Relativamente a la rendición de cuentas del secuestre y su aceptación y aprobación, el Tribunal hace estas consideraciones:

"Quedó sentado arriba, que desde el trece de junio de mil novecientos cincuenta y uno, fecha del auto que lo ordenó, el secuestre doctor Jorge Enrique Sánchez estaba obligado a rendir cuentas de la administración de los bienes de la sucesión de Luis Lorenzo Rodríguez.

"Esta obligación la cumplió el doctor Sánchez el día 15 de septiembre de 1954, según consta de la nota de presentación del Juzgado en que cursaba la mortuoria, que textualmente dice: 'PRESENTACION: Presentado hoy 15 de septiembre de 1954, por los signatarios señores Sánchez y Ruiz Luján. Al despacho del señor Juez el 16 de los mismos. Dos escritos (Fdo.) Luis J. Muñoz Acevedo' (Fl. 118 cdno. Nº 3).

"En el escrito en que rinde las cuentas el secuestre, hace una relación de los gastos ocasionados en defensa de los bienes de la sucesión y los ocasionados por concepto de pagos hechos por él, sin indicar la fecha o época en que tuvo ocurrencia el gasto y sin adjuntar comprobante alguno, y afirma que 'para sufragar los anteriores gastos obtuve del señor Rafael Restrepo Echavarría el pago anticipado de la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) m/c.) deuda a su cargo y a favor de la sucesión como parte del precio de la compra de la finca que adquirió del causante según la escritura pública número 3147 de 25 de septiembre de 1950, Notaría Séptima de Bogotá, registrada el 15 de diciembre de 1953...'.

"También consta en las cuentas la partida por $ 27.000.00 por concepto de 'reconocimiento de intereses por pago anticipado a razón del 1% en cuatro años y tres meses, que hizo el secuestre al señor Restrepo Echavarría, reconocimiento de intereses que justifica el secuestre teniendo en cuenta que la escritura antes citada se registró el 15 de diciembre de 1953, y afirma: 'Por consiguiente, el plazo para el pago de la deuda solo puede contarse desde la tradición legal del inmueble por medio del registro y como de acuerdo con las estipulaciones del contrato, el pago debe hacerse por instalamentos de veinte mil pesos ($ 20.000.00) m/c. cada año, los vencimientos para cada cuota de $ 20.000.00 tienen las siguientes fechas: 15 de diciembre de 1954; 15 de diciembre de 1955; 15 de diciembre de 1956; 15 de diciembre de 1957; y 15 de diciembre de 1958. De donde se deduce que resulta más económico para los herederos recibir de una vez el valor de la acreencia menos el descuento de intereses corrientes, que obtener en otras fuentes dineros en mutuo para atender a los gastos imprescindibles de la defensa de los bienes de la sucesión, pago de impuestos y peritos, o dejar los impuestos impagados reconociendo al Estado el interés moratorio del 2% mensual que para el solo caso de los impuestos que gravan la herencia representa la suma de $ 580.31 por mes'.

"No se indica por el secuestre la fecha o época en que se verificó el pago por el señor Rafael Restrepo Echavarría de la suma de $ 100.000.00 parte del precio de la venta que le hizo el causante y que consta en la escritura número 3147. Simplemente se afirma por él que obtuvo el pago anticipado de ella.

"Ya se vio que al doctor Sánchez se hizo entrega de los bienes el día 14 de octubre de 1950, como también que el secuestro fue levantado por auto de abril tres de mil novecientos cincuenta y uno, y que no hay constancia de que se hubiera decretado nuevamente. De consiguiente el pago anticipado de la suma de $ 100.000.00 ha debido obtenerlo el doctor Sánchez en el espacio de

tiempo comprendido entre el 14 de octubre de 1950 y el 3 de abril de 1951, tiempo durante el cual ejerció las funciones de secuestre y durante el cual estaba autorizado para recibir válidamente, pues de haberse verificado el pago de la suma antes indicada cuando él cesó en el ejercicio de sus funciones, necesariamente hay que convenir que no podía recibir válidamente y que toda afirmación que en contrario hiciera era falsa e inducía a error y engaño a todo aquel que por una u otra causa tuviera que estar a ella.

"La afirmación escueta y sin referencia alguna a fecha o tiempo que hace en sus cuentas el secuestre de haber recibido en forma anticipada del señor Restrepo Echavarría el pago de la suma de $ 100.000.00 no encuentra respaldo en autos, como pasa a demostrarse.

"La diligencia de inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de Luis Lorenzo Rodríguez se llevó a efecto el día cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y tres. Entre los créditos activos allí relacionados aparece el marcado con la letra b) por $ 100.000.00 a cargo del señor Restrepo Echavarría. En el pasivo se relacionaron diferentes créditos contra la sucesión y a favor del señor Rafael Restrepo Echavarría, como son: el de gastos de entierro por $ 730.00; otro por valor de los impuestos de renta y patrimonio del causante, sin especificar el año a que correspondía, por $ 315.77; otro por concepto de impuestos prediales de la finca de la sucesión por $ 1.198.96; otro por concepto de impuesto predial de la finca de la sucesión correspondiente al año de 1949 y 1950 por $ 762.84; otro por $ 15.847.79 valor de un pagaré suscrito por el causante y el señor Restrepo Echavarría a favor de la Caja de Crédito Agrario y que el señor Restrepo pagó íntegramente; otro por $ 600.00 incluyendo $ 200.00 de la diligencia de inspección de bienes, papel, partidas, legalizaciones de firmas, etc. hecho por el señor Restrepo Echavarría y por autorización de los herederos, según allí se afirma.

"Frente a esos créditos pasivos de la sucesión se tiene que algunos de ellos fueron cubiertos antes de que entrara en ejercicio de sus funciones el señor secuestre, como ocurre con el que se refiere al valor de los gastos de entierro del causante, que según relación que corre al folio 111 del cuaderno número 3, fue cubierto por el señor Rafael Restrepo Echavarría el día 6 de octubre de 1950. El por $ 762.84, por concepto de impuesto predial que fue cubierto por el mismo señor el día 17 de septiembre de 1950 en la Tesorería del Municipio de Nilo; el por $ 1.198.96 que fue pagado por el mismo Restrepo Echavarría el día 7 de mayo de 1953; pagos todos éstos que aparecen relacionados en las cuentas del secuestre y como verificados por el doctor Sánchez.

"Consta de autos que el mismo señor Rafael Restrepo Echavarría verificó otros pagos con fecha posterior a la terminación del secuestro, y que el depositario denuncia en sus cuentas como verificados por él, sin que pueda entenderse a primera vista y en forma desprevenida cuál el fin pretendido con las falsas afirmaciones consignadas en las cuentas, si no era el de provocar engaño a quien las examinara.

"Así, por ejemplo, la partida por $ 46.425.02 que por concepto de impuesto sobre la masa global y asignaciones hace figurar el secuestre en sus cuentas como pagada por él y uno de los gastos que lo determinaron principalmente a obtener el pago anticipado de la suma de $ 100.000, que el señor Restrepo Echavarría debía a la sucesión, fue cubierta en su totalidad por el deudor Restrepo Echavarría precisamente el día en que se presentaron las cuentas al Juzgado y el mismo en que fueron examinadas y aprobadas por el apoderado de los herederos reconocidos, doctor Marco T. Ruiz Luján, como se concluye del certificado expedido por el señor Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca que corre al folio 178 del cuaderno número 3 y que en lo pertinente dice: 'El suscrito Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en virtud del Despacho que antecede, CERTIFICA: *"Bancave"*, es la dirección telegráfica del *Banco Comercial Antioqueño, Sucursal Avenida Caracas;* El cheque número 04063 por la suma de $ 46.425.02 a que se refiere el certificado anterior, fue girado por *Bancave el 15 de septiembre de 1954* a favor de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, para cubrir los impuestos de que trata el despacho anterior, y según datos suministrados por el Banco en referencia fue vendido por dicha entidad bancaria *en esta misma fecha —15 de septiembre de 1954— al señor Rafael Restrepo Echavarría.*

Dado en Bogotá, a diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta y seis. (Fdo.), *Enrique Franco Sánchez*".

"Y el certificado anterior a que hace referencia el señor Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, obra al folio 175 vuelto del mismo cuaderno y dice: 'El Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en atención a lo solicitado por el señor Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá en el despacho anterior,

CERTIFICA: Que en la Sección de Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, aparece consignado el día 16 de septiembre de 1954 en el Banco de la República en la cuenta "Productos" un cheque contra el Banco Comercial Antioqueño girado por "Bancave", por la suma de *cuarenta y seis mil cuatrocientos veinticinco pesos con dos centavos moneda corriente (46.425.02)* recibido en pago de impuestos el día 15 de septiembre de 1954, pero no hay constancia del nombre del girado'. Bogotá, junio de 1956. (Fdo.), *Enrique Franco'*.

"2. El Secuestre, según lo que aparece probado en autos, no hizo otra cosa que entregar en la Caja el cheque a que se refiere el señor Administrador en los certificados anteriores, porque así consta del correspondiente recibo que dice: 'República de Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Recibo Oficial de Caja número 122590. Por $ 46.425.02. Bogotá, septiembre 15 de 1954. Recibido de *Jorge Enrique Sánchez* por concepto de suc. Luis Lorenzo Rodríguez Im. Lig. Nº 786, de agosto 26-54.

Masa global	$ 6.319.84
Asigna	18.913.16
20%	3.782.64
Intereses	17.409.38

La suma de cuarenta y seis mil cuatrocientos veinticinco pesos con dos centavos' (Fl. 111 Cdno. Nº 3).

"Ahora, si se tiene en cuenta que para la época en que el depositario de los bienes denuncia pagos por él hechos, como: el de honorarios de los peritos de la sucesión, estampillas de la diligencia de inventarios, gastos de la misma, reserva para predial primer semestre de 1954, ya había cesado en el desempeño de sus funciones, vale decir que se causaron después del tres de abril de mil novecientos cincuenta y uno, se hace más patente la contradicción en que se encuentran tales afirmaciones con la realidad procesal y el fraude empleado para engañar a quienes debían aceptarlas, no eran otros que los herederos del causante.

"Afirma el depositario que para sufragar todos los gastos que él relaciona en las cuentas, obtuvo el pago anticipado por parte de Restrepo Echavarría de la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) para lo cual le reconoció por concepto de intereses al 1% en cuatro años y tres meses $ 27.000.00 de acuerdo con la arbitraria interpretación que él hizo del contrato y que dejó consignada en el escrito de cuentas.

"Este acto del secuestre doctor Sánchez, por ser de disposición de bienes, requería de poder especial de los herederos o en su defecto de autorización judicial. Este poder o autorización judicial se hacía más necesario, si se tiene en cuenta que el reconocimiento de intereses por el pago total y anticipado de la deuda equivalía a algo más de la cuarta parte de ella, como también por las circunstancias de que en la cláusula tercera del contrato consignado en la escritura número 3147 se había convenido por los otorgantes que 'La suma que se queda a deber podrá ser pagada por el comprador, *en forma total, antes de vencerse los plazos aquí estipulados'* (se subraya), sin que el vendedor se hubiera comprometido a reconocer intereses en caso de pago total y anticipado.

"En autos no consta ni el poder especial de los herederos, ni la autorización judicial para que el secuestre hiciera el reconocimiento de intereses en la forma y cuantía que lo hizo, ni tal obligación podía deducirla del contrato escriturario.

"Tampoco encuentra en autos justificación tal proceder, si se tiene en cuenta que la sucesión fue objeto de liquidación por concepto de intereses de la no despreciable suma de diez y siete mil cuatrocientos nueve pesos treinta y ocho centavos ($ 17. 409.38) en 26 de agosto de 1954, fecha de la liquidación número 786 como consta en el recibo de Caja arriba transcrito, quedando sin respaldo alguno la afirmación que se hace, por quien se pretende secuestre de que el pago de la suma de $ 100.000.00 se obtuvo anticipidamente para evitar gravar a la sucesión con $ 580.31 mensuales por concepto de intereses moratorios al 2% mensual para el solo caso de los impuestos que gravan la herencia.

"Queda también sin respaldo la afirmación de pago anticipado, si se tiene en cuenta que en poder del deudor había dejado el presunto secuestre la suma de $ 46.425.02, casi la mitad de la deuda, sin razón o causa alguna justificativa.

"De lo visto quedan de manifiesto las maquinaciones fraudulentas consumadas para engañar y perjudicar a los herederos de Luis Lorenzo Rodríguez en sus intereses, maquinaciones que a la vez redundaron en beneficio directo del deudor Rafael Restrepo Echavarría, como también se deduce claramente que el pago de los cien mil pesos ($ 100.000.00) que éste debía a la sucesión, no fue recibido por el secuestre ni fue anticipado con todo y que así se afirme por quien se dice depositario y para hacerlo haya buscado los visos de mayor realidad y veracidad.

"... ... ...

"La conducta del apoderado de los herederos reconocidos para la época en que fueron presentadas las cuentas, se hace más sospechosa para el Tribunal, si se tiene en cuenta las diferentes constancias que obran en autos, que indican claramente que entre éste y el señor Restrepo Echavarría existían vínculos de especial significación, como eran los de ser su apoderado en el ordinario que le adelantaban Luis Antonio Mancera y Ana Sofía Mancera, ordinario en el cual se le confirió poder según la nota de presentación del Juzgado Sexto en lo Civil de esa ciudad, el día 4 de agosto de 1954, y lo ejerció dando respuesta a la demanda, el día 13 del mismo mes y año, fue reconocido como tal por auto del juzgado, fechado el 17 de los mismos, como consta de las copias que obran a los folios 121 y ss. del cuaderno número 3, época ésta que antecede en un mes a la de la presentación y aprobación de las cuentas por el doctor Ruiz Luján, lo que se repite ocurrió el día *quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.*

"Sobrante sería esta circunstancia para calificar la conducta omisa del doctor Ruiz Luján frente a las cuentas, pues su doble condición de apoderado de los herederos acreedores y del deudor de ellos, era inhibitoria para el fiel ejercicio de la defensa de los intereses de quienes primero le confirieron poder, a más de que como pasa a verse, otras razones lo determinaban para militar más en favor de los intereses del deudor.

"Existe también la constancia de que el señor Rafael Restrepo Echavarría es gerente de la Compañía Nacional de Chocolates (Fls. 50 vto. y ss. del cuaderno Nº 3) y la confesión de éste (Fls. 17 del mismo cuaderno) de que el doctor Ruiz Luján es desde antes de mil novecientos cincuenta empleado de dicha compañía y la confesión hecha por el mismo Restrepo Echavarría de que dicho doctor como empleado obedece sus órdenes, aclarada en el sentido de 'en todo lo que se relacione con los negocios de la Empresa'.

"A más de lo anterior, bueno es tener en cuenta, que la dirección dada por el doctor Marco T. Ruiz Luján al inscribirse como abogado en algunos Juzgados de la ciudad, es la que corresponde a la Compañía Nacional de Chocolates (Fls. 179, 181, 182 vto. del cuaderno Nº 3).

"No queda, pues, duda alguna de las especiales vinculaciones entre el doctor Ruiz Luján y el señor Restrepo Echavarría especialmente para la época en que se presentaron y aprobaron las cuentas.

"Quedan así de manifiesto las maniobras fraudulentas llevadas a cabo para consumar el engaño en perjuicio de los herederos de Luis Lorenzo Rodríguez y en provecho del deudor Rafael Restrepo Echavarría, quien en virtud de ellas recibió un beneficio de veintisiete mil pesos ($ 27.000.00), beneficio que fue reconocido por el secuestre sin facultad legal ni contractual, sin poder especial de los herederos ni autorización judicial y sin causa justificativa ya que el deudor se encontraba en posesión y usufructo de la finca que le había sido vendida. Todas estas circunstancias eran plenamente conocidas por el apoderado de los herederos. Con todo, en su nombre y en ejercicio de los poderes que le habían sido concedidos, prestó su consentimiento para la consumación del acto jurídico del pago, a la vez que consentía las maquinaciones fraudulentas con su silencio y actitud negativa, sin las cuales el hecho no se habría consumado.

"Si el dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (Art. 63 del C. C.) no queda duda alguna que esa intención existió en el presente caso y de ella son directamente responsables las personas que realizaron las maquinaciones fraudulentas de las que se ha hablado.

"El artículo 1508 ibídem consagra el dolo como vicio del consentimiento.

"Es innegable que la aprobación a las cuentas dada por el apoderado de los herederos, que es el hecho de donde pretende derivarse el pago, fue el resultado del acuerdo fraudulento con el deudor y con quien se decía secuestre de los bienes, motivo que vicia el acto de nulidad ya que para que pudiera surtir efectos tal aprobación era necesario que se encontrara exenta de vicio.

"De lo dicho se concluye que el pago no es válido, por tres motivos fundamentales:

"1). Porque no aparece hecho a ninguna de las personas que la ley señala para recibir válidamente;

"2). Porque no se hizo en la forma pactada en el contrato, a más que los descuentos verificados no se hicieron por persona facultada para ello; y

"3). Por dolo existente en la aceptación de pago y de descuentos por parte del apoderado.

"Para que el pago sea válido, para que extinga la obligación es necesario que se haga con la observancia de los requisitos exigidos por la ley. De lo contrario, el pago carece de ese poder, deja subsistente la obligación y es inválido o nulo porque no surte efectos.

"Como de todo lo visto el pago no se hizo en forma legal, síguese de ahí que es inválido o nulo.

"En consecuencia deben declararse nulos el reconocimiento de pago y descuentos hechos en el juicio de sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez por el apoderado de los herederos doctor Marco T. Ruiz Luján, en favor del deudor de la sucesión señor Rafael Restrepo Echavarría.

"La nulidad del reconocimiento de pago y descuentos hechos por el apoderado de los herederos, coloca en estado de mora al comprador, estado de mora que es requisito indispensable para que proceda la acción resolutoria consagrada especialmente para la compraventa por el artículo 1930 del Código Civil, ya que en él se preceptúa: 'Si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio...'.

"Este estado de mora se hace más patente si se tiene en cuenta que para la época de presentación de la demanda con que se inició este proceso, marzo de 1955, el demandado era deudor de la sucesión de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) por concepto de cuatro contados de $ 20.000.00 cada uno y correspondientes a los años de 1951, 1952, 1953 y 1954, de acuerdo con lo estipulado en la escritura número 3147.

"Igualmente se configura en el supuesto de que los plazos para el pago de las cuotas de $ 20.000.00 se contaran desde el 15 de diciembre de 1954, como lo afirma el presunto secuestre en el escrito en que rinde cuentas, porque no estando facultado quien ejerció el cargo de depositario ni legal, ni contractualmente para hacer descuentos, ni tampoco para dejar en poder del deudor sumas como la que éste pagó por concepto de impuestos de la sucesión, el pago así pretendido, por ser nulo, dejó insoluta la deuda, como en forma ampliamente estudiada se demostró antes.

"Por otro aspecto el demandado no demostró ningún hecho que lo eximiera de cumplir lo pactado como sería una fuerza mayor o un caso fortuito, ya que no le era dado invocar en su defensa el incumplimiento del vendedor, pues de autos consta que éste había cumplido con sus propias obligaciones.

"De consiguiente, la acción de resolución del contrato de compraventa de la mitad de la finca "La Esmeralda", que consta en la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950, otorgada en la Notaría Séptima de esta ciudad, por falta de pago de la suma de cien mil pesos ($ 100.000), parte del precio estipulado está llamada a prosperar y como consecuencia las cosas deben volver al estado que tenían antes de dicho contrato restituyéndose cada parte lo que hubiere recibido conforme a las reglas que para estos casos consagra el artículo 1932 del Código Civil, teniéndose al demandado Rafael Restrepo Echavarría, para los efectos de la restitución, como poseedor de mala fe, al tenor de lo dispuesto en la última parte de dicho artículo, ya que no demostró ninguna causal exhonerativa de las allí previstas.

"La restitución de frutos a que tiene derecho el actor se hará en la proporción a la parte de precio no pagado, e independiente de la indemnización de perjuicios que lleva la resolución del contrato conforme a lo dispuesto por el artículo 1930 citado".

Los cargos

A través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial la demanda de casación formula acusaciones que se estudiarán, la primera, por separado, y las demás en conjunto:

1º "Por indebida aplicación de los artículos 1930, 1932 y 1546 del Código Civil; por interpretación errónea de los artículos 2274, 2276 y 2240 de la misma obra y por falta de aplicación de los artículos 1634, inciso primero, 1637 del Código Civil y 901, numeral 4º del Código Judicial".

Son fundamento del cargo los siguientes:

"El Tribunal considera que el pago hecho por Rafael Restrepo Echavarría de los cien mil pesos que adeudaba a Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez al secuestre de la sucesión fue inválido porque cuando lo recibió éste ya no tenía facultad para hacerlo por haber cesado en sus funciones".

Se refiere luego a las razones expresadas por el Tribunal en su fallo y expone contra lo afirmado por el sentenciador que por razón del artículo 1634 del Código Civil el pago fue válido porque se hizo a la persona que la ley o el Juez autoricen recibir por el acreedor; principio éste repetido por el artículo 1637, cuando dice que reciben legítimamente "las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizados para ello".

"Es indudable —continúa el cargo— que el secuestre podía recibir válidamente el pago, como lo reconoce el Tribunal. Sin embargo éste se equivoca al considerar que cuando el pago se realizó el doctor Jorge Enrique Sánchez ya no tenía la calidad de secuestre.

"Este error no atañe con las pruebas, pues se origina en estimar que el secuestre termina en sus funciones cuando se dicta el auto que pone fin a la medida, siendo así que tratándose de un acto real, solo acaba cuando restituye los bienes a quien corresponda.

"Por eso el artículo 2273 del Código Judicial dice que el secuestro es el depósito que se hace de una cosa en poder de un tercero, quien debe restituírla al que obtenga una decisión a su favor. A su turno el 2276 expresa que el secuestro es judicial cuando se constituye por decreto del Juez, el 2274, que las reglas del secuestro son las mismas del depósito, salvo preceptos distintos o lo que dispongan las leyes de procedimiento. A propósito el artículo 2240 destaca la calidad real del depósito en cuanto para su perfeccionamiento se requiere la entrega y luego es menester la restitución por el depositario.

"Así las cosas el secuestro, como el depósito en general, no termina con el decreto que así lo ordena sino con la restitución de los bienes a quien corresponda, lo cual sucedió en este caso el 21 de septiembre de 1954, cuando así lo hicieron constar los interesados en documento que en copia se acompañó a la contestación de la demanda, vale decir, después de la rendición de las cuentas que como se sabe se adujeron el 16 de los mismos mes y año, y así no fuera mal se podría exigir la restitución y la rendición de cuentas. Por tanto, el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 2274, 2276 y 2240 del Código Civil, con ello dejó de aplicar los artículos 1634, inciso 1º, y 1637 de la misma obra, pues desconoció la validez del pago y aplicó indebidamente los artículos 1930, 1932 y 1546 *ibídem* al decretar consecuencialmente la resolución del contrato de venta. Por lo mismo ignoró el 901 del Código Judicial en cuanto en las facultades del secuestre incluye la de recibir el pago de las deudas a favor del causante".

La Corte considera:

En principio, las medidas cautelares encuentran su razón en la urgencia de evitar un daño originado en el retardo de una providencia jurisdiccional definitiva y, en la necesidad de hacer eficaz el funcionamiento de la justicia; de ahí surge su característica más acusada como es la de no ser un fin en sí mismas, sino medio adecuado para providencias posteriores cuyo resultado práctico aseguran.

"Hay, pues, afirma Calamandrei, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial, que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, y a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdicional, instrumento del instrumento". (Providencias Cautelares, pág. 45 Nº 9).

No pierden las medidas conservatorias que en el juicio sucesoral pueden tomarse, su fisonomía de instrumentales o preordenadas y transitorias, por ser ese juicio de jurisdicción voluntaria, y al contrario se acentúa su carácter, pues la precaución sobre los bienes tiende a evitar que se deterioren o pierdan y a darle eficacia práctica y legal al medio de adquirir el dominio por causa de muerte, por cuya razón tales medidas tienen su origen en el Código Civil que legitima, para pedirlas, por regla general, a quien tiene interés o se presuma que lo tenga en la sucesión, correspondiéndole a la ley de enjuiciamiento proveer procedimientos adecuados para lograr el fin respectivo.

La transitoria duración de las providencias cautelares se mide por el tiempo transcurrido entre su pronunciamiento y la presencia de otra de orden judicial que ponga fin a esa situación, terminándose, de consuno, el secuestro y la investidura de depositario judicial, con la obligación para éste, cuando el secuestro fue real, de entregar los bienes a quien corresponda, y siempre, aun en el simbólico, de rendir las cuentas del caso.

Ordenado en el juicio de sucesión el levantamiento del secuestro por reconocimiento del Municipio de Bogotá como heredero del causante, desapareció la medida provisional y también las funciones de secuestre de bienes, siquiera desde cuando éste se hizo legalmente conocedor de la providencia respectiva (12 de mayo de 1951), sin que esto quiera significar que si por especiales circunstancias la entrega no se cumplió, pueda el secuestre relevarse de sus obligaciones, ya que la ley lo hace responsable hasta de la culpa leve, por tener relativamente a la admi-

nistración de los bienes, las facultades y deberes de mandatario. (C. C. 2155-2279).

Es cierto que los contratos de depósito y secuestro necesitan para su perfeccionamiento la entrega de la cosa; pero, de allí no puede concluírse que levantado el depósito judicial por orden de juez, el secuestro no termina sino cuando el secuestre restituya los bienes, porque esto significaría quebrantamiento del principio consagrado en el artículo 2280 del Código Civil, cuando después de afirmar que el secuestre no podrá exonerarse de su cargo, mientras no recaiga sentencia de adjudicación, dice en la segunda parte: "Podrá también cesar antes de dicha sentencia por voluntad unánime de las partes si el secuestro fuere convencional, o por decreto de juez, en caso contrario". Y, por fin, porque de no ser así habría desobedecimiento a la orden judicial y, en la práctica, se consagraría el abuso dejando al arbitrio del secuestre la terminación de su encargo.

Y es esa, precisamente, una de las diferencias entre el depósito voluntario y el judicial, pues, obedece aquél a la voluntad de las partes y a ella está sujeto y éste se origina en la decisión judicial en que se constituye y se termina o extingue con la que pone fin a esa situación. Por eso mismo es cierto que de acuerdo con el artículo 1637 del Código Civil, reciben legítimamente las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizados para ello, lo cual, paladinamente, supone la vigencia del decreto judicial, pues, a la inversa, resulta ilegítimo el pago hecho en las condiciones contrarias a las previstas por la norma citada, todo, porque la validez del pago depende, en principio, de su eficacia para cancelar la obligación debida. La ley tiene en cuenta esto y lo sanciona al establecer que para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que lo hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. (C. C. 1634).

Las facultades del secuestre para recibir el saldo debido por Restrepo Echavarría a la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, provino de la autorización dada por el Juez y puntualizada en el acta de secuestro simbólico. Si posteriormente, el Juez levantó la medida conservatoria por reconocimiento de un heredero, como ya se dijo, no puede menos de aceptarse que la facultad de recibir el precio terminó por extinción de las atribuciones del secuestre y éste no podía cobrar, ni recibir válidamente el saldo debido por el comprador del inmueble "La Esmeralda". Asimismo es cierta la inversa, o sea, que si la medida conservatoria hubiese estado vigente e investido el secuestre de sus funciones, el pago recibido por él, sería válido y apto para solucionar la obligación pendiente.

El cargo no prospera.

LOS DEMAS CARGOS

a). "Violación por falta de aplicacón, mal llamada infracción directa, de los artículos 2186, 2279, 1634, inciso 1º, y 1637 del Código Civil y por indebida aplicación de los artículos 2158, 1930, 1932 y 1546 de la misma obra".

Se refiere la demanda al criterio del Tribunal en cuanto éste afirma que el secuestre no tenía facultad para recibir anticipadamente los $ 100.000.00, ni para hacer rebajas, y dice el recurrente:

"...Pero la sentencia no tuvo en cuenta el artículo 2186 que dice que el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre, debe cumplirlas.

Se sostiene que "el apoderado judicial de los herederos putativos del causante aprobó las cuentas donde consta el recibo de los cien mil pesos y la rebaja de veintisiete mil pesos por el pago anticipado, que por cierto estaba autorizado en la escritura pública de venta como acepta el Tribunal".

De donde infiere la demanda de casación "ratificación de dichos actos dentro del juicio de sucesión, siendo bastante el poder conferido por los herederos putativos al abogado Ruiz Luján, ya que se trataba de actuaciones que habían de ocurrir dentro del juicio de sucesión..." y que, "si el Tribunal hubiera parado atención a lo preceptuado en la segunda parte del artículo 2186 del Código Civil habría tenido que reconocer que la aprobación de las cuentas hechas por el apoderado judicial de los herederos putativos implicó una ratificación al recibo de los cien mil pesos y a las rebajas realizadas por el secuestre, quien tenía funciones de mandatario conforme al artículo 2279...", y en fin, que si la sentencia reconociera eso, "habría tenido que aplicar los artículos 1634, inciso 1º y 1637 del Código Civil dando valor al pago hecho al secuestre en virtud de la ratificación aludida. Y no habría declarado la resolución del contrato de venta, de modo que no habría aplicado, violándolos, los artículos 1930, 1932 y 1546 *ibídem*".

b) "Violación, por falta de aplicación, del artículo 1635 del Código Civil, y por aplicación indebida de los artículos 1930, 1932 y 1546 de la misma obra".

Se funda en síntesis en que, si en hipótesis, el secuestre no hubiera recibido válidamente el pago, y en el supuesto de que la aprobación de las cuentas hecha por el apoderado de los herederos putativos, no implicara una ratificación eficaz, sucede que el artículo 1635 del Código Civil dice que el pago hecho a persona diversa de las expresadas en el artículo 1634, o sea el propio acreedor o sus representantes constituídos o a las personas designadas por el juez es válido, si el acreedor lo ratifica de una manera expresa o tácita, pudiendo legítimamente hacerlo y que, cuando el pago hecho a persona incompetente se ratifica por el acreedor, se mirará como válido desde el principio; y como el apoderado de los herederos putativos aprobó las cuentas del secuestre, implica esto una ratificación expresa de los actos que el Tribunal invalida.

Y continúa: "Por otro lado no puede desconocerse que conforme al acta de recibo de los bienes por el secuestre, a la que se ha hecho mención antes, también consta allí el recibo del dinero, pues se le da paz y salvo al deudor, luego este acto igualmente implica la ratificación aludida.

"Si la primera faz del fenómeno, o sea la referencia que hace el Tribunal a las cuentas rendidas por el secuestre como prueba del pago y los descuentos, determina que el cargo sea por violación directa, la segunda o sea la acabada de presentar, implica un cargo por violación indirecta que formulo para rematar este aparte de la demanda así: El Tribunal ignoró para estos efectos el acta presentada el 22 de septiembre por el secuestre y el señor Rafael Restrepo Echavarría que obra en copia en el expediente en dos partes, o sea el Cdno. Iº, fol. 22 v. y sigs. y en el de pruebas del demandante, fol. 111 v. Dicha acta dice que el señor Restrepo Echavarría está en paz y salvo con Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez y sus herederos, respecto a las obligaciones contraídas por la escritura número 3147 de 25 de septiembre de 1950 de la Notaría 7ª de Bogotá. Al pie de la misma el apoderado de los herederos putativos expresa que está conforme con su contenido.

"Si tal acta hace prueba conforme a nuestro derecho de que el pago se hizo, y el Tribunal no lo mencionó, no obstante haberse allegado al juicio en la forma legal, erró de hecho de modo manifiesto sobre la existencia del pago, y como consecuencia violó el artículo 1635 del Código Civil ya que si la hubiera tenido en cuenta, habría aplicado, aún dentro de su concepto de la inhabilidad del secuestre por haber concluído en sus funciones y carecer de poder para hacer rebajas al crédito, la norma referida y por ende no habría aplicado los artículos 1930, 1932 y 1546 *ibídem* relativos a resolución del contrato, por desaparición de la base en que se apoyó. Esta última deducción comprende los dos cargos propuestos en el presente aparte, pues es común a ambos".

c) "Violación por falta de aplicación, de los artículos 1634, segundo inciso, y 1324 del Código Civil, y por aplicación indebida de los artículos 1930, 1932 y 1546 de la misma obra. El pago vino a hacerse a los herederos putativos de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez a través del asentimiento que su apoderado judicial en el juicio de sucesión dio al acta mencionada en el punto anterior y a las cuentas aducidas por el secuestre, pues, se repite, dicho apoderado tenía plena facultad procesal para obligar a sus mandantes por tratarse de actividades propias del juicio sucesorio, las cuales son: cuentas ordenadas por el Juzgado dentro de la ley y manifestación de haberse restituído por el secuestre los bienes; se recuerda que la medida cautelar implicó la advertencia al depositario de recibir los pagos de la deuda tantas veces citada, como aparece de la diligencia de entrega, y se desprende del artículo 901, numeral 4º del Código Judicial".

Para sustentar este otro ataque a la sentencia, la demanda afirma que si el pago diere lugar a objeciones por el heredero real, la responsabilidad no podría deducirse contra el deudor Rafael Restrepo Echavarría, sino contra los herederos putativos, y ellos no fueron demandados; que el deudor que paga de buena fe a quien era poseedor del crédito hace pago válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenece. "Presumiéndose la buena fe y no habiéndose demostrado la mala, es claro que el pago realizado por Restrepo Echavarría fue válido, ya que cuando lo hizo, los poseedores del crédito eran los herederos reconocidos en el juicio de sucesión del acreedor, o sean los hermanos"; que cuando la ley dice que el pago es válido en tales circunstancias libera al deudor de toda responsabilidad, la cual en su caso recae sobre quien recibió por ser poseedor del título.

d) "Violación, por aplicación indebida de los artículos 1515, 1930, 1932 y 1546 del Código Civil y por falta de aplicación del artículo 2183 de la misma obra.

El Tribunal hace una serie de glosas a las cuentas rendidas por el secuestre y aprobadas

por el Juzgado, y de allí deduce que algunos créditos que figuran en ellas fueron cubiertos antes de que el secuestre entrara en funciones y otros después de haber terminado ellas, conforme a la tesis de que el depósito concluyó cuando se dictó el auto que levantó la medida cautelar".

Después de otros razonamientos se hace este:

"Ocurre sin embargo que el último precepto relacionado solo le da eficacia al dolo como vicio del consentimiento, cuando es obra de una de las partes y cuando aparece que sin él no se hubiera contratado. Suponiendo, en gracia de discusión, que el acto de presentar unas cuentas, de no objetarlas y luego de que el Juzgado las aprobara, por así disponerlo la ley, fuera un contrato, lo cual desde luego no es, sucedería que en él serían parte, de un lado el secuestre que las rindió, y por otro los herederos putativos de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez, que en ese momento eran los titulares aparentes del crédito que ha dado origen a esta litis. El señor Rafael Restrepo Echavarría no intervino ni tenía por qué intervenir en la rendición, y en cuanto al doctor Ruiz Luján era apenas apoderado de dichos herederos, desde luego con poder suficiente para pedir la aprobación, como quedó demostrado. Luego es incomprensible que el Tribunal dedujera vicio del consentimiento con efectos rescisorios, cuando el dolo que en últimas originó esta base del fallo no provenía de ninguna de las partes, aún suponiendo que realmente existiera".

Se considera:

1º Afirmada antes la falta de idoneidad del secuestre interino para recibir el pago, por haberse terminado su encargo, las censuras anteriormente agrupadas caen por fuerza de las razones antes expuestas.

Para la Corte, el secuestre, aun en el supuesto de estar investido de las facultades del cargo, como regla general, no tiene la de disponer de los bienes de la sucesión, y acto de disposición constituye la rebaja de una deuda; y para el caso de autos, si como queda visto no podía recibir, menos podía hacer remisiones parciales del saldo debido.

2º Sostiene la demanda "que el apoderado de los herederos putativos aprobó las cuentas donde consta el recibo de los cien mil pesos y la rebaja de veintisiete mil por el pago anticipado, que por cierto estaba autorizado en la escritura pública de venta, como acepta el Tribunal".

Sin embargo, de ser el ataque por aplicación indebida de las normas sustanciales allí citadas, es incuestionable la facultad de la Corte para examinar cómo y sobre qué bases las aplicó el Tribunal, el cual encontró que el dolo manchaba el contenido todo de la aprobación de cuentas, a lo que se agrega, que la escritura 3147 de 25 de septiembre de 1950, no previó rebaja por razón de pago anticipado, y que si el secuestre, no obstante tener el comprador la posesión de la finca, desde la celebración del contrato de compraventa, según consta en la escritura citada, hizo descuentos, se debe a su personal interpretación de que hubo pago anticipado porque la escritura de compraventa no pudo registrarse sino el 15 de diciembre de 1953 y que, por eso, solo desde este año en adelante podían principiar a contarse los plazos para el pago, terminándose, según tal exégesis en 1958; pero, con olvido que el contrato de compraventa engendra sus propias obligaciones, como el pago del precio en la forma convenida, siendo el registro indispensable para la tradición del inmueble y para la publicidad respectiva. Por eso, si en gracia de discusión se tuviese la fecha del acta de entrega simbólica de los bienes depositados (21 de septiembre de 1954), como la del pago, resultaría que no hubo pago anticipado sino de la última cuota de veinte mil pesos, sucediendo entonces que se rebajó más de lo que constituía la deuda.

3º El argumento de que si el pago diera lugar a objeciones, deberían deducirse contra los herederos putativos, no tiene fundamento suficiente, a más de las consideraciones anteriores, porque la acción que se ejercita es la resolutoria y solo podría dirigirse contra el comprador que no pagó el precio convenido al legitimado para recibirlo.

4º Tocante al error de hecho manifiesto sobre la existencia del pago, por haber ignorado el Tribunal el acta de entrega presentada al Juzgado el 22 de septiembre de 1954, por los señores Sánchez, Restrepo Echavarría y Ruiz Luján, para no aceptarlo, es suficiente recordar que precisamente sobre eso versa la sentencia del Tribunal, es decir, sobre el no pago, siendo por otra parte el acta citada, secuela de la rendición de cuentas concretamente estudiada por el fallador.

5º Tuvo en cuenta el sentenciador para llegar a la declaración de resolución del contrato de compraventa varios fundamentos que sintetizó así:

"De lo dicho se concluye que el pago no es válido, por tres motivos fundamentales:

"1º Porque no aparece hecho a ninguna de

las personas que la ley señala para recibir válidamente;

"2º Porque no se hizo en la forma pactada en el contrato, a más que los descuentos verificados no se hicieron por persona facultada para ello, y

"3º Por dolo existente en la aceptación de pago y de descuentos por parte del apoderado".

No atacada por error de hecho manifiesto o por error de derecho la apreciación de los elementos constitutivos del dolo, la Corte no puede variar la que el Tribunal con el rigor de su conciencia hiciera, porque semejante apreciación está dentro del ámbito de su autonomía en la estimación del dolo de quienes intervinieron en tal pago. No puede negarse que el pago es un acto jurídico susceptible de estar teñido por el dolo. Pero la afirmación de existencia de dolo en el acto jurídico del pago, no es el único fundamento de la sentencia recurrida, por eso, aun en el supuesto de aplicación indebida de disposiciones relativas al dolo contractual, a uno que no tiene ese carácter estricto, tal desvío no induciría a casar la sentencia, por quedar en pie los otros fundamentos.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 24 de noviembre de 1959, en el juicio ordinario de la sucesión de Luis o Leonardo Lorenzo Rodríguez contra Rafael Restrepo Echavarría.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Emildo Ricaurte T., Oficial Mayor.

RENTA VITALICIA. — ES UN CONTRATO SOLEMNE

Técnica de casación. Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. La escritura pública no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad. Contraescrituras. Instrumentos públicos e instrumentos privados. Oficios que desempeñan.

1. En casación el quebranto directo de la ley sustancial puede producirse por una cualquiera de las tres formas que señala el primer inciso de la causal primera establecida por el artículo 520 del Código Judicial, formas consistentes en la falta de aplicación, en la aplicación indebida y en la interpretación errónea. "Se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber apelado al texto llamado a resolver la litis; la segunda, por todo lo contrario, por acción, es decir, por haber llamado a resolverlo a un texto ajeno al problema; y la tercera, por haberse equivocado en el significado, sentido o alcance de la forma legal" (Cas. de julio 5 de 1956, LXXXIII, 2170, 198; LXXIX, 2150, 504 y 553). Siendo distintas e inconfundibles estas tres fuentes de violación directa de la ley, resulta contrario a la técnica de la casación acusar un fallo por infringir un mismo precepto a la vez por interpretación errónea y por aplicación indebida.

2. De acuerdo con el artículo 2292 del Código Civil, la constitución de renta vitalicia es un contrato solemne por estar sujeto a ser consignado precisamente por escritura pública, y ello aunque el precio de la renta consista en dinero o en otras cosas muebles. Así lo tiene repetido la Corte (XLIII, 1909 y 1910, 560; LXXV, 2130, 327).

Este enunciado entraña que todos los factores integrantes de ese contrato, cuando es serio, deben quedar consignados en el instrumento expresado para que la misma convención adquiera eficacia jurídica. Las estipulaciones que no figuren en la escritura pública no pueden considerarse pactadas, existentes y obligatorias, aunque los contratantes las reconozcan o aunque aparezcan contenidas en documento privado; son por el contrario, absolutamente nulas por falta de las formalidades propias de la naturaleza del mismo contrato. Estas conclusiones surgen de lo dispuesto por los artículos 1741, 1760, 2292 y 2294 del Código Civil.

Además, cuando este contrato se celebra a título oneroso, adquiere un carácter aleatorio que se opone a la resolución del mismo por falta de pago de la renta. La naturaleza aleatoria de la convención explica la norma del artículo 2294 del Código Civil, lo que vale decir que el contrato de renta vitalicia es por naturaleza irresoluble y que por lo mismo sólo puede llegar a resolverse por causa de incumplimiento cuando así lo estipulan las partes de manera expresa en instrumento público.

3. El artículo 1760 del Código Civil es categórico al estatuír que la falta de escritura pública no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados. En relación con ciertos actos y contratos la ley busca dar firmeza a la manifestación de voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de que la falta de éstas no puede suplirse por ninguna otra prueba y de que el acto o contrato que no se ha formalizado debidamente resulta desprovisto de eficacia jurídica.

Cuando la ley exige la solemnidad del instrumento público, hay que entender necesaria-

mente que todos los elementos constitutivos del negocio jurídico deben quedar consignados en dicho instrumento. De otro modo no se cumpliría aquella solemnidad, como tampoco quedaría plenamente satisfecha si, fraccionando el contrato, se hiciesen constar unas estipulaciones en escritura pública y otras en documento privado. Estas últimas resultarían ineficaces, y el contrato disminuído en los efectos inherentes a las cláusulas o condiciones que no llenaron la solemnidad sobredicha.

4. Conforme al artículo 1766 del Código Civil, las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en instrumento público, valen entre las partes, pero no respecto de terceros. Dicho artículo 1766 de nuestro C. Civil corresponde exactamente al 1707 del Código Civil chileno, precepto que don Andrés Bello tomó del artículo 1214 del proyecto de Código Civil español elaborado por don Florencio García Goyena.

Para explicar el origen y alcance de esta última norma, el señor García Goyena expuso sus comentarios en su obra "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", como allí pueden verse.

El citado artículo 1766 regula los efectos de las escrituras privadas o públicas que se hacen con el fin de alterar lo pactado en otra escritura pública. Los instrumentos a que el precepto se refiere son aquellos que se denominan contraescrituras y que por lo regular se extienden en reserva con el objeto de hacer constar la simulación total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato ostensible, sea o no solemne. El origen y finalidad de la disposición, así como la inteligencia que en otras legislaciones se les atribuyen a las normas que le son similares, revelan y permiten concluír que dicho artículo no hace referencia sino a los escritos que revisten el aludido carácter de contraescrituras por estar destinados a declarar y comprobar que un contrato ostensible es, en todo o en parte, simplemente aparente o ficticio.

El precepto no se refiere a las escrituras privadas o públicas que contienen adiciones, modificaciones o reformas de un contrato serio y valedero, porque ellas no obstentan la calidad de contraescrituras y porque sus efectos y su valor demostrativo están sometidos a otras prescripciones. Así, el artículo 1759 del Código Civil regula la fe que merece el instrumento público; el 1760 prohibe suplir la falta de este instrumento por otra prueba en los actos y contratos que lo requieren como solemnidad, y los artículos 1761 y 1762 ibídem señalan la fuerza probatoria del documento privado entre las partes y respecto de terceros. Siendo esto así, no se ve razón que justifique aplicar a estos instrumentos el régimen que para las contraescrituras privadas y públicas consagra el artículo 1766 del mismo Código Civil.

5. En materia jurídica los instrumentos públicos y privados desempeñan dos oficios: por regla general obran como prueba de los actos y contratos, y por excepción son requeridos como solemnidad en ciertos casos en que la ley dispone consignar por escrito algunos actos y contratos en protección de las mismas partes y de terceros. Cuando el instrumento obra como simple prueba, se lo puede suplir por otro medio demostrativo, especialmente por el reconocimiento o confesión de las partes, de modo que su falta no le resta validez al contrato. Cuando es exigido como solemnidad no puede ser sustituído por ninguna otra prueba y su falta priva al acto o contrato de eficacia obligatoria. A este principio obedece precisamente el artículo 1760 del Código Civil.

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

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

Por la escritura número 272, extendida en la Notaría Primera de Neiva el 12 de abril de 1947, los señores José Domingo, Rafael y José Onías Leiva Charry celebraron un contrato de renta vitalicia, en virtud del cual los dos primeros se obligaron a pagar solidariamente y por partes iguales al tercero una renta mensual de ciento ochenta pesos ($ 180.00) durante toda la vida de éste, a partir del primero del citado mes de abril. El precio de la renta pagado por el contratante José Onías a los nombrados José Domingo y Rafael Leiva, consistió en la mitad de un solar con casa de habitación y en los derechos herenciales que al mismo José Onías correspondían en la mortuoria del Excelentísimo señor Luis Calixto Leiva, bienes que el credirrentista transfirió a los deudores de la renta.

El mismo día del otorgamiento de la citada escritura número 272, esto es, el doce de abril de 1947, los expresados señores José Domingo, Rafael y José Onías Leiva suscribieron en Neiva un documento privado en que consignaron estas declaraciones: "Los que suscribimos, José Do-

mingo Leiva, Rafael Leiva Charry y José O. Leiva, todos mayores de edad, vecinos de este Municipio y portadores de las cédulas de ciudadanía números 422370, 470162 y 2275609, expedidas aquí mismo, hacemos constar: que por escritura número 272, de esta misma fecha, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito, los dos primeros se obligaron a pagar al último una renta vitalicia mensual de ciento ochenta pesos ($ 180.00), moneda legal colombiana, habiendo recibido en pago los inmuebles relacionados en la precitada escritura por su situación y linderos; que para la fijación de la renta dicha se tomó como base el tipo de cambio actual, que es el de ciento setenta y cinco (175); que como modificación al contrato de que se habla, los debirrentistas convienen en reconocer al doctor José Onías toda alza de diez (10) puntos del cambio que se ha tomado como base, comprometiéndose, en consecuencia, a aumentar proporcionalmente la renta convenida en la cuantía equivalente al alza del tipo de cambio aquí prevista; que igualmente el acreedor doctor Leiva conviene en disminuír el valor de la renta proporcionalmente a las bajas que ocurran del tipo de cambio, siempre que ese tipo sea mayor del actual, que será inmodificable cualquiera que sea la baja, pues el propósito de los suscritos es asegurar al mismo doctor Leiva una renta mínima de ciento ochenta pesos; y finalmente, que es condición del contrato que por medio del presente documento se adiciona, la de que la falta de pago de dos mensualidades consecutivas, dará derecho al doctor José Onías para rescindirlo, sin obligación alguna de restituír o devolver las pensiones ya pagadas". Este documento fue reconocido por sus firmantes ante el mismo Notario de Neiva el día en que se extendió.

El 22 de noviembre de 1957 el doctor José Onías Leiva Charry demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Neiva al doctor José Domingo Leiva Charry y a la cónyuge sobreviviente y los herederos del doctor Rafael Leiva Charry para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se declarara resuelto por incumplimiento el contrato de renta vitalicia que se constituyó por la escritura número 272 y por el documento que se ha citado, se decretara la restitución de los bienes que el actor dio en pago de la renta, se ordenara la cancelación de unas inscripciones y se condenara a los demandados al pago de perjuicios y de expensas procesales.

El doctor José Domingo Leiva, al serle notificada la demanda, manifestó que no la aceptaba ni la rechazaba. Por su parte la cónyuge sobreviviente y algunos de los herederos del doctor Rafael Leiva Charry aceptaron varios de los hechos expuestos en el mismo libelo, rechazaron otros, se opusieron a las pretensiones del demandante y propusieron las excepciones de nulidad de las estipulaciones consignadas en el documento privado y de prescripción de la acción resolutoria.

La primera instancia del negocio terminó con el fallo de 13 de noviembre de 1959, en el cual se declaró probada la excepción de nulidad absoluta de lo estipulado en el documento de doce de abril de 1947, se absolvió a los demandados y se condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado por el demandante el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo confirmó y condenó también en costas al recurrente mediante la sentencia de cuatro de mayo de 1960.

Esta sentencia del Tribunal empieza por recordar los caracteres del contrato de renta vitalicia y, fundándose en los artículos 2294 y 2295 del Código Civil, afirma que en ese contrato no tiene cabida la acción resolutoria por la falta de pago de la renta, sino en el caso de que se haya estipulado expresamente por las partes. Esa falta de pago sólo confiere al acreedor el derecho de perseguir los bienes del deudor para obtener la efectividad de la renta y de obligarlo a prestar seguridades para el futuro.

"En el caso *sub lite* —dice el fallo— el contrato fue celebrado con las formalidades legales, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Pero en ella no se pactó su resolución. Fue separadamente, por documento privado suscrito entre las mismas partes, en donde se vino a acordar la resolución por falta de pago de dos mensualidades consecutivas.

"Precisamente con base en esta modificación por documento privado del contrato, pide el demandante su resolución.

"En los contratos solemnes la falta de las formas propias exigidas por la ley acarrea la invalidez del acto, porque la formalidad se exige en ellos *ad substantiam actus* o, como dice también, *ad solemnitatem*. Sin su cumplimiento el contrato es ineficaz, porque si no se llenan los requisitos de forma, el convenio de las partes no existe legalmente. La ley quiere que la expresión del consentimiento se haga precisamente en la forma prevista por ella. Si no se hace así, el acuerdo de voluntades no se produce".

Después de unas citas de jurisprudencia y de

doctrina sobre las formalidades *ad solemnitatem* y *ad probationem,* agrega la sentencia:

"Aplicación de estos principios es lo dispuesto en el artículo 1760 del Código Civil, el cual expresa que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solenidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá valor alguno.

"En la renta vitalicia la escritura pública se exige como solemnidad del contrato. Por consiguiente, debe pactarse en esa forma para que sea eficaz, porque es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo según su especie, de acuerdo con el artículo 1740 del Código Civil. Esta nulidad es de carácter absoluto según el artículo 1741 del mismo Código.

"De conformidad con lo expuesto, para el Tribunal carecen de valor las modificaciones que por documento privado estipularon las partes para alterar lo expresado en la escritura pública de constitución del contrato de renta vitalicia atacado".

La sentencia refuta a continuación el argumento de que la cláusula resolutoria pactada en el documento privado es puramente accidental y de que por ello no requería ser consignada por escritura pública, y sostiene por el contrario que en el contrato de renta vitalicia la solemnidad de este instrumento es necesaria respecto no solo de sus factores esenciales, sino también de sus elementos puramente accidentales o accesorios. Añade luego el mismo fallo:

"Conceptúa también el apoderado de la parte demandante que el artículo 1766 del Código Civil es apoyo legal suficiente para la eficacia de la modificación del contrato de renta vitalicia, estipulada por el documento privado acompañado a la demanda, porque dicho artículo faculta a las partes para que por medio de escrituras privadas alteren o modifiquen lo pactado en escritura pública, con la sola salvedad de que esas alteraciones o modificaciones no producen efectos contra terceros.

"No comparte el Tribunal esta doctrina, que da al artículo 1766 citado una interpretación demasiado extensiva para abarcar situaciones legalmente no comprendidas en él.

"Lo que propiamente autoriza el citado artículo son las contraescrituras privadas hechas para alterar lo pactado en escritura pública, no las modificaciones de un contrato serio para el cual se exige la formalidad del instrumento público. Es decir, autoriza la simulación, la cual no existe cuando las partes por virtud de una convención nueva modifican una convención anterior concluída seriamente. La contraescritura o contradeclaración no quita eficacia a un negocio anterior perfectamente concluído. Es como dice Ferrara, una simple declaración que sirve tan solo para hacer constar la simulación existente desde un principio.

"Las modificaciones de un contrato serio hechas por escritura privada, que alteran lo pactado en un instrumento público, tienen valor cuando el instrumento no se exige como solemnidad del acto, sino ad probationem, porque entonces, siendo válido el contrato sin la formalidad de la escritura pública, puede modificarse válidamente entre las mismas partes por documento privado. Pero si el acto es solemne su modificación no es posible sin el cumplimiento de la solemnidad requerida.

"El artículo 1766 en comento no puede interpretarse en el sentido de dejar sin efecto el artículo 1760 del Código, ni el principio general consignado en el artículo 1740, de que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo según su especie. Si la escritura pública es necesaria como solemnidad, lo pactado en ella no puede alterarse por documento privado, por faltar entonces una condición de validez del acto modificatorio".

EL RECURSO DE CASACION

La misma parte demandante recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado y, con invocación de la primera de las causales que consagra el artículo 520 del Código Judicial, formula contra dicho fallo los dos cargos siguientes:

Primer cargo. Consiste en la violación directa, por interpreatción errónea y por aplicación indebida, de los artículos 1502, 1740, 1741, 1759, 1760, 1766, 2292, 2294, 2295 del Código Civil.

En sustentación de este cargo el recurrente expone una serie de consideraciones más propias de un alegato de instancia que de una demanda de casación. No obstante esta falta de técnica, la Corte recoge de esas consideraciones las que en seguida se expresan.

Afirma el impugnante que la tesis de que las estipulaciones contenidas en el documento pri-

vado carecen de eficacia jurídica, equivale a sostener que para impugnar un acto sujeto a formalidades sustanciales se requiere de modo necesario una contraescritura y sin que sea suficiente otra prueba; que dicha tesis implica también la distinción entre actos que exigen las formalidades *ad solemnitatem* y actos que las necesitan *ad probationem;* que la misma tesis es inadmisible aquí por partir del error de no considerar que la escritura original y el documento privado constituyen una unidad, ya que dan cuenta de un solo contrato y no de dos convenciones contrapuestas; que las estipulaciones consignadas en el documento no tiene por objeto destruír el contrato de renta vitalicia, sino demostrar un aumento de la renta y convenir la resolución del mismo contrato por falta de pago de dos mensualidades de esa renta; que por lo mismo la prueba del documento no quebranta el principio de la solemnidad de ese contrato de renta vitalicia; que esta convención no se modifica y que lo pactado en el documento solo traduce la verdadera voluntad de las partes en relación con el monto de la renta y con los efectos de su falta de pago; que si para esto se pudiera exigir la misma prueba que requiere el contrato, habría que llegar al absurdo de que para demostrar una simulación se necesitaría consignar otra declaración por instrumento público; que las partes pueden acreditar cualquier modificación o extensión del contrato por todos los medios de prueba, con excepción de los de testimonios y presunciones, según el artículo 1759 del Código Civil. Agrega que por tanto en la sentencia se le atribuye al artículo 1766 *ibídem* una inteligencia que no le corresponde y se lo aplica indebidamente, desde luego que el documento privado tiene plena eficacia jurídica entre las partes cuando no viola ninguna prohibición legal ni lesiona derechos de terceros; que también se da allí una interpretación errónea y una aplicación indebida a los artículos 1502, 1759, 1760 y 2294 del mismo Código, porque la circunstancia de que el contrato de renta vitalicia esté sometido a una forma determinada, no significa que cuando se trata de comprobar una modificación extensiva o restrictiva de esa convención haya de exigirse la misma solemnidad del contrato originario; que en tal caso sucede lo propio que en materia de simulación, la cual, por ser un hecho, puede acreditarse entre las partes con un contratadocumento; que siendo esto así, resulta injurídico limitar los medios de prueba para demostrar en casos como el presente, la variación del monto de la renta y la estipulación de la cláusula resolutoria.

Repite que "no se trata de dos convenciones contradictorias que se neutralizan mutuamente, sino que el acto exterior y el contradocumento forman un todo único, una misma convención, cuyo carácter y verdadero sentido es restablecido por el contradocumento, que reconoce la realidad en cuanto al verdadero precio y la facultad del doctor José Onías Leiva para demandar la resolución del contrato en el caso de falta de pago de dos mensualidades". Continúa el recurrente sosteniendo que el artículo 1766 se refiere a las contraescrituras que se hacen para variar o destruír lo estipulado por instrumento público y que no es exacto que esos contradocumentos deban ser sometidos a las mismas formalidades del contrato primitivo, y finalmente expresa que "al decir la sentencia del honorable Tribunal que los artículos 2292, 2294 y 2295 dicen lo contrario y que el artículo 1766 de la misma obra no permite un contrainstrumento privado, está violando dichas disposiciones por interpretación errada y aplicación indebida. Igualmente que los artículos 1759 y 1760 del Código Civil no permiten probar contra el instrumento público mediante la contraescritura privada. Igualmente se está haciendo una interpretación errada y una aplicación indebida. Naturalmente entonces resulta haciéndose una aplicación indebida de los artículos 1502, 1740 y 1741 del Código Civil en cuanto se observa que la contraescritura privada es un acto sin validez alguna, pues las contraestipulaciones hechas por documento privado sí pueden tener efecto entre las partes contratantes y sus sucesores a título universal".

Segundo cargo. Se hace consistir en la violación indirecta de los artículos 1494, 1546, 1740, 1741, 2292, 2294 y 2295 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Al formular este cargo dice el recurrente que "en realidad el primero y el segundo cargo constituyen uno solo en cuanto se trata de violación de la ley sustantiva con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Pero como dicha violación puede ser directa o indirecta, para mayor orden he dividido la acusación en dos cargos, para presentar como primero la violación directa, y como segundo la violación indirecta, o sea por causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y que ha incidido en la decisión final, desconociendo el derecho de la parte demandante".

El cargo se funda en que la sentencia, al sustentar la tesis de que carecen de validez las esti-

pulaciones consignadas en el documento privado, incurrió en el error de no reconocerle a este documento el valor probatorio que le atribuyen los artículos 1759, 1760 y 1766 del Código Civil y 632 del Código Judicial, y en que, como consecuencia, se desconoció el derecho invocado en la demanda y se infringieron los artículos 1494, 1546, 2292 y 2295 del Código Civil, preceptos que confieren la acción resolutoria. Este error de derecho, según el impugante, se refiere no solo al documento mencionado, sino también a la demanda y a la respuesta, ya que estas piezas son válidas y comprueban el derecho del actor de pedir la resolución del contrato de renta vitalicia contenido en la escritura número 272, de 12 de abril de 1947. También se desconoció el mérito demostrativo de las posiciones absueltas por el demandante y de las partidas que acreditan que varios de los demandados son herederos del doctor Rafael Leiva Charry. Por causa del desconocimiento de la fuerza probatoria de todas estas pruebas, dice el recurrente, "se negaron las peticiones de la demanda sobre declaración de resolución del contrato de renta vitalicia, y con base en la interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 2292, 2294, 2295, 1766, 1759, 1760, 1740 y 1741 del Código Civil, ya que se entendió que carecían de efecto o valor legal las contraestipulaciones, y con aplicación errónea e irrelevante del artículo 329 del Código Judicial, se declaró probada una excepción de nulidad sobre dicha contraestipulación, y con el propósito de hacer efectivamente nulo el derecho de la parte demandante".

La Corte considera:

I) En casación el quebranto directo de la ley sustancial puede producirse por una cualquiera de las tres formas que señala el primer inciso de la causal primera establecida por el artículo 520 del Código Judicial, formas consistentes en la falta de aplicación, en la aplicación indebida y en la interpretación errónea. "Se trata de tres formas de violación de la ley sustativa, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber apelado al texto llamado a resolver las litis; la segunda, por todo lo contrario, por acción, es decir, por haber llamado a resolverlo a un texto ajeno al problema; y la tercera, por haberse equivocado en el significado, sentido o alcance de la forma legal" (Cas. de julio 5 de 1956 —LXXXIII— 2170, 198— LXXIX— 2150, 504 y 553). Siendo distintas e inconfundibles estas tres fuentes de violación directa de la ley, resulta contrario a la técnica de la casación acusar un fallo por infringir un mismo precepto a la vez por interpretación errónea y por aplicación indebida.

II) Está visto que por la escritura número 272 de 12 de abril de 1947, los señores José Domingo, Rafael y José Onías Leiva Charry celebraron un contrato de renta vitalicia, en virtud del cual los dos primeros se obligaron solidariamente a pagar al tercero una renta mensual de ciento ochenta pesos ($ 180.00) durante la vida de éste, a partir del primero del expresado mes de abril. El mismo día del otorgamiento de esta escritura, los contratantes suscribieron un documento privado en que consignaron dos estipulaciones, así: por la primera convinieron en que el monto de la renta vitalicia se elevaría proporcionalmente cada vez que el cambio subiera diez puntos, y por la segunda se acordó adicionar el contrato originario en el sentido de que la falta de pago de dos mensualidades consecutivas de la misma renta daría derecho al acredor de ésta para solicitar la resolución de dicho contrato.

El artículo 2292 del Código Civil prescribe que "el contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública", y el artículo 2294 *ibídem* dispone que "el acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor aun ofreciendo restituír el precio, y restituír o devengar (sic) las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa".

De acuerdo con el primero de estos preceptos, la constitución de renta vitalicia es un contrato solemne por estar sujeto a ser consignado precisamente por escritura pública, y ello aunque el precio de la renta consista en dinero o en otras cosas muebles. Así lo tiene repetido la Corte (XLIII —1909 y 1910, 560— LXXV-2130, 327).

Además, cuando este contrato se celebra a título oneroso, adquiere un carácter aleatorio que se opone a la resolución del mismo por falta de pago de la renta. La naturaleza aleatoria de la convención explica la norma del artículo 2294 del Código Civil, lo que vale decir que el contrato de renta vitalicia es por naturaleza irresoluble y que por lo mismo solo puede llegar a resolverse por causa de incumplimiento cuando así lo estipulan las partes de manera expresa en instrumento público.

En la presente ocurrencia las partes pactaron la resolución del contrato por falta de pago de la renta, pero esa estipulación se consignó, no en escritura pública, sino en un documento pri-

vado suscrito el mismo día en que se otorgó el instrumento en que consta dicho contrato. La sentencia acusada considera nula la estipulación aludida por no figurar pactada en escritura pública, y con base en este juicio confirma el fallo de primera instancia en que se declaró probada la excepción de nulidad del mismo pacto y se absolvió a los demandados.

III) Prescribe el artículo 1760 del Código Civil que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Y el artículo 1766 *ibídem* establece que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

La primera de estas dos disposiciones es categórica al estatuír que la falta de escritura pública no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados. En relación con ciertos actos y contratos la ley busca dar firmeza a la manifestación de voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de que la falta de éstas no puede suplirse por ninguna otra prueba y de que el acto o contrato que no se ha formalizado debidamente resulta desprovisto de eficacia jurídica.

Conforme a la segunda de las normas transcritas, las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en instrumento público, valen entre las partes, pero no respecto de terceros. Dicho artículo 1766 de nuestro Código Civil corresponde exactamente al 1707 del Código Civil chileno, precepto que don Andrés Bello tomó del artículo 1214 del proyecto de Código Civil español elaborado por don Florencio García Goyena, el cual era de este tenor:

"Los documentos privados, hechos por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.

"Tampoco lo producen las contra-escrituras públicas cuando no se ha anotado su contenido al margen de la escritura matriz reformada, y del traslado, en cuya virtud ha obrado el tercero".

Para explicar el origen y el alcance de este artículo el señor García Goyena expuso estos comentarios en su obra "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español":

"Los 1321 Francés, 1910 Holandés, 2236 de la Luisiana, 1275 Napolitano, dicen: 'Las contra-escrituras (contre-lettres) no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes, y no lo tienen contra terceros'.

"Los contrayentes pueden revocar o modificar sus obligaciones; pero las contra-escrituras, y sobre todo cuando se hacen al tiempo mismo de haberse contraído las obligaciones, encierran la intención culpable de engañar a terceros por un acto aparentemente serio. Esto no basta para prohibir en general y sin distinción las contra-escrituras: las partes deben ser libres en revocar o modificar sus obligaciones como lo son en formarlas. Pero se conserva el derecho natural de los contrayentes y de los terceros, declarando que las contra-escrituras sólo producen efecto entre las partes, no contra terceros.

"Nuestro artículo no expresa como el francés que producen efecto entre las partes; pero su espíritu es el mismo, por el solo hecho de no negarles efecto sino contra terceros. Lleva también nuestro artículo conocidas ventajas en expresión y claridad a los extranjeros, distinguiendo entre documentos privados y contra-escrituras públicas, negando absolutamente a los primeros todo efecto contra tercero, y concediéndolo a las segundas con tales precauciones, que hacen imposible la superchería en perjuicio de tercero; éste no puede saber nada de los documentos privados, y no puede ignorar nada de las contra-escrituras públicas según las precauciones del artículo".

IV) El citado artículo 1766 regula los efectos de las escrituras privadas o públicas que se hacen con el fin de alterar lo pactado en otra escritura pública. Los instrumentos a que el precepto se refiere son aquellos que se denominan contra-escrituras y que por lo regular se extienden en reserva con el objeto de hacer constar la simulación total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato ostensible, sea o no solemne. El origen y finalidad de la disposición, así como la inteligencia que en otras legislaciones se les

atribuyen a las normas que le son similares, revelan y permiten concluír que dicho artículo no hace referencia sino a los escritos que revisten el aludido carácter de contraescrituras por estar destinados a declarar y comprobar que un contrato ostensible es, en todo o en parte, simplemente aparente o ficticio.

El precepto no se refiere a las escrituras privadas o públicas que contienen adiciones, modificaciones o reformas de un contrato serio y valedero, porque ellas no ostentan la calidad de contraescrituras y porque sus efectos y su valor demostrativo están sometidos a otras prescripciones. Así el artículo 1759 del Código Civil regula la fe que merece el instrumento público; el 1760 prohibe suplir la falta de este instrumento por otra prueba en los actos y contratos que lo requieren como solemnidad, y los artículos 1761 y 1762 *ibídem* señalan la fuerza probatoria del documento privado entre las partes y respecto de terceros. Siendo esto así, no se ve razón que justifique aplicar a estos instrumentos el régimen que para las contraescrituras privadas y públicas consagra el artículo 1766 del mismo Código Civil.

V) En materia jurídica los instrumentos públicos y privados desempeñan dos oficios: por regla general obran como prueba de los actos y contratos, y por excepción son requeridos como solemnidad en ciertos casos en que la ley dispone consignar por escrito algunos actos y contratos en protección de las mismas partes y de terceros. Cuando el instrumento obra como simple prueba, se lo puede suplir por otro medio demostrativo, especialmente por el reconocimiento o confesión de las partes, de modo que su falta no le resta validez al contrato. Cuando es exigido como solemnidad no puede ser sustituído por ninguna otra prueba y su falta priva al acto o contrato de eficacia obligatoria. A este principio obedece precisamente el transcrito artículo 1760 del Código Civil.

Cuando respecto de ciertos actos y contratos la ley exige la solemnidad del instrumento público, hay que entender necesariamente que todos los elementos constitutivos del negocio jurídico deben quedar consignados en dicho instrumento. De otro modo no se cumpliría aquella solemnidad, como tampoco quedaría plenamente satisfecha si, fraccionando el contrato, se hiciesen constar unas estipulaciones en escritura pública y otras en documento privado. Estas últimas resultarían ineficaces, y el contrato disminuído en los efectos inherentes a las cláusulas o condiciones que no llenaron la solemnidad sobredicha.

El contrato de renta vitalicia es solemne porque requiere escritura pública. Este enunciado entraña que todos los factores integrantes de ese contrato, cuando es serio, deben quedar consignados en el instrumento expresado para que la misma convención adquiera eficacia jurídica. Las estipulaciones que no figuren en la escritura pública no pueden considerarse pactadas, existentes y obligatorias, aunque los contratantes las reconozcan o aunque aparezcan contenidas en documento privado; son por el contrario, absolutamente nulas por falta de las formalidades propias de la naturaleza del mismo contrato. Estas conclusiones surgen de lo dispuesto por los artículos 1741, 1760, 2292 y 2294 del Código Civil.

En el caso presente la sentencia acusada juzga sin valor las estipulaciones acordadas por las partes en documento privado para adicionar lo expresado en la escritura pública que contiene el contrato de renta vitalicia. Como este contrato ofrece los caracteres de solemne, serio y valedero, y como la cláusula resolutoria pactada por instrumento privado constituye una estipulación adicional de la misma convención, no hay duda de que debió consignársela en escritura pública para que adquiriera plena eficacia. No habiéndose procedido así, es de toda evidencia que esa estipulación relativa a la resolución del contrato de renta vitalicia quedó afectada de nulidad absoluta por falta de la solemnidad de la escritura pública. Así lo estima la sentencia, y este juicio no quebranta, sino que por el contrario se ajusta estrictamente al sentido exacto de los preceptos sustanciales que el recurrente sin razón considera infringidos.

Tampoco incurre la sentencia en el error de derecho que se le atribuye. En parte alguna de ese fallo se le desconoce fuerza demostrativa al documento privado que contiene la cláusula resolutoria, como tampoco a los demás elementos de juicio allegados al litigio. Lo que el sentenciador afirma es que dicha cláusula carece de validez por no haberse consignado en escritura pública, sino en el referido documento privado. Este juicio sobre nulidad de la estipulación mencionada no implica menosprecio del mérito probatorio del documento. Negarle fuerza obligatoria al contenido no equivale a desconocer el valor demostrativo del continente. La sentencia no incurre en el error de derecho ni en la violación indirecta de las disposiciones que enuncia el impugnante.

Los cargos carecen, pues, de fundamento.

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 cuatro de mayo de mil novecientos sesenta pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio ordinario del doctor José Onías Leiva Charry contra el doctor José Domingo Leiva Charry y contra la cónyuge sobreviviente y los herederos del doctor Rafael Leiva Charry.

La parte recurrente debe pagar las costas del recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BALDIOS

Presencia del Ministerio Público en los juicios entre cultivadores o colonos y adjudicatarios de baldíos. Se reitera la doctrina referente a las diferencias entre la acción ordinaria de dominio y la especial o publiciana del artículo 951 del Código Civil.

La recta aplicación del artículo 80 de la Ley 110 de 1912 a los juicios entre adjudicatarios y cultivadores o colonos de baldíos, impone precisar primeramente cuál sea el interés que quiso proteger el legislador con la formalidad del apersonamiento del Ministerio Público en los procesos de esta especie:

Lo primero que ocurre pensar es que, si por virtud de la adjudicación el Estado se desprendió del dominio de un terreno baldío, las subsiguientes controversias que puedan surgir entre el adjudicatario y los colonos o cultivadores del mismo, no afectan ya el patrimonio fiscal, de por sí ajeno a los intereses de carácter particular ahora en conflicto. Por lo cual, no puede decirse que sea el interés del Estado lo que requiere el llamamiento de la Agencia Pública a los juicios de que se trata.

Ni cabe afirmar que lo sea el interés del adjudicatario, pues el título de dominio privado de que en virtud de la adjudicación ha quedado investido, le otorga los atributos indispensables para proceder por sí mismo a la defensa de sus derechos, sin que requiera la tutela particular del Estado, a quien la ley exime de toda carga al respecto, según lo preceptúa el artículo 47 del Código Fiscal.

Entonces hay que concluír que la intervención del Ministerio Público en esta clase de contiendas, se encuentra imperada por el interés de los cultivadores o colonos, considerados como la parte jurídicamente débil frente al adjudicatario. Es claro que tal ordenamiento no toca con los cultivadores o colonos que hayan venido a instalarse con posterioridad a la adjudicación del baldío, pues entonces los conflictos que de tal ocupación resulten habrán de desatarse a la luz de las normas ordinarias que regulan las relaciones de derecho privado en cuestiones de dominio, posesión y tenencia. Pero los cultivadores o colonos que entraron a establecerse en el baldío con anterioridad a la adjudicación que del mismo hace luego el Estado a un tercero, y que por lo tanto quedarían perjudicados con esa adjudicación, si por la ley no se estableciesen las cautelas pertinentes, son los sujetos de derecho a cuyo favor ha de entenderse establecida la intervención del Ministerio Público en los juicios que surjan entre ellos y el adjudicatario del terreno.

Por lo cual pudo decir la Corte, en proveído de la Sala de Negocios Generales, de 28 de mayo de 1926, que "si se reflexiona detenidamente en el objeto de la intervención de los Agentes del Ministerio Público en estos litigios, se advierte sin dificultad que ella tiene en mira la protección de los cultivadores o colonos, y no la representación jurídica de la Nación, una vez que en los juicios en que no figuran tales cultivadores o colonos, como son los que se siguen con los poseedores de títulos de baldíos que pretenden adjudicación de tierras a cambio o en pago de tales títulos, no intervienen los Agentes del Ministerio Público" (XXXII, 1689-1690, págs. 373 y 374). Y el criterio que inspiró tal doctrina es el mismo que prevalece en las providencias de la propia Sala, de fechas 17 de noviembre de 1927 (XXXV, 1803, pág. 120) y 16 de octubre de 1937 (XLV, 1930, págs. 871 a 873).

Con lo expuesto queda rectificada la tesis del Tribunal, de que "la presencia del Agente del Ministerio Público tiene lugar únicamente en las controversias suscitadas entre personas ocupantes o colonos que aún carecen de título emanado del Estado", pero que una vez adjudicado un baldío, la Nación "queda sin interés alguno

en las futuras controversias que pudieran surgir entre adjudicatarios y pretendidos ocupantes", sin que en estas circunstancias exista "justificación alguna para que el Agente del Ministerio Público intervenga en un proceso en que la Nación no tiene que ser parte, precisamente por cuanto dejó de ser titular en el dominio", tesis que es inexacta, pues la presencia del Agente del Ministerio Público la reclama la ley, no solamente en los litigios que se susciten entre colonos que no hayan obtenido título de adjudicación de tierras baldías o entre éstos y extraños, sino entre colonos y adjudicatarios **de las mismas (arts. 78, 79 y 80 del C. F. y 2º de la Ley 45 de 1917), a menos que se trate de ocupantes con posterioridad a la adjudicación de tales terrenos.**

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón.

Se decide el recurso de casación interpuesto por Segismundo Chavarriaga contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 25 de febrero de 1959, en el juicio ordinario seguido por el recurrente contra Miguel Amariles, Octavio Castrillón y Jairo Betancur.

I

ANTECEDENTES

1. En juicio ordinario anterior al presente, mediante libelo calendado el 30 de septiembre de 1955, Segismundo Chavarriaga demandó a Miguel Amariles, Octavio Castrillón y Jairo Betancur, deprecando: 1º Que por sentencia, que cause ejecutoria, se obligue a los demandados a restituír al actor, con los frutos correspondientes, un terreno ubicado en el Municipio de Turbo, delimitado así: 'por el pie u occidente, con la carretera al mar; por el sur, con El Guadualito; por el oriente, con una cordillerita que muere en el expresado río, y por el norte, con predio que fue de Nieves Durán'; 2º que se declare ser los reos poseedores de mala fe y así se les obligue a las prestaciones legales consiguientes, y 3º que, si afrontaren el litigio, se les condene en costas.

Como hechos fundamentales, el actor alegó entonces los siguientes:

1º Que por resolución del Ministerio de Agricultura, número 25 de 29 de enero de 1953, inscrita en el Libro número Primero de la Oficina de Registro de Turbo, el 28 de marzo del mismo año, le fue adjudicado definitivamente al demandante, a título de cultivador, el terreno baldío denominado "El Edén", de extensión aproximada de 200 hectáreas, ubicado en el Municipio de Turbo, Departamento de Antioquia;

2º Que desde entonces, empezó a poseer tal terreno haciendo uso de los derechos que le daba el dominio, pero que, habiendo tenido que trasladarse a Medellín "en el tiempo del cataclismo que azotó al país con el imperio de la chusma", sin abandonar el terreno, puesto que dejó su administración al cuidado de una persona amiga, "se introdujeron a la zona adjudicada los señores Amariles, Castrillón y Betancur, ocupando de hecho una parcela de la zona adjudicada", cuyos límites son los mismos que se citaron atrás;

3º Que, antes de entablar esa acción reivindicatoria, había intentado una posesoria contra los mismos demandados, que no tuvo éxito por falta de prueba, lo que indica "que los demandados ocuparon la zona delimitada antes como poseedores"; y que "Dentro de las normas legales vigentes al tiempo de obtener la adjudicación del Estado, se demostró que en la extensión solicitada no se encontraba más colono establecido que el suscrito, hecho de trascendencia que se acreditó plenamente con la diligencia de inspección ocular. Igualmente, y de ello hay constancia en la providencia de adjudicación, de que no hubo oposición alguna dentro del proceso administrativo";

4º Que, además, lo poseído por los demandados, lo había adquirido el demandante de Modesta Rivas, según escritura número 5 de 29 de enero de 1945, de la Notaría de Turbo.

Y acompañó a tal libelo sendas copias de la resolución número 25 y de la escritura número 5 sobredichas, como también una copia expedida por el Registrador de Turbo, tomada del libro de Inscripción de Documentos Privados, reproductiva del texto de un documento de esta especie, fechado el 15 de abril de 1954, mediante el cual Jairo Betancur y Pastor de J. Guillén dijeron vender a Miguel Amariles y Octavio Castrillón un globo de aberturas y mejoras como de 70 hectáreas, en el paraje "El Tres", con cultivos de plátano, etc., documento con que dijo el actor "se pretende justificar una posesión y un dominio de que carecen (los demandados)

por haber salido esa tierra del poder del Estado''.

Los demandados, en sendas contestaciones, coincidentes en las cuestiones de fondo, replicaron oponiéndose perentoriamente a que se hicieran las declaraciones impetradas por el actor, a quien respectivamente opusieron las siguientes afirmaciones: Betancur dijo que con Pastor Guillén había comenzado a derribar montaña, sembrar pastos y cultivar productos agrícolas, con ánimo de señores y dueños, poseyendo quieta y pacíficamente el lote de terreno limitado por el pie con la carretera al mar, por el otro pie con mejoras de Emeterio Córdoba (a. Pichaca) y Nieves Durán, por un costado con baldíos de la Nación y terrenos cultivados por Marcos Rodríguez, y por el otro costado, río Guadualito de por medio, con mejoras de Ramón Eduardo White; que los mismos Betancur y Guillén entraron como colonos a esta zona, en baldíos de la Nación, desde 1940, en donde permanecieron hasta la época de la violencia en que, por tal causa y por calamidades domésticas, se retiraron de la parcela, cuyas mejoras o lote vendieron más tarde a Miguel Amariles y Octavio Castrillón, con quienes Betancur y Guillén han venido poseyéndolo quieta y pacíficamente, con ánimo de dueños. Amariles y Castrillón manifestaron haber comprado a los mencionados Betancur y Guillén, según documento de 6 de mayo de 1954, las mejoras de pastos y cultivos agrícolas en el baldío circunscrito por los linderos últimamente expresados y que los vendedores venían explotando, en calidad de colonos, desde 1940 hasta cuando se retiraron por causa de la violencia política y calamidades domésticas, pero dejando un encargado o mayordomo a nombre y en representación de ellos; y que, para el caso de establecerse que el terreno en disputa no es baldío, no sean obligados a su restitución ''hasta cuando les sean cubiertas íntegramente todas las mejoras agrícolas como pastos permanentes, cultivos agrícolas permanentes, casa o casas de habitación, cercos, etc., hechos por ellos a sus expensas, de su entera propiedad y de muy buena fe cuando adquirieron...''.

Habiéndose practicado algunas pruebas, el Juez del Circuito clausuró aquel debate con sentencia de fecha 5 de julio de 1956 en que resolvió lo siguiente: ''No se hacen las declaraciones solicitadas por el demandante en su libelo de septiembre 30 de 1955, por cuanto no está en el juicio probado lo que alega. Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, con el objeto de que cancele la inscripción de la demanda. Condénase al demandante en las costas de la instancia''.

Publicada y notificada que fue por edicto esta decisión, y visto el informe del secretario, de no haber sido recurrida tal sentencia, el Juez, mediante auto de 31 de agosto del mismo año, la declaró ''legalmente ejecutoriada''.

II

EL PRESENTE LITIGIO

2. Así las cosas, Segismundo Chavarriaga, mediante demanda de 14 de junio de 1957, movió nuevo juicio contra los mismos Miguel Amariles, Octavio Castrillón y Jairo Betancur, pidiendo se declare:

a) Que es nulo, por haberse faltado a las normas propias de esa clase de juicios, el reivindicatorio reseñado en el capítulo anterior, ''*sobre el mismo bien a que se refiere la demanda de este último juicio,* siendo, por tanto, sin efectos legales, la sentencia dictada en el primero'';

b) Que ''el mismo señor Chavarriaga, como propietario en mayor extensión y que lo comprende, es dueño del lote o porción que ocupan los demandados'', cuyos límites se señalan en el hecho 7º de la demanda;

c) Que sobre el mismo lote ''se ha cumplido, además, por parte del nombrado señor Chavarriaga y a su favor y en contra de los nombrados demandados, prescripción adquisitiva de dominio conforme a lo prescrito por el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, por haberlo poseído durante el tiempo y bajo las condiciones que esa disposición legal exige'';

d) Que, una vez ejecutoriada la sentencia que se impetra, ''los demandados señores Amariles, Castrillón y Betancur están obligados a restituír al señor Chavarriaga, el lote o porción de terreno de que se trata y que *aquéllos están poseyendo*'';

e) Que ''los demandados son poseedores de mala fe y como tales no gozan de derecho al pago de las mejoras que hayan implantado desde que empezaron su ocupación en 1954'' y deben al demandante ''no sólo los frutos percibidos, sino los que éste, con mediana inteligencia y cuidado, hubiese obtenido, si el inmueble hubiese estado en su poder''. Pero que, en el evento de que fuesen considerados como de buena fe, las declaraciones de que trata este punto se hagan sólo a partir de la notificación de la demanda; y

f) Que, si hicieren oposición, se les condene en costas.

Apoya esta nueva acción en una serie de hechos, cuyo extracto en lo sustancial es el siguiente:

1º Ser Chavarriaga adjudicatario del terreno baldío denominado "El Edén", de extensión aproximada de 200 hectáreas, ubicado en el Municipio de Turbo, en virtud de la resolución del Ministerio de Agricultura número 25 de 29 de enero de 1953;

2º Haber integrado Chavarriaga el predio objeto de tal adjudicación, mediante compras sucesivas que, con anterioridad a la misma, hizo de sus respectivas parcelas, a distintos colonos y, además, con diversos actos de explotación económica, expresivos de posesión material;

3º Que una de esas compras parciales fue la que hizo a la señora Modesta Rivas, mediante la escritura número 5 de 29 de enero de 1945, de la Notaría de Turbo, relativa a las mejoras existentes en un lote de terreno situado en el paraje "El Tres" o "La Estación Campamento El Tres" en el Municipio de Turbo, sobre el cual Chavarriaga, sin reconocer dominio ajeno, sembró maíz y posteriormente pasto "Yaraguá Uribe", en gran parte de su extensión, hasta que se presentó la perturbación de que habla en seguida, o sea que lo explotó en forma pública y notoria, continuamente unos ocho años (hechos 3º, 4º, 5º y 6º);

4º Haber ocurrido que "en el año de 1954, los señores Jairo Betancur y Pastor Guillén, diciéndose dueños, se introdujeron a una porción del lote "El Edén", adjudicado a mí como se dijo, procediendo a instalar casa pajiza de habitación, realizar rocerías y siembras agrícolas y de pastos, colocación de cercos, etc., comprendiendo aproximadamente cincuenta hectáreas, que se alinderan así: Por el pie con la carretera al mar; por la cabecera, siguiendo la dirección de una 'cordillerita' que baja al río Guadualito, con ocupación como colono o mejoras de Nieves Durán; por un costado con otra ocupación o mejoras, que fueron del mismo Durán, hoy de don Rafael Bolívar; y por el otro costado, río Guadualito de por medio, con mejoras de Ramón Eduardo White" (hecho 7º);

5º Que pocos días después Betancur y Guillén, por medio de un documento privado, dijeron vender ese "globo de aberturas y mejoras", atribuyéndole setenta hectáreas de cabida, a Miguel Amariles y Octavio Castrillón, quienes continuaron la posesión material de sus causantes, permaneciendo allí con ellos Betancur (hecho 8º);

6º Que éste derivaba su pretendido derecho, en el que incorporó a Guillén, dizque por haberlo negociado verbalmente en el año de 1942, con la ocupante como colono señora Rivas y haber permanecido un breve espacio de tiempo poseyéndolo; pero que la dicha señora, por no haberle sido cubierto su precio, desconoció tal negociación, volviendo a celebrarla con Chavarriaga (hecho 9º);

7º Que, no habiendo adquirido Betancur por escritura pública las mejoras de la señora Rivas, al invadir nuevamente el terreno en asocio de Guillén, lo hizo sin título alguno; y que, aún habiéndolo obtenido, lo habría perdido por el abandono, adquiriéndolo en cambio Chavarriaga por posesión material, mediante explotación económica y sin reconocer dominio ajeno, posesión no interrumpida, durante más de cinco años a partir de 1945 (hecho 10);

8º Que consecuencialmente Amariles y Castrillón ningún derecho pudieron adquirir de Betancur y Guillén, quienes tampoco les otorgaron escritura pública (hecho 11);

9º Que la publicidad y notoriedad del derecho de dominio de Chavarriaga hace que los demandados tengan el carácter de poseedores de mala fe (hecho 12);

10. Que "Ante ese Juzgado, por demanda de fecha septiembre 30 de 1955, inicié y seguí juicio reivindicatorio, contra los señores Miguel Amariles, Octavio Castrillón y Jairo Betancur, en su condición de poseedores de la mencionada porción de terreno y mejoras, el cual juicio se decidió por sentencia, que no fue recurrida, de data julio 5 de 1956" (hecho 13);

11. "Pero acaece que el juicio expresado careció de todo valor legal por no haberse hecho con intervención del señor Agente del Ministerio Público, como lo manda el Código Fiscal y la Constitución Nacional, conforme a los cuales nadie puede ser vencido en juicio sino conforme a las normas propias de éste" (hecho 14), y

12. Que "*La invalidez o nulidad de ese juicio, permite renovarlo por el presente,* donde no sólo se ha de solicitar la declaratoria en tal sentido del primero, sino las pertinentes a la reivindicación, o sea, mis derechos de dominio, frente a cualquiera que alegasen los demandados; la obligación de restituírme el inmueble que ocupan; su condición legal y no pago de mejoras a los mismos, como lo relativo a prestación por frutos" (hecho 15).

Finalmente, invoca en DERECHO los artículos 22 de la Carta, 80 del Código Fiscal, 657, 947, 950, 952, 961, 964 y 1857, inciso 2º, del Código Civil, 12 y 22 in fine de la Ley 200 de 1936 y 209 del Código Judicial.

De los demandados, guardó silencio Castrillón. Amariles y Betancur contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas por el actor, y al efecto negaron la mayor parte de los hechos; dijeron no constarles otros; solamente aceptaron como ciertos el octavo, relativo a la compra que del "globo de aberturas y mejoras" de que allí se trata hicieron, mediante documento privado, Amariles y Castrillón a Betancur y Guillén, continuadores entonces de la posesión material de sus causantes, y el décimotercero, o sea el consistente en haber antes Chavarriaga entablado contra los mismos demandados de ahora juicio reivindicatorio, en el que aquél fue vencido por medio de sentencia no recurrida; y propusieron las excepciones de COSA JUZGADA, inepta demanda y la genérica.

El Juez del Circuito falló declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada y negando, en consecuencia, las peticiones del actor, a quien condenó en costas.

Por apelación de éste, surtióse la segunda instancia, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior, de fecha 25 de febrero de 1959, por la cual se "CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES" el pronunciamiento del inferior, con costas a cargo del apelante.

Interpuesto el recurso de casación por la parte vencida, entra la Corte a ocuparse del mismo.

III

LA SENTENCIA IMPUGNADA

3. Las razones que sirven de fundamento a la decisión del Tribunal pueden sintetizarse así: que, en armonía con lo dispuesto en los artículos 79 y 80 del Código Fiscal, "la presencia del Agente del Ministerio Público tiene lugar únicamente en las controversias suscitadas entre personas ocupantes o colonos que aún carecen de título emanado del Estado y precisamente por su carácter de meros tenedores u ocupantes, hace que el mismo Estado principal interesado y dueño de esas tierras a virtud del artículo 675 del C. C. tenga que intervenir en defensa de sus intereses"; pero que, cuando el Estado ejecuta un acto de adjudicación de baldíos en favor de un particular, al desprenderse de su dominio, "queda sin interés alguno en las futuras controversias que puedan surgir entre adjudicatarios y pretendidos ocupantes"; que, en el caso de autos, en que el terreno de que se trata, que era baldío, salió del patrimonio del Estado para radicarse en cabeza del demandante Chavarriaga, según el título presentado por éste, "no puede hablarse de ocupantes o colonos de terrenos baldíos, pues el carácter del inmueble objeto de este juicio, está indicando que el Agente del Ministerio Público nada tiene que ver y por lo tanto su presencia sobra"; que, "aún suponiendo que el juicio anterior de cuya nulidad se trata adoleciera efectivamente de este defecto, tampoco sería de recibo la demanda toda vez que en armonía con el artículo 457 del C. J., ésta compete proponerla exclusivamente al Agente del Ministerio Público y nada más, pues la ley no hace excepciones como pretende el apelante..."; y que "como se trata de una acción ya definida mediante sentencia firme, ya que sobre la identidad de partes, objeto y acción no existe la menor duda, una nueva decisión resultaría nula como así lo considera el artículo 473 del C. J. La configuración de la cosa juzgada aparece de bulto y por lo mismo lo que fue denegado por sentencia firme no se puede hacer valer de nuevo".

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

4. Cuatro cargos propone el recurrente en el ámbito de la causal primera de casación, que habrán de ordenarse, apareando, para considerarlos conjuntamente, los que se informan de una misma materia y tienen identidad argumental.

5. *Cargo primero.* Formulado por "error de derecho, proveniente de apreciación errónea de prueba decisiva del debate y por falta de apreciación de otras de igual significación, que dio lugar a declarar la existencia de cosa juzgada respecto a la materia de este nuevo juicio y a no aceptar la reivindicación propuesta y las demás súplicas de la demanda, incurriendo en infracción indirecta de la ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 473 y 474 del C. de P. C. y por falta de aplicación de lo establecido por los artículos 669, 947, 950, 952, 961 y 964 del C. C., que sin tales errores la decisión hubiese sido aceptando la aludida reivindicación".

La argumentación desplegada por el impugnante a intento de sustentar el cargo, se resume así:

a) Que Chavarriaga, en el primer juicio, en que obró como adjudicatario del terreno baldío denominado El Edén, con base en la Resolución del Ministerio de Agricultura número 25 de 29 de enero de 1953, demandó a Miguel Amariles, Octavio Castrillón y Jairo Betancur "como colonos o individuos que ocuparon ese terreno cuando era baldío", contemplándolos en esta calidad *"por haber estado en el terreno antes de su adjudicación";* que, siendo ello así, a ese primer juicio, trabado entre el adjudicatario de un baldío y unos colonos, tenía que ser citado el Agente del Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto por los artículos 80 del Código Fiscal y 2º de la Ley 45 de 1917, los que, en razón de su propio ordenamiento, son normas de orden público; que, según el artículo 22 de la Constitución, nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, no siendo, por lo tanto, posible "eludir una forma de juicio privativa señalada por la ley sin caer en la acción de nulidad", cual lo enseña la jurisprudencia; y que, como el Agente del Ministerio Público no fue citado a ese proceso, el Tribunal, al darle validez al mismo y a la sentencia dictada en él, con apoyo en la tesis de no ser necesaria la intervención de aquel Agente por haber dejado el terreno de ser baldío y perdido el Estado su interés en él, quebrantó en primer término los citados artículos 80 del Código Fiscal y 2º de la Ley 45 de 1917 y, a través de esta infracción, violó "la ley sustantiva o sea los artículos 22 de la Carta y 473 y 474 del C. de P. C., dando la fuerza de cosa juzgada a la sentencia memorada, con sus consiguientes efectos, que de no haber incurrido en ese error tal sentencia no hubiese tenido mérito alguno y hubiese prosperado la acción reivindicatoria propuesta".

b) Que *"El Tribunal dejó de apreciar las pruebas aportadas para fundar la acción reivindicatoria, por error de derecho, comentado antes,* violando indirectamente, por falta de aplicación los artículos 946, 947, 950, 961 y 964 del C. C. que fundan tal acción y sus resultados y que, de haberlos aplicado al caso del pleito, la sentencia hubiese sido favorable a Chavarriaga". Para explicar este extremo de la censura, alega que, en este nuevo juicio, el demandante acreditó los elementos de la acción reivindicatoria, así: su derecho de dominio, no sólo con la escritura número 5 de 29 de enero de 1945, de la Notaría de Turbo, sobre compra de unas mejoras, sino con la Resolución del Ministerio de Agricultura número 25 de 29 de enero de 1953, por la cual se le adjudicó el baldío de "El Edén", que comprende la porción donde tales mejoras se encuentran; la identidad del terreno, objeto de la acción, con la "diligencia pericial" verificada en el juicio y con los dictámenes de los peritos Rafael Neira Porto y Jesús Cardona; y la actual posesión de la parte demandada, con los testimonios de Francisco Berrío, Marcos Rodríguez Calle, Juan Góez Bedoya y Norberto Vásquez. A lo que —dice— se agrega el que los demandados no exhibieron ningún título, ni alegaron en su favor prescripción adquisitiva alguna, y sin que las pruebas existentes en el expediente acrediten que "en el momento de la adjudicación a Chavarriaga los demandados tuviesen derecho alguno, desprendido de su antigua calidad de colonos, en porción de terreno comprendido dentro del título". Por todo lo cual, concluye que al desconocer el sentenciador la plena prueba que respalda la acción "violó, por falta de aplicación, las disposiciones sustantivas citadas al principio".

Cargo segundo. (tercero de la demanda de casación). Se propone diciendo que "Hubo, también error manifiesto de hecho, por parte del honorable Tribunal en encontrar acreditada la existencia de un juicio anterior con sentencia firme y efectos de cosa juzgada en unas probanzas que no establecían sino una actuación judicial sin validez y en hacer caso omiso de las demás probanzas que fundaban la acción reivindicatoria del demandante, aplicando indebidamente los artículos 473 y 474 del C. C. y dejando de aplicar los artículos 669, 947, 950, 952, 961 y 964 del mismo Estatuto, que de haber aplicado estas normas legales la sentencia hubiese aceptado lo pedido en la demanda".

En su desarrollo, alega el recurrente que "Muestra un error de hecho manifiesto en los autos, ver la existencia de un juicio anterior debidamente tramitado cuando en él se omitió citar y tener como parte al señor Agente del Ministerio Público respectivo, cuando la forma propia de este juicio lo requiere, según los artículos 2º de la Ley 45 de 1917 y artículo 80 C. F. Por tanto, la sentencia recaída en aquél no puede gozar de las condiciones y efectos de que tratan los artículos 473 y 474 del C. C."; y que trascendió ese error a que el Tribunal dejase de apreciar las pruebas referidas en la exposición del cargo primero, demostrativas de los elementos estructurales de la acción reivindicatoria impetrada, por lo cual "violó indirectamente las disposiciones sustantivas sobre dominio y acción reivindicatoria citadas al empezar a tratar sobre este error de hecho, trayendo como consecuencia la no aceptación de lo pedido

en la demanda, que sin ese error hubiese prosperado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6. Bien se ve que la generatriz de toda la censura contenida en los dos cargos que se acaban de exponer consiste en que el Tribunal dio por válida, con fuerza de cosa juzgada, la sentencia dictada en un juicio que se supone nulo, por no haber sido citado a él el Ministerio Público.

Y a este propósito se ensayan contra la estimación que de tal sentencia hizo el juzgador, dos reparos: uno por error de derecho y otro por error de hecho, fundados ambos en un mismo argumento. Lo cual, aparte de no ser en principio razonable, resulta aquí desatinado en lo que mira al pretendido error de hecho, que no lo demuestra el impugnante, ni demostrarlo podría, pues en ningún paso del fallo recurrido dijo el Tribunal que, al juicio de cuya nulidad se trata, hubiera sido llamado el Agente del Ministerio Público, en lo que consistiría ciertamente el error de hecho, sino que, por el contrario, el sentenciador, sobre la exacta realidad que él admite, de no haberse citado allí a tal funcionario, concluye que esa formalidad no se requería en el caso y que por ello aquel juicio es válido y, consecuencialmente, eficaz, con fuerza de cosa juzgada, la sentencia en él proferida.

Así, pues, el estudio que de la propuesta censura ha de hacer la Sala, queda circunscrito a la órbita del error de derecho, en la cual se imponen las consideraciones siguientes:

7. Habiendo dispuesto el artículo 79 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), que las controversias entre colonos y adjudicatarios de baldíos se deciden judicialmente por la vía ordinaria, y el 80 ibídem que en tales juicios, "en que sean parte cultivadores o colonos, que no hayan obtenido título de adjudicación, se debe citar y tener como parte al respectivo Agente del Ministerio Público", vino luego el artículo 2º de la Ley 45 de 1917 a insistir sobre esta última formalidad, ordenando que "En los juicios o controversias que se promuevan o susciten entre los individuos colonos y adjudicatarios de tierras baldías", deberán observarse, además de las prescripciones que él determina en pro de los cultivadores establecidos con casa y labranza, considerados como poseedores de buena fe, "las disposiciones que sobre procedimiento e intervención del Ministerio Público establecen los artículos 79 y 80 de la Ley 110 de 1912".

La recta aplicación de esta norma a los juicios entre adjudicatarios y cultivadores o colonos de baldíos, como es el caso contemplado en el presente debate, impone precisar primeramente cuál sea el interés que quiso proteger el legislador con la formalidad del apersonamiento del Ministerio Público en los procesos de esta especie:

Lo primero que ocurre pensar es que, si por virtud de la adjudicación el Estado se desprendió del dominio de un terreno baldío, las subsiguientes controversias que puedan surgir entre el adjudicatario y los colonos o cultivadores del mismo, no afectan ya el patrimonio fiscal, de por sí ajeno a los intereses de carácter particular ahora en conflicto. Por lo cual, no puede decirse que sea el interés del Estado lo que requiere el llamamiento de la Agencia Pública a los juicios de que se trata.

Ni cabe afirmar que lo sea el interés del adjudicatario, pues el título de dominio privado de que en virtud de la adjudicación ha quedado investido, le otorga los atributos indispensables para proceder por sí mismo a la defensa de sus derechos, sin que requiera la tutela particular del Estado, a quien la ley exime de toda carga al respecto, cuando en el artículo 47 del Código de la materia preceptúa que "el Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica, y por consiguiente no está sujeto al saneamiento de la propiedad que transfiere en las adjudicaciones"; que "tampoco está obligado al saneamiento, si el terreno baldío estuviere destinado a un uso público, u ocupado por cultivadores o colonos"; que "las inexactitudes contenidas en las peticiones hechas por los interesados, para la adjudicación de baldíos, y las que se contengan en los planos que se levanten, en vista de esas peticiones, sólo perjudican a los peticionarios y a sus causahabientes"; y que "la adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, y deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos".

Entonces, hay que concluír que la intervención del Ministerio Público en esta clase de contiendas, se encuentra imperada por el interés de los cultivadores o colonos, considerados como la parte jurídicamente débil frente al adjudicatario. Es claro que tal ordenamiento no toca con los cultivadores o colonos que hayan venido a instalarse con posterioridad a la adjudicación del baldío, pues entonces los conflictos que de tal ocupación resulten habrán de desatarse a la luz de las normas ordinarias que regulan las relaciones de derecho privado en cuestiones de dominio, posesión y tenencia. Pero los cultivado-

res o colonos que entraron a establecerse en el baldío con anterioridad a la adjudicación que del mismo hace luego el Estado a un tercero, y que por lo tanto quedarían perjudicados con esa adjudicación, si por la ley no se estableciesen las cautelas pertinentes, son los sujetos de derecho a cuyo favor ha de entenderse establecida la intervención del Ministerio Público en los juicios que surjan entre ellos y el adjudicatario del terreno.

Por lo cual pudo decir la Corte, en proveído de la Sala de Negocios Generales, de 28 de mayo de 1926, que "si se reflexiona detenidamente en el objeto de la intervención de los Agentes del Ministerio Público en estos litigios, se advierte sin dificultad que ella tiene en mira la protección de los cultivadores o colonos, y no la representación jurídica de la Nación, una vez que en los juicios en que no figuran tales cultivadores o colonos, como son los que se siguen con los poseedores de títulos de baldíos que pretenden adjudicación de tierras a cambio o en pago de tales títulos, no intervienen los Agentes del Ministerio Público" (XXXII, 1689-1690, páginas 373 y 374). Y el criterio que inspiró tal doctrina es el mismo que prevalece en las providencias de la propia Sala, de fechas 17 de noviembre de 1927 (XXXV, 1803, página 120) y 16 de octubre de 1937 (XLV, 1930, páginas 871 a 873).

8. Con lo expuesto, queda rectificada la tesis del Tribunal, de que "la presencia del Agente del Ministerio Público tiene lugar únicamente en las controversias suscitadas entre personas ocupantes o colonos que aún carecen de título emanado del Estado", pero que una vez adjudicado un baldío, la Nación "queda sin interés alguno en las futuras controversias que pudieran surgir entre adjudicatarios y pretendidos ocupantes", sin que en estas circunstancias exista "justificación alguna para que el Agente del Ministerio Público intervenga en un proceso en que la Nación no tiene que ser parte, precisamente por cuanto dejó de ser titular en el dominio", tesis que es inexacta, pues la presencia del Agente del Ministerio Público la reclama la ley, no solamente en los litigios que se susciten entre colonos que no hayan obtenido título de adjudicación de tierras baldías o entre éstos y extraños, sino entre colonos y *adjudicatarios* de las mismas (artículos 78, 79 y 80 del C. F. y 2º de la Ley 45 de 1917), a menos que se trate de ocupantes con posterioridad a la adjudicación de tales terrenos.

9. En el caso del pleito, se observa que, cuando en el primer juicio, cuya nulidad se ha pretendido deducir en el presente, los demandados contradijeron la demanda afirmando haber entrado Jairo Betancur y Pastor Guillén a explotar como colonos el terreno del litigio, desde el año de 1940, y de cuya posesión, así iniciada con anterioridad a la adjudicación que del predio obtuvo el demandante Chavarriaga, vinieron a hacerse adquirentes y continuadores Miguel Amariles y Octavio Castrillón, una vez producida tal contestación debió ser citado a esa controversia el Ministerio Público, a mérito de lo preceptuado en los referidos artículos 80 del Código Fiscal y 2º de la Ley 45 de 1917.

Si la sentencia hubiera sido adversa a los demandados colonos, serían éstos, en cuya pro venía establecido el requisito de la intervención del Ministerio Público, o el propio Agente de este resorte por aquéllos, quienes hubieran podido demandar la nulidad del juicio por falta de esa formalidad, a semejanza de lo que en el campo de los contratos ocurre en materia de nulidad relativa, que no puede ser alegada por cualquiera de las partes, sino únicamente por aquella en cuyo favor establece la ley la anulabilidad del negocio a fuer de medida de protección. Criterio éste en que se inspira ciertamente la norma del artículo 457 del Código Judicial sobre nulidad por defecto de audiencia o representación en procesos fenecidos, cuando dispone que es "la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio", quien "puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

Pero, habiendo sido absolutorio a plenitud, de los demandados colonos, el pronunciamiento, resultado equipolente del que hubiera rendido una defensa cabal de sus derechos por el Ministerio Público, no es el demandante vencido quien puede, mediante una acción de nulidad como la aducida en la presente litis, desviar contra aquéllos la medida de protección a favor de los mismos establecida por la ley, para apropiársela el actor, cuando con éste no toca tal beneficio.

La absoluta carencia de interés jurídico de la parte demandada en la anulación del primer juicio por el motivo cuestionado, hace que la sentencia proferida en él tenga la *fuerza de cosa juzgada,* que, invocada por los demandados en este nuevo pleito, reconoció el Tribunal en el fallo objeto del recurso extraordinario, sin que contra tal apreciación se haya hecho ante la Corte ningún ataque distinto del consistente en la pretendida y no hallada nulidad de aquel

juicio. Por lo mismo, el reconocimiento no desvirtuado de la cosa juzgada impedía al sentenciador, en este segundo litigio, acoger la acción desestimada en el primero.

Los razonamientos que preceden bastan a demostrar que el fallo recurrido no viola los preceptos de la Carta y de las leyes fiscal, procesal y civil señalados por la censura como infringidos.

10. *Cargos Tercero y Cuarto*.(respectivamente último y antepenúltimo de la demanda de casación). Partiendo de un pretendido error de hecho que se dice manifiesto, pero que el recurrente no concreta, al contemplar, ya la escritura número 5 de 29 de enero de 1945 de la Notaría de Turbo, por la cual Segismundo Chavarriaga compró unas mejoras a Modesta Rivas, ya la resolución de adjudicación del baldío "El Edén" al mismo Chavarriaga, se pretende por el último de los cargos del recurso imputar al sentenciador la violación de los artículos 946, 947, 951, 961 y 964 del Código Civil; y en el antepenúltimo se le imputa la violación directa por falta de aplicación de los artículos 762, 764, 946, 951, 961 y 964 de la misma obra. Todo, porque, según el recurrente, siendo legalmente hábil, bien el título consistente en la escritura número 5 de 29 de enero de 1945 sobre compra de unas mejoras, bien el de adjudicación que sobrevino más tarde, para fundar la posesión regular iniciada desde aquel año por el actor, "al entrometerse allí los demandados, hicieron perder la posesión regular a Chavarriaga, quien podía ganar el dominio por prescripción y, como el artículo 951 del C. C., en estos casos, autoriza la acción reivindicatoria con sus consecuencias legales, para mí, pudo aceptarse ésta... por lo cual, pese a que no se fundó la acción en esa disposición legal, creo pudo admitirse desde que fuesen probados esos hechos...", resultando así, como síntesis de estos reparos, que el juzgador quebrantó el artículo 951 del Código Civil que concede la acción reivindicatoria, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, dejando de aplicar éste y demás preceptos civiles reguladores de la materia, atrás citados.

SE CONSIDERA:

11. Aparte de que el aspecto bajo el cual se ofrecen estos cargos no los pondría por fuera del alcance de la cosa juzgada, como que los elementos de la cuestión que ellos contemplan, comprendidos quedaron en la materia del primer pleito, lo que sería suficiente para desecharlos, aunque así no fuera tampoco podrían ser atendidos.

Porque, como lo presiente el impugnante, si se mira el paso de su demanda arriba transcrito, estos cargos están por fuera del ámbito de la acción reivindicatoria en el debate propuesta. Ciertamente en este nuevo litigio se intentó la acción de dominio de que trata el artículo 946 del Código Civil; pero no la restitutoria de posesión, llamada "publiciana", a que se refiere el artículo 951 *ibídem*, que es distinta de la primera.

Como lo dijo la Corte en casación de 2 de diciembre de 1954, "Aun cuando ambas acciones persiguen el mismo objeto, la una exige en el actor la calidad de dueño, mientras que la otra sólo requiere su condición de poseedor regular. Hay, pues, en cuanto a la *legitimatio ad causam activa* —presupuesto de la acción—, fundamental diferencia entre las dos. Y por ende la *causa petendi* es distinta según se ejercite una u otra... Precisadas las diferencias de las dos acciones, conviene advertir que ellas no pueden ejercitarse conjuntamente sino en forma subsidiaria o condicional, pues no se concibe que el actor afirme al mismo tiempo su carácter de dueño del inmueble reivindicado, y su condición de poseedor regular en vía de ganarlo por usucapión" (LXXIX, 2149, páginas 203 y 204).

Doctrina ésta que, reiterada por la Corte en sentencia de 16 de julio de 1955, permitiole sentar allí lo que ahora se predica aquí, es a saber: "... no se alcanza a ver cómo el recurrente en casación pretenda modificar la relación jurídico-procesal para hacerla desviar sobre un aspecto esencialmente distinto como es el que pretende al atacar la sentencia por violación del artículo 951 del C. C. Con efecto: los dos preceptos sustantivos contenidos en los artículos 950 y 951 consagran el ejercicio de acciones cuya naturaleza no se puede confundir; la una, acción simple y ordinaria de dominio que es la que tiene el dueño de una cosa singular, individualizada para que el poseedor demandado se la restituya; la otra, que es la clásica acción publiciana del derecho romano, se otorga a quien, aunque no pruebe el dominio, ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Estas acciones se diferencian no sólo por el contenido que debe informar las súplicas a la jurisdicción sino por los fundamentos de hecho que las configuran" (LXXX, 2155, página 705).

En suma: No habiéndose deducido en este litigio la acción publiciana de que trata el artículo 951 del Código Civil, los cargos que ahora se pretende sustentar en ella mal podrían abrirse paso en casación.

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 veinticinco (25) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VALOR LEGAL DE LA PROMESA DE CONTRATO

Cuando versa sobre la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, este se debe determinar por los linderos que lo distingan de cualquiera otro. Condiciones de la tacha por error de derecho. Estipulación por otro en promesa de contrato. La promesa de contrato en que se omita alguno de los requisitos esenciales para su existencia, es nula de nulidad absoluta.

1. La validez o eficacia de una promesa de contrato, en los términos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuera de la solemnidad de constar por escrito, exige, entre otros requisitos, que el contrato prometido se determine de tal suerte "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado esta norma, en el sentido de que, cuando la promesa versa sobre la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, este se debe determinar o especificar por los linderos que lo distingan de cualquiera otro, y cuando se refiere a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse este en la misma forma, es decir, por su alinderación.

La razón de esta doctrina estriba en que el artículo 2594 del C. C. ordena que en los instrumentos que se otorguen ante Notario referentes a inmuebles, "se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos", y el 15 de la Ley 40 de 1932, reza: "En las inscripciones de los actos o contratos referentes a inmuebles, se copiarán íntegra y textualmente las alinderaciones, cabida, ubicación precisa... y en los certificados sobre tradición y libertad se suscribirán literalmente las mismas alinderaciones, nombres, etc., sin que en esta materia se puedan hacer cambios, supresiones o adiciones".

La doctrina de la Corte ha sido constante al respecto. (Casación de 12 de agosto de 1925, T. XXXI, pág. 306. Casación de 19 de junio de 1950, T. LXVII, pág. 391).

Si, según los preceptos citados, los inmuebles deben determinarse por sus linderos todos, faltando el correspondiente a cualquiera de sus lados, no se puede concluír que se halle individualizado o especificado.

2. Dada la naturaleza excepcional del recurso de casación, es necesario que la tacha por error de derecho se presente de conformidad con el artículo 520, ordinal 1º del Código Judicial demostrando haberse incurrido en dicho error, para lo cual se requiere, cumpliendo lo preceptuado por el artículo 531 ibídem, que el recurrente cite tanto los textos sustanciales indirectamente infringidos, como los que dentro de la tarifa fijan el mérito de la prueba erróneamente estimada.

3. El artículo 1507 del Código Civil autoriza en los actos y declaraciones de voluntad de quien no es representante de una tercera persona comprometerse a que por esta ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, es decir, cualquiera de los tres objetos que pueden tener los contratos al tenor de los artículos 1495 y 1517 del Código Civil.

La promesa de vender un inmueble genera una obligación de hacer, que consiste en otorgar la escritura mediante la cual se perfecciona la venta.

Dentro de la libertad contractual que inspira el Código Civil y teniendo en cuenta la regla general sobre el objeto de los contratos, no hay ninguna norma que prohiba la estipulación por otro en las promesas de celebrar una convención. Al contrario, es en estas donde tiene mayor cabida tal estipulación. No se ve la razón del fallador para afirmar la tesis contraria. Pues de acuerdo con el artículo 1507, si la tercera persona cuyo hecho se promete, ratifica el acuerdo, queda vinculada a la promesa desde la fecha

del pacto entre el estipulante y el prometiente. Si no la ratifica, el estipulante tiene acción de perjuicios contra el prometiente por incumplimiento de su obligación de que la tercera persona perfeccionaría el contrato.

No existe disposición alguna que autorice al fallador para afirmar que por no haberlo ratificado la persona por quien se estipuló, el precontrato no es válido. Tal aserto podría tener ocurrencia cuando el hecho ajeno depende de la persona o de las personas que no ratifican la promesa, porque entonces no existiría el acuerdo de voluntades en que ésta consiste.

4. En cuanto a la nulidad o inexistencia de la promesa por no llenar la circunstancia de haberse determinado completamente el contrato de venta futura, ha de recordarse que la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar este problema jurídico y aceptar que se da la diferencia entre actos absolutamente nulos y actos inexistentes, pero que el Código Colombiano, por la misma razón del Chileno, comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos o actos jurídicos inexistentes, con fundamento en que, si estos se caracterizan en que no se constituyeron por faltarles un elemento esencial, el artículo 1741 del Código Civil sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en que se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ellos en consideración a su naturaleza, no a la calidad o estado de las personas.

En sentencia de 19 de junio de 1959, insiste la Corte sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta (T. 66, pág. 351).

Y en fallo de 13 de diciembre de 1954, a propósito de promesa, dijo que aquélla en que se haya omitido alguno de los requisitos esenciales para su existencia, es nula de nulidad absoluta. Y que "los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para la validez de la promesa de venta son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto, aceptado en nuestro derecho excepcionalmente como forma contractual ajustada a ciertas restricciones que garantizan la seriedad de las promesas y la constancia cierta de los compromisos contraídos (T. 79, pág. 245).

La Corte reitera la doctrina anterior, y observa que sólo mediante la declaración de nulidad en casos como el que se desata, cuando el contrato que se dice inexistente ha tenido comienzos de ejecución, es posible decretar las restituciones del caso, u ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior, para evitar el litigio posterior a que daría lugar el reconocimiento de inexistencia del acto o contrato y la consiguiente abstención de cualquiera declaración condenatoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., agosto veinticuatro (24) de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Iván Rstrepo Angulo demandó en vía ordinaria ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín a María Teresa Ochoa viuda de Medina, María Dolores Medina de Medina, Matilde, Manuel, Eliseo, David y Hernando Medina Ochoa, con el fin de obtener los siguientes pronunciamientos:

"Primera. Que queda resuelto, en virtud de la condición resolutoria tácita, el contrato de promesa de venta contenido en el documento privado del 21 de agosto de 1955 por medio del cual los demandados prometieron vender a Iván Restrepo Angulo por la suma de trescientos mil pesos M. L. C. ($ 300.000.00) cien mil (100.000) varas cuadradas del inmueble determinado en el hecho primero de la demanda".

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior quedan extinguidas las obligaciones que como promitente comprador contrajo el señor Iván Restrepo Angulo por razón de la promesa de venta especificada en la presente súplica".

"Tercera. Que deben reponerse las cosas al estado que tenían antes de la celebración de la expresada promesa de compraventa, y por tanto, como efecto de la terminación del vínculo contractual, los demandados, solidariamente, están en la obligación de restituír 'al mismo Restrepo Angulo la suma de cincuenta mil pesos M. L. C. ($ 50.000.00) pagada por éste' en abono del precio de trescientos mil ($ 300.000.00), y los intereses de la primera cantidad, a partir del 21 de agosto de 1953 hasta cuando se verifique el pago".

"Cuarta. Que, de igual manera, los demandados se encuentran en la obligación solidaria de restituír a mi poderdante las sumas de mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) y cinco mil pesos ($ 5.000.00) que recibieron en pago de intereses, la primera el 2 de abril de 1954, y la segunda, el 2 de septiembre del mismo año, con los réditos legales de las expresadas cantidades hasta cuando se realice el pago".

"Quinta. Que los demandados están asimismo obligados solidariamente a pagarle a Res-

trepo Angulo la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) 'que se estipuló como pena en la promesa de compraventa por el simple retardo en el cumplimiento del contrato y los intereses legales de esta cantidad desde el 22 de noviembre de 1953 hasta que se efectúe el pago'.''

''Sexta. Que los demandados deben indemnizar a mi poderdante los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato, tanto por concepto de lucro cesante, como de daño emergente, perjuicios que estimo en la suma de cincuenta mil pesos M. L. C. ($ 50.000.00) o la que fijen peritos designados en la forma legal''.

''En subsidio de las peticiones tercera, cuarta, quinta y sexta de esta demanda, solicito que los demandados sean condenados al pago de la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) M. L. C. con sus intereses legales, de las partidas de mil setecientos cincuenta ($ 1.750.00) y cinco mil pesos M. L. C. ($ 5.000.00) con los réditos legales, de la pena de treinta mil pesos M. L. C. ($ 30.000.00) de los perjuicios por lucro cesante y daño emergente en las siguientes proporciones: la mitad, la cónyuge sobreviviente, señora María Teresa Ochoa de Medina, y la otra mitad, divisible a prorrata, entre los demandados María Dolores Medina de M., Manuel, Matilde, Eliseo, David y Hernando Medina Ochoa''.

En subsidio de las anteriores peticiones principales y subordinadas, solicita se hagan las siguientes:

A) Que los demandados infringieron la obligación de hacer contraída en el precontrato de que da cuenta el documento privado de 21 de agosto de 1953, consistente en el otorgamiento de la escritura que debía extenderse en la Notaría Tercera del Circuito de Medellín, a más tardar el día 21 de noviembre del mismo año, para transferir a Iván Restrepo Angulo ''el dominio de las cien mil varas cuadradas comprendidas en el inmueble determinado en el hecho primero de este libelo, y que por cuanto aquellos quedaron constituídos en mora de cumplir tal prestación, son responsables solidariamente de los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato, por razón del lucro cesante y daño emergente''.

B) Que como parte de los perjuicios provenientes del incumplimiento de la obligación de hacer, por concepto de daño emergente, los demandados están en la obligación solidaria de restituír o pagar las siguientes sumas: La de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) con sus intereses legales a partir del 21 de agosto de 1953; la de mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) con sus réditos legales desde el 2 de abril de 1954, y la de cinco mil pesos ($ 5.000.00) con sus intereses legales desde el 2 de septiembre de este último año, hasta cuando se efectúe el pago de las tres sumas expresadas.

C) Que asimismo son responsables solidariamente los demandados de la otra parte de los perjuicios, por razón de daño emergente, y de la totalidad de ellos, por lucro cesante, y en consecuencia, deben ser condenados al pago de dicha indemnización, la que estimo en su totalidad en la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) o en el valor que le fijen los peritos designados en forma legal dentro del juicio''.

D) Que también deben pagar los demandados solidariamente la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) y sus intereses legales a partir del 22 de noviembre de 1953 hasta cuando se verifique el pago, al actor, cantidad estipulada como pena por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la promesa.

Subsidiariamente, en reemplazo de la parte final de las peticiones A), B), C) y D) solicita que se condene a los demandados a restituírle al demandante los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante, las cantidades de mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) y cinco mil pesos ($ 5.000.00) y treinta mil pesos ($ 30.000.00), estipulados como pena, ''todos con los intereses legales, en la forma atrás indicada, en la siguiente proporción: una mitad de la cual responde la cónyuge María Teresa Ochoa viuda de Medina y la otra mitad, divisible, a prorrata, entre los demandados María Dolores Medina de M., Matilde, Manuel, Eliseo, David y Hernando Medina Ochoa''.

La motivación de estas súplicas, expuesta en catorce puntos, se puede sintetizar así:

Eliseo Medina fue propietario de una zona rural, situada en la fracción de Belén, Municipio de Medellín, de la cual hace parte el inmueble que se delimita en el hecho primero, que tiene un área de ciento tres mil noventa y dos varas cuadradas con veinte centésimos de vara (103.092-20 v^2), según el plano levantado por el doctor J. López. Fallecido Eliseo Medina y estando en curso su juicio mortuorio, los demandados pactaron con Restrepo Angulo en documento suscrito el 21 de agosto de 1953 una promesa de compraventa respecto de cien mil va-

ras cuadradas (100.000 v²) tomadas del terreno descrito y alindado así:

"Por el costado norte, partiendo de la carrera 68 llamada también Páez, antiguo camino del Manjurrio, de occidente a oriente, en una recta que tiene 44 metros con 45 centímetros, hace escuadra de sur a norte en 12 metros con cuarenta centímetros, linderos en estos dos trayectos con propiedad de herederos de Rafael Medina, sigue de occidente a oriente, en una recta de ciento sesenta y dos metros con cuarenta centímetros; voltea en escuadra de sur a norte, en una línea recta de cincuenta y tres metros con setenta centímetros y sigue de nuevo de occidente a oriente, en una línea recta de doscientos setenta metros con treinta centímetros hasta salir a la carrera llamada 'Quebradita', lindero en los tres últimos trayectos, con propiedad de la misma sucesión de Eliseo Medina; linda por el oriente, primero en una línea recta de veintitrés metros de norte a sur, luego otra línea de noventa y un metro con setenta centímetros de oriente a occidente, y voltea hacia el sur, en otra línea de setenta y seis metros con cuarenta centímetros, lindero en estos tres trayectos con la llamada carrera 'Quebradita'; sigue de oriente a occidente, en una línea de ciento ochenta metros con sesenta centímetros y luego otra recta de sesenta y dos metros con sesenta centímetros de norte a sur; voltea hacia el occidente, en treinta y seis metros con ochenta centímetros, y luego en una recta de ciento cuarenta y un metros con cincuenta centímetros de norte a sur, lindero primero con los terrenos o tejares de la Catedral y luego en otra recta de sesenta y dos metros con propiedad de María J. Medina, y por último, haciendo una pequeña escuadra, sigue de norte a sur, en siete metros con cuarenta centímetros hasta salir a la calle 30-A llamada también calle de Céspedes, por el costado sur, con la calle Céspedes, por cercos de tapia en cincuenta y tres metros con treinta centímetros; vuelve de sur a norte, primero en setenta y cuatro metros y veinte centímetros propiedad de Manuel Alvarez, y otra línea en la misma dirección, de diez y nueve metros diez centímetros, con propiedad de Juan Betancour, y voltea de oriente a occidente, en una línea de veintiséis metros sesenta centímetros, propiedad del mismo; por el costado occidental, siguiendo una línea en curva como está en el plano, de veintisiete metros noventa centímetros, con propiedad de Pedro López y en la misma dirección de sur a norte, otra línea de cinco metros con sesenta centímetros, con propiedad de María de Jesús Alvarez, y voltea de oriente a occidente, en diez y ocho metros, con propiedad de la misma señora; vuelve luego en escuadra en dirección de sur a norte, en setenta metros sesenta y cinco centímetros, con propiedad de la sucesión de don Eliseo Medina y en escuadra en una línea de cincuenta y cuatro metros diez centímetros de oriente a occidente, con propiedad de la misma sucesión hasta salir a la calle de Manjurrio o carrera 68; y por ésta en ciento treinta y tres metros con cuarenta centímetros hasta el punto de donde se partió".

A los vendedores les quedaba una superficie de tres mil noventa y dos varas cuadradas con veinte centésimas de vara (3.092-20) excedente que debería deducir el ingeniero *en el sector* en que "el inmueble limita con predios de la sucesión del mismo... Medina, donde queda por el costado sur, lindando con propiedad de la señora María de Jesús Alvarez, y en forma de polígono regular, para que el lindero quedara en línea recta".

El precio de la venta se estipuló en $ 300.000 a razón de $ 3.00 la vara cuadrada, el cual se pagaría así: $ 50.000.00 en la fecha del documento; $ 50.000.00 en los últimos días de diciembre de 1953; $ 100.000.00 al vencimiento de un año, contado desde la fecha del otorgamiento de la escritura de venta, y $ 100.000.00 o sea el resto, al vencimiento de tres años, contados desde la misma fecha. Se pactó que Restrepo Angulo pagaría sobre los dos últimos contados un interés mensual del seis por ciento hasta el vencimiento del primer año, y del ocho por ciento (8%) durante los dos últimos años, pagaderos por mensualidades vencidas; que podría hacer abonos no menores de $ 20.000.00 y que en caso de mora en el pago de los intereses durante tres meses consecutivos, los promitentes vendedores podrían declarar vencido el plazo y cobrar los intereses moratorios a la rata del doce por ciento anual y que las obligaciones quedarían respaldadas con hipoteca de primer grado sobre el terreno adquirido por Restrepo.

Los futuros vendedores se obligaron a acelerar la mortuoria de Medina Restrepo para que, una vez pagado el impuesto de sucesiones, se aprobaran los inventarios, y luego se dictara el decreto de posesión efectiva, y se inscribiera éste en el registro, "a transmitir a título de venta el lote de terreno alindado, de cien mil (100.000) varas cuadradas, otorgando la escritura correspondiente dentro de los noventa días siguientes a la fecha del contrato, que lo fue el 21 de agosto de 1953. A completar "los títulos de dominio en lo que falte fuera de los que ya

han entregado para que Restrepo obtenga el visto bueno del abogado que él designe''. Declararon que el inmueble prometido les pertenece y que está libre de embargos, pleito pendiente, limitaciones principales o accesorias del dominio y de condiciones resolutorias. Para el caso de que Restrepo Angulo, en virtud de la opción que se le dio, resolviera no comprar el tejar, ramadas y horno, existentes en parte del objeto de la convención, se comprometieron Ochoa v. de Medina y Medina Ochoa a retirar las aguas sucias que pasan por un acueducto que atraviesa el predio a fin de que éste no quede gravado con tal servidumbre.

Los promitentes vendedores incumplieron las siguientes obligaciones: La del registro del decreto de posesión efectiva de la herencia del causante Medina, porque solamente se inscribió el 12 de diciembre de 1953, o sea, en fecha posterior a la señalada para el otorgamiento de la escritura de venta, la de retirar las aguas sucias del acueducto que atravesaba el terreno, no obstante haberse cumplido el término de la opción concedida a Restrepo Angulo sobre compra del Tejar; la de entregar los ''documentos completos de la titulación referente al inmueble'' antes de que se perfeccionara legalmente la compraventa. Fueron tan renuentes en el cumplimiento del precontrato, que no se presentaron a la Notaría 3ª a solemnizar la venta prometida el 21 de noviembre de 1953 en que se venció el plazo de noventa días fijado para dicho acto.

Esta contravención los constituyó en mora desde aquella fecha, y eximió al promitiente comprador del cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas la de pagar en los últimos días de diciembre de 1953 la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) en abono del precio.

A pesar de esto, Iván Restrepo, sin convenio verbal o escrito entre las partes, que modificara la promesa, siguiendo un consejo desacertado que le dio un abogado de Medellín, entregó a David Medina en abono de intereses mil setecientos cincuenta pesos ($ 1.750.00) el 2 de abril de 1954, y cinco mil pesos ($ 5.000.00) el 2 de septiembre del mismo año.

Como multa a cargo del contratante que no cumpliera o no estuviera listo a cumplir, se acordó la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) y haciéndose la reserva de pedir por separado la indemnización de perjuicios.

Los prometientes vendedores se obligaron solidariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas, y se convino también en que en la escritura de venta se designararía a uno solo de los vendedores para que en nombre propio y como apoderado de los demás recibiera el precio total o los abonos parciales, expidiera los recibos del caso y cancelara la hipoteca.

En la promesa de contrato se dice que Ana Antonia Medina también es heredera de Eliseo Medina, religiosa que lleva el nombre de Sor Bernardette, residente en la ciudad de Granada (España) y que posteriormente otorgaría un poder a uno de sus hermanos para que intervenga en el otorgamiento de la escritura. Empero no le puede considerar como parte en el contrato porque no firmó el documento de promesa. Esta declaración interpretándola con severo criterio de legalidad, a lo sumo expresa que la cónyuge supérstite y los herederos que suscribieron el convenio, prometieron un hecho ajeno, que no apareja obligación alguna para ella por ausencia de ratificación. (Art. 1507 del C. Civil).

El actor ha esperado por un lapso próximo a cuatro años, que los prometientes vendedores, personas de reconocida honorabilidad, lo llamen a un arreglo, movidos de que no es justo ni lícito que retengan sumas cuantiosas de dinero sin justa causa y sin que ellos hayan sufrido detrimento patrimonial.

La demandada María Dolores Medina de M. descorrió el traslado del libelo oponiéndose a las peticiones. En cuanto a los hechos, acepta los tres primeros. Sobre el 7º, 11, 12 y 13 se atiene a lo estipulado en el contrato. Respecto de los demás, considera que los prometientes vendedores cumplieron sus obligaciones o estuvieron dispuestos a cumplirlas.

A su vez presentó demanda de reconvención en la cual expone estos hechos:

1º El contrato de promesa, de compraventa contenido en el documento del 21 de agosto de 1953 y la condición de cónyuge sobreviviente en que obró María Teresa Ochoa de Medina, y de herederos los Medina Ochoa.

La obligación de los prometientes vendedores referente a obtener el decreto de posesión efectiva y el registro de éste en el juicio sucesorio de Eliseo Medina, para ''logrado este'' hacer la trasmisión del terreno y aceptarla Iván Restrepo.

El precio de las cien mil varas cuadradas y los plazos de pago.

Los Medinas obtuvieron el decreto de posesión efectiva en providencia que quedó ejecutoriada el 19 de diciembre de 1953, fecha desde la cual estuvieron en capacidad de otorgar la

escritura de venta, es decir, dentro del plazo convenido para este acto.

El no haberse registrado tal decreto antes del 21 de noviembre de aquel año, no era óbice para perfeccionar la venta dado el efecto retroactivo del registro.

Cumplida por los prometientes vendedores la obligación de ponerse en capacidad de transferir el bien prometido en venta, dentro del plazo estipulado, surgieron en Restrepo las obligaciones de "aceptar la escritura, constituírse deudor, otorgar la hipoteca, contribuír con la mitad de los gastos de la compraventa como se estipuló en la cláusula duodécima".

Iván Restrepo no se allanó a cumplir dentro del término pactado las obligaciones que le imponían el contrato y la ley.

Tampoco hizo el pago de cincuenta mil pesos en los últimos días de diciembre de 1953, a que se comprometió en la promesa.

No estuvo el mismo en condiciones económicas y pecuniarias de cumplir el contrato de compraventa prometido, pues al efecto trató de conseguir dinero en préstamo con entidades bancarias y de vender el terreno a terceros para poder financiar la operación.

Reconociendo Restrepo A. su incumplimiento al contrato de promesa, quiso, al menos, cumplir la obligación de pagar los intereses por la parte insoluta del precio e hizo dos abonos por seis mil setecientos cincuenta pesos el dos de abril, y de cinco mil el dos de septiembre de 1954.

Ochoa v. de Medina y los Medina Ochoa le pagaron a Antonio Sánchez Bermúdez seis mil pesos por su intervención como comisionista en el contrato de promesa entre aquéllos y Restrepo A.

Los prometientes vendedores cumplieron y se han allanado a cumplir las obligaciones que como tales contrajeron.

Como Restrepo A. estuvo en imposibilidad de cumplir el contrato, no se presentó a pedir el certificado y los títulos relacionados con el terreno materia de la compraventa que tuvieron listos los prometientes vendedores.

Para el otorgamiento de la escritura de venta, el plazo venció con posterioridad al 21 de noviembre de 1953, ya que de los noventa días estipulados han de descontarse los días feriados y de vacancia.

No habiéndose señalado día preciso para el otorgamiento de la escritura de transferencia del dominio era necesario un acuerdo mutuo para determinar el día, la hora y la forma en que debía extenderse aquélla, acto al cual era obligatoria la comparecencia e intervención de ambas partes, y la presentación del certificado de paz y salvo, Restrepo no efectuó ninguna de estas gestiones, "ni cumplió ninguna de las formalidades propias para el otorgamiento del instrumento de transmisión".

Se estipuló como pena moratoria la suma de treinta mil pesos, que la parte incumplidora debe pagar a la otra.

Apoyada en los hechos relatados, pide la actora que contra Iván Restrepo se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que por no haber cumplido éste el contrato de promesa, contenido en el documento de 21 de agosto de 1953, se declare resuelto.

b) Que, como consecuencia, debe pagar a los que firmaron solidariamente ese contrato, la suma de treinta mil pesos estipulados como cláusula penal.

c) Para el caso de que no se haga la declaración anterior, pide, en subsidio, se hagan para la demandante en la proporción que le corresponde.

d) Que, en consecuencia de la declaración pedida en el punto a), se condene al contrademandado a que pague a los que solidariamente firmaron el contrato con la actora, el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento, los cuales comprenden el daño emergente y el lucro cesante, valor que se fijará en el juicio o por el procedimiento del artículo 553 del C. J.

e) Subsidiariamente a la petición del punto d) solicita se haga la declaración a favor de la contrademandante por la parte que proporcionalmente le corresponda.

Si no se acogen todas las peticiones anteriores, impetra:

f) Que Iván Restrepo A. debe pagar los perjuicios que causó por el incumplimiento de la obligación de hacer contraída en el contrato de promesa, cuya cuantía se fijó en treinta mil pesos, los cuales debe pagar solidariamente a favor de la contrademandante y demás que suscribieron ese contrato, solidariamente, o a favor de ésta en la parte que proporcionalmente le corresponda, en caso de que no se haga a favor de todos.

g) Que Iván Restrepo debe pagar los perjuicios provenientes de la obligación de hacer que consta en el documento de 21 de agosto de 1953, a favor de la contrademandante y de los otros que firmaron solidariamente el contrato. Si no se hace en esta forma, que se le condene a pagarle a ella la parte que proporcionalmente le corresponda, los perjuicios se podrán fijar en

el juicio o por el procedimiento del artículo 553 del C. J.

María Teresa Ochoa, Matilde Medina, Eliseo Medina O., David Medina O., Hernando Medina O., y Manuel Medina O., contestaron la demanda acogiéndose a los términos en que lo hizo María Dolores Medina v. de Medina.

También propusieron demanda de reconvención contra Iván Restrepo A. prohijando y reproduciendo las peticiones y hechos de la presentada por la misma Dolores Medina v. de Medina.

Iván Restrepo cedió a Manuel Villaveces Triana "el derecho litigioso que se origina" en este juicio ordinario. Por auto de diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, se declaró al segundo subrogado en el crédito litigioso cedido por el primero.

El apoderado de Iván Restrepo A. y Manuel Villaveces Triana, contestó las demandas de mutua petición formuladas por María Teresa Ochoa v. de Medina y los hermanos Medina Ochoa negando los hechos fundamentales y oponiéndose a las súplicas.

El mismo apoderado de los contrademandantes Ochoa v. de Medina y Medinas Ochoas corrigió las demandas propuestas por éstos, en el sentido de alegar el hecho de la cesión del derecho litigioso por parte de Iván Restrepo a favor de Villaveces Triana, y de introducir la siguiente petición: "Primera. Que se declare que el señor Manuel Villaveces Triana en el carácter de subrogatario a cesionario o sustituto en parte o en todo del señor Iván Restrepo A. tiene las obligaciones que a este último le corresponden como contratante en el acto de promesa de venta celebrado según documento de fecha 21 de agosto de 1953. Si esta petición no prospera, entonces que se hagan contra dicho Villaveces Triana, las declaraciones formuladas en la demanda de reconvención suscrita por la señora María Dolores Medina de M. con fecha 6 de septiembre de 1957, contra el causante Iván Restrepo A. bajo los apartes a), b), c), d), e), f), g), h)...

Agrega que Restrepo A. y Villaveces Triana comparecen en el carácter que cada cual tiene, y que las peticiones obran contra los dos en la misma forma, y pueden acogerse en forma "separada e individual para cada demandado" las que sean conducentes para cada uno, o "en forma conjunta y divisible", o simplemente conjunta contra los dos.

El apoderado de Iván Restrepo A. y Manuel Villaveces Triana, también corrigió la demanda en lo referente a los hechos séptimo y octavo y a la petición primera así:

Hecho séptimo. Los prometientes vendedores en la cláusula undécima de la promesa garantizan que el inmueble prometido en venta les pertenece y que está libre de pleito pendiente, de embargo, de limitaciones principales o accesorias del dominio, y que se obligan, en caso de que Restrepo A. resuelva no comprar el tejar, ramadas y hornos, a retirar las aguas sucias que pasan por un acueducto que atraviesa el predio, a fin de que éste no quede gravado con tal servidumbre. También se comprometieron a completar antes del otorgamiento de la escritura los títulos referentes a la propiedad vendida, para que Restrepo A. obtuviera el visto bueno del abogado que él designara mediante el examen de los títulos y del certificado expedido por el Registrador en la forma indicada por el artículo 635 del C. J. La obligación que se impusieron los promitentes vendedores de garantizar que el inmueble prometido en venta estaba libre de limitaciones principales y accesorias del dominio, fue incumplida desde la fecha del precontrato, pues el inmueble del cual debían degregarse las cien mil varas prometidas en venta a Restrepo A. "estaba sujeto a la servidumbre establecida por el artículo 78 de la Ley 89 de 1938, en favor del aeródromo y aeropuerto del Municipio de Medellín, servidumbre que consiste en prohibir plantaciones, edificaciones y obras de carácter transitorio o permanente dentro de la zona de contorno del aeropuerto determinada en la forma como la misma ley establece, y en estatuír algunas limitaciones a las edificaciones que se levanten en los predios que se encuentran dentro del sector trapezoidal", en el que, según el plano regulador de Medellín, el terreno prometido en venta está localizado dentro de la zona B), en la cual únicamente se pueden edificar construcciones de un solo piso en su dimensión mínima.

Hecho octavo. Los demandados Teresa Ochoa de Medina y los Medina O. tampoco cumplieron las obligaciones consignadas en las cláusulas sexta, séptima, octava y trece del documento contentivo del precontrato, porque solamente el doce de diciembre de 1953 se registró el decreto de posesión efectiva de la herencia, o sea, en fecha posterior al día señalado para el otorgamiento de la escritura que solemnizara la compraventa, y no inscribieron los títulos de dominio del causante, como lo manda el artículo 757 del Código Civil; no retiraron las aguas sucias que atravesaban el terreno, cuando se cumplió el término de la opción concedida al promitente

comprador para manifestar si adquiría o no el Tejar dejando así subsistente la servidumbre de acueducto; ni entregaron los títulos ni el certificado del artículo 635 del C. J. para que los estudiara el abogado de Restrepo A. antes de que perfeccionara legalmente la compraventa.

Petición primera. Que se declare resuelto el contrato contenido en el documento privado de fecha 21 de agosto de 1953 en virtud del incumplimiento por parte de los demandados de las obligaciones estipuladas en las cláusulas sexta, séptima, octava, undécima y trece de dicho contrato, por medio del cual los demandados prometieron vender a Iván Restrepo Angulo, "de quien es hoy cesionario Manuel Villaveces Triana, por la suma de trescientos mil pesos m. l. c., cien mil varas cuadradas del inmueble determinado en el hecho primero de la demanda de fecha 9 de agosto del año pasado".

Los demandados replicaron a la reforma de la demanda negando los dos hechos y oponiéndose a todas las peticiones del libelo.

Propusieron además las excepciones de contrato no cumplido, petición de modo indebido y la llamada genérica.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín desató el litigio en primera instancia en sentencia de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual declara resuelto el contrato de promesa de venta y extinguidas las obligaciones contraídas por Iván Restrepo y los demandados en dicho contrato; dispone reponer las cosas al estado que tenían antes de la celebración de la promesa de compraventa; condena a la parte demandada a devolverle las sumas que recibió por parte del precio y los intereses legales desde cuando fueron percibidas hasta su restitución; declara finalmente no probadas las excepciones propuestas y que no hay condenación en costas.

Apelada la decisión del Juzgado por el personero de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, decidió el recurso mediante fallo de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, revocó la de primer grado y, en su lugar, resolvió:

1º Adolece de nulidad absoluta la promesa de contrato contenida en el documento de 21 de agosto de 1953.

Condena, en consecuencia, a los demandados a restituír a Iván Restrepo Angulo las sumas de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00), mil setecientos cincuenta ($ 1.750.00) y cinco mil pesos ($ 5.000.00) con los intereses legales desde la fecha en que las recibieron hasta el día del pago.

2º Condena también a Iván Restrepo a pagarle a los demandados la suma de tres mil pesos m. l. ($ 3.000.00) "como coparticipación en la comisión pagada con ocasión a la celebración del contrato de promesa objeto de la nulidad declarada".

Tercero. "No hay lugar a declarar acreditados ninguno de los demás pedimentos a que se refieren la demanda inicial y la de reconvención".

No hace condenación en costas por estimarlas compensadas.

Fundamentos del fallo del Tribunal.

Sobre el contrato *sub lite* observa el fallador que "por lo que compete a una de las presuntas vendedoras o sea Ana Antonia Medina (religiosa y de residencia en Granada, España), se estipuló por ella con base en la obtención futura, para uno de sus hermanos, de un poder general, pues se dijo que ella obraba en armonía con los demás promitentes vendedores, según afirmación de los mismos".

Adelante anota que el documento otorgado el 21 de agosto de 1953 "fue firmado y reconocido por los que intervinieron en el acto, a excepción de la heredera Ana Antonia, que era una persona ausente pero se estipuló para ella".

Estudiando las condiciones que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 impuso a la promesa de contrato para que produzca efectos, se refiere a la primera, la cual exige que aquella conste por escrito, y a la cuarta, que requiere la determinación del contrato en tal forma, "que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". El escrito en que debe constar el contrato de promesa "para que exista como válido", "debe estar firmado por todos los proponentes que por su voluntad se obligan a que "en un futuro determinado o determinable" el acto prometido "sea ajustado en la forma prevista en el precontrato".

Aunque el artículo 1506 del C. C. consagra la estipulación por otro, por este aspecto la promesa *sub judice* no es legal "si se tiene presente que el apoderamiento general dado por Ana Antonia Medina en España a doña Matilde, no implica una ratificación y por lo mismo falta su consentimiento".

La estipulación a favor de terceros que faculta el artículo 1506, *ibídem,* no es aplicable en el contrato de promesa "pues la ratificación se hace imposible si se tiene presente que el consentimiento debe estar manifestado en el pre-

contrato", y siendo posterior el evento de la notificación, la promesa no puede considerarse pura y simple ni cierta la celebración del contrato en la época prefijada para ella.

Debiendo constar en el precontrato el consentimiento de los pactantes, no se ve cuándo podría operar la ratificación de la persona por la cual se estipula, porque tal acto no cabe, según lo establece la Ley 89 "entonces debe determinarse que por este aspecto el contrato de promesa a que se refieren estas actuaciones adolece de nulidad absoluta".

En el poder general de la religiosa a su hermana Matilde, concedido para actos futuros, no se dice que se acepta la promesa, "y como la escritura no llegó a otorgarse, no pudo existir entonces tiempo para esa ratificación que exige la ley sustantiva".

No obrando esta ratificación, de acuerdo con el artículo 1507 del Código Civil "el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Además, el no haber registrado el poder sino el 17 de marzo de 1954, después de vencido el plazo acordado para el perfeccionamiento de la venta, hace resaltar más la falta de consentimiento de uno de los prometientes vendedores, dado que no existía apoderamiento legalmente constituído para efectuar en la época estipulada el contrato prometido, "lo que hace que el documento en referencia adolezca de nulidad".

El Tribunal analiza la promesa a la luz del ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que exige la determinación del contrato prometido en forma tal, "que para su perfeccionamiento solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales", y basado en jurisprudencia de la Corte, considera que tratándose de la venta de un inmueble, éste debe estar determinado por sus linderos en el precontrato.

Encuentra en el caso presente que "por lo que respecta a los linderos del inmueble objeto de la transferencia, estos fueron omitidos, quedando así por consiguiente ineficaz dicho pacto entre las partes y por lo mismo, sin obligación de cumplimiento por ambas".

Aparece claro que los prometientes vendedores se obligaron a transferir un inmueble de cien mil varas cuadradas, por su cabida, tomado de otro de 103.092-20 v^2, si bien se dieron los linderos del globo general, "en cambio los del inmueble vendido se omitieron, y aun cuando allí se habló de líneas rectas, de polígono regular, tales señalamientos en forma alguna pueden tenerse como especificaciones demostrativas de la venta de inmueble singularizado o listo para la tradición".

"Porque es de manifestarse que no se está prometiendo en venta, según el documento, una cuota con relación a una unidad determinada en el inmueble general, sino un cuerpo singularizado que tiene que aparecer en el contrato al perfeccionarse".

"Porque si como se dijo, sin indicación alguna de plazo el ingeniero extraería del sector las cien mil varas, ¿cómo puede estar segura cualquiera de las partes de que tal persona que no se conoce, ajena completamente al contrato, cumpliría su cometido o si lo efectuara no estaría sujeto a una controversia al respecto de la situación, de la verdadera medida, etc.?"

"La conclusión no es otra sino que la promesa celebrada, no obstante aparecer ella llena de cláusulas contractuales, sin embargo faltó lo indispensable como fueron los linderos del inmueble que habría de transferirse, lo que equivale a decir que ninguna obligación derivada de ese contrato compromete a las partes, como ya se dijo".

Añade que las restituciones reclamadas por el demandante deben ordenarse como consecuencia de la nulidad que habrá de pronunciarse y no solo por las cantidades de cincuenta mil, mil setecientos cincuenta, y cinco mil pesos, que aparecen acreditadas en el documento y en los recibos acompañados, sino también por los intereses legales como lo ordenó el Juez, ya que las partes deben ser restituídas al estado anterior a la celebración del contrato.

Observa también que la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) pagada al comisionista por los demandados debe ser compartida por ambas partes, porque, al reconocerse la invalidez de la promesa, "se deduce también que en ello fueron causantes todos los contratantes y lo que se pagó por comisión no puede sufrirlo uno solo sino todos".

Recurso de casación.

El representante de la parte demandada propuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, el cual, habiéndole sido concedido, admitido y tramitado, entra la Corte a decidir.

Cuatro motivos de acusación propone el recurrente: el primero por infracción indirecta de la ley sustantiva a consecuencia de error de hecho en la estimación de una prueba; el segundo, también por violación indirecta proveniente de

error de derecho en la apreciación de un medio probatorio; y el tercero y cuarto por violación directa proveniente de interpretación errónea de preceptos sustanciales.

Primer cargo.

El error de hecho en que funda este cargo lo expone así el recurrente:

El Tribunal, al estimar el documento de 21 de agosto de 1953, en el cual se expresó el contrato de promesa, se equivocó en cuanto expuso que "por lo que respecta a los linderos del inmueble, objeto de la transferencia, estos fueron omitidos, quedando así por consiguiente ineficaz dicho pacto entre las partes, y por lo mismo sin obligación de cumplimiento para ambas".

Sostiene que el documento citado sí especificó los linderos, y al efecto, transcribe la cláusula cuarta en la cual se dan los linderos de todo el inmueble de 103.092-20 v^2.

El lote prometido se circunscribió a cien mil varas cuadradas que se segregarían del predio total "en la parte en que éste linda con otro de propiedad de la misma sucesión de Eliseo Medina, y de la señora María de Jesús Alvarez en el costado sur; el lindero en este lado de la segregación debería quedar en forma de polígono regular, para que el lindero quede en línea recta. Todos estos datos, especificaciones y determinaciones fueron previstos en el numeral cuarto del documento citado".

Para el impugnante, el lote prometido en venta quedó perfectamente individualizado y alinderado porque se expresó su situación, su cabida de cien mil varas, la alinderación contenida en la cláusula cuarta con la variación de que por el costado sur, lindaría con terrenos de la misma sucesión del cual se segregaría "por líneas rectas que forman un polígono".

Cree el demandante haber demostrado así que en el numeral cuarto del documento el terreno quedó suficientemente especificado y alinderado por su cabida y linderos; y que, al sostener el Tribunal lo contrario, incurre en un error de hecho en la apreciación de la prueba documental, violando así indirectamente la regla cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Se considera:

La validez o eficacia de una promesa de contrato, en los términos del artículo 89 citado, fuera de la solemnidad de constar por escrito, exige, entre otros requisitos, que el contrato prometido se determine de tal suerte "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado esta norma, en el sentido de que, cuando la promesa versa sobre la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar por los linderos que lo distingan de cualquiera otro, y cuando se refiere a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por su alinderación.

La razón de esta doctrina estriba en que el artículo 2594 del C. C. ordena que en los instrumentos que se otorguen ante Notario referentes a inmuebles, "se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos", y el 15 de la Ley 40 de 1932, reza: "En las inscripciones de los actos o contratos referentes a inmuebles, se copiarán íntegra y textualmente las alinderaciones, cabida, ubicación precisa... y en los certificados sobre tradición y libertad se suscribirán literalmente las mismas alinderaciones, nombres, etc., sin que en esta materia se puedan hacer cambios, supresiones o adiciones".

La doctrina de la Corte ha sido constante al respecto. (Casación de 12 de agosto de 1925. T. XXXI, pág. 306. Casación de 19 de junio de 1950. T. 67, pág. 391).

El Tribunal considera que "no se está prometiendo en venta, según el documento, una cuota con relación a una unidad determinada en el inmueble general, sino un cuerpo singularizado que tiene que aparecer en el contrato al perfeccionarse"; que los prometientes vendedores se obligaron a transferir un inmueble de cien mil varas cuadradas, el cual se tomaría del de mayor extensión, que tiene una cabida de ciento tres mil noventa y dos varas cuadradas, veinte centésimos (103.092-20 v^2); y que se dieron los linderos del globo general, pero los del inmueble prometido "se omitieron, y aun cuando allí se habló de líneas rectas, de polígono regular, tales señalamientos en forma alguna pueden tenerse como especificaciones demostrativas de la venta de inmueble singularizado o listo para la tradición".

El documento que recoge el contrato de promesa, en la cláusula cuarta, reza: "... Los Medinas... han convenido con Restrepo A. en que éste se obliga a comprar y los Medinas se obligan a vender un lote de terreno que es propiedad de la sociedad conyugal Medina-Ochoa, situado en la fracción de Belén de este Municipio

de Medellín que tiene un área de ciento tres mil noventa y dos varas con veinte centésimos de vara (103.092-20 v²) de extensión superficiaria conforme al plano levantado por el ingeniero J. López P., de fecha agosto /53 y que los señores Medinas revisarán y rectificarán en cuanto a sus medidas, pero de ese inmueble la venta se concreta única y exclusivamente a cien mil varas (100.000), por lo cual el excedente de las tres mil noventa y dos varas con veinte centésimos de vara (3.092-20 v²) lo deducirá el ingeniero del sector en que este inmueble linda con predio de la sucesión del mismo don Eliseo Medina, donde queda por el costado sur lindando con propiedad de la señora María de Jesús Alvarez''. Expone los linderos de todo el terreno conforme al plano citado. Y en la cláusula octava se expresa que, registrado el decreto de posesión efectiva, los Medinas se obligan a transmitir a título de venta el lote de terreno de cien mil varas cuadradas.

Ante los términos claros del documento, es incuestionable que la promesa tuvo por objeto un lote cierto de cien mil varas cuadradas, no una porción o cuota de otro de mayor extensión. Mejor, la venta debía deslindar las propiedades de los vendedores y del comprador, no dejaba una comunidad entre ellos.

Es también evidente que aunque la alinda-ción del globo general coincide con la del lote prometido en venta por tres de sus costados o lados, quedó para deducir por el ingeniero el excedente de 3.092-20 v² del sector en que el predio total linda con otro del causante Eliseo Medina, ''donde queda por el costado sur lindando con propiedad de la señora María de Jesús Alvarez y en forma de polígono regular para que el lindero quede en línea recta''. Habiéndose dejado a un ingeniero la deducción de las 3.092-20 v² y el señalamiento de las líneas divisorias entre el lote prometido en venta a Restrepo A. y el que les quedaba a los Medinas, por el costado donde éstos lindan con propiedad de María de Jesús Alvarez, es manifiesto que en la promesa falta el alindamiento por dicho sector y costado. El contrato en litigio no expresa de qué punto parten y hasta cuál llegan las líneas del polígono que encierra el inmueble, objeto de la promesa, de modo que quede con la cabida de cien mil varas cuadradas. La imposibilidad de esta determinación resalta más todavía, si se tiene en cuenta que el globo general tiene la figura de un polígono irregular de diez y ocho lados, y que según los linderos que da el documento, la propiedad de la señora María de Jesús Alvarez limita con la de los Medinas por el occidente, no por el sur, como reza la cláusula cuarta del contrato.

Si; según los preceptos citados, los inmuebles deben determinarse por sus linderos todos, faltando el correspondiente a cualquiera de sus lados, no se puede concluír que se halle individualizado o especificado. Y si en el contrato se dan las normas para que el ingeniero deduzca del predio mayor las 3.092-20 v², y fije las líneas rectas divisorias por el sector en que linda con María de Jesús Alvarez, es porque dicho acto no contiene los lindes en esa parte, mejor, no se halla determinado como cuerpo cierto.

Lo cual significa que no se da el error de hecho que el recurrente cree encontrar en la sentencia acusada.

Segundo cargo.

Lo enuncia por error de derecho en la estimación de la prueba, y consiguiente trasgresión de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1887 y 1889 del Código Civil.

La demostración se puede sintetizar así:

El Tribunal entiende que el bien raíz debe especificarse ineludiblemente por medio de los linderos.

Para el recurrente, la regla cuarta del artículo 89 citado ha de interpretarse en armonía con el artículo 1887 del Código Civil que autoriza vender un predio rústico por su cabida.

En la simple promesa no se pueden exigir mayores formalidades que en el contrato prometido.

La ley no dice que la única y exclusiva manera de individualizar el inmueble que se vende, sea el alindamiento de él, pues los artículos 1887 y 1889 del Código Civil estatuyen que un bien raíz puede transferirse por su cabida; por consiguiente, si se promete vender uno en esta forma, ''en la promesa pueda estipularse la venta sin especificación de linderos, basta con que el bien que es materia de la compraventa se individualice, sin que pueda confundirse con otro''.

Se refiere a la cláusula cuarta del contrato donde reza que la promesa de venta se contrae única y exclusivamente a cien mil varas tomadas del lote de 103.092-20 v², y se determina, ubica y alindera el lote general y se individualiza con el plano levantado por el ingeniero López P.

El Tribunal al apreciar el contrato con el alcance de que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 exige en forma imperativa única y exclusiva-

mente el señalamiento de linderos para determinar un inmueble en un contrato de promesa, incurre en un error de derecho en la apreciación de la prueba, mediante el cual viola o infringe los preceptos ya citados.

Se considera:

Dada la naturaleza excepcional del recurso de casación, es necesario que la tacha por error de derecho se presente de conformidad con el artículo 520, ordinal 1º, del Código Judicial demostrando haberse incurrido en dicho error, para lo cual se requiere, cumpliendo lo preceptuado por el artículo 531 *ibídem,* que el recurrente cite tanto los textos sustanciales indirectamente infringidos, como los que dentro de la tarifa fijan el mérito de la prueba erróneamente estimada.

El impugnante invoca los preceptos de índole sustantiva, pero omitió señalar los que fijan el valor probatorio de los documentos privados. Tal omisión es suficiente para considerar ineficaz la tacha.

Tercero y cuarto cargos.

Lo enuncia por violación directa de normas sustanciales proveniente de interpretación errónea, y lo divide en dos partes.

En la primera, referente a la nulidad absoluta decretada por la sentencia, estima que se han violado los artículos 1740, 1507 del C. C. y 89 de la Ley 153 de 1887.

Alude a los apartes del fallo en que el Tribunal sostiene que con relación a la contratante ausente, religiosa Ana Antonia Medina, no hubo acuerdo legal; que en los contratos de promesa no cabe la estipulación por otro; y que, en consecuencia, en el precontrato pactado en el documento de 21 de agosto de 1953, no se perfeccionó ni cabía la obligación a cargo de la ausente, por lo cual es nulo absolutamente el pacto contenido en tal documento.

Copia de la cláusula primera de éste el parágrafo en el cual se expresa que María Teresa Ochoa v. de Medina es cónyuge sobreviviente de Eliseo Medina y los demás Medinas son los únicos herederos del mismo "junto con su hermana Ana Antonia, religiosa que lleva el nombre de Sor Bernardette, que es vecina de Granada (España), de quien se espera poder general para uno de sus hermanos y que obra de acuerdo con ellos según la afirmación de los mismos".

Desde que se firmó el documento en que la madre y hermanos prometieron que la heredera ausente vendería en los mismos términos que ellos, "quedó perfeccionada la institución o la figura legal de la estipulación pasiva que consagra el artículo 1507 del C. C.".

De conformidad con este precepto, si el tercero, Ana Antonia Medina, ratificó la promesa, quedó vinculada a los efectos consiguientes, si no la ratificó, es completamente ajena a tal pacto. La no ratificación por ella, tiene efectos en cuanto a la estipulación del hecho ajeno, entre el estipulante y los prometientes por los perjuicios en favor de aquél, pero el contrato de promesa firmado válidamente por el prometiente comprador y los demás prometientes vendedores no adolece de nulidad ni por el acto en sí ni por la causa ni por el objeto de él. "No hay razón para que la ineptitud de Ana Antonia Medina se extienda a todo el contrato y a los demás contratantes... si ella no firmó, los demás sí firmaron, luego entre los firmantes del pacto existe el contrato; y entre estos firmantes precisamente se ha trabado esta litis".

Al razonamiento del Tribunal sobre que en la promesa de contrato no cabe la estipulación pasiva en razón de que no podría operar la ratificación, de acuerdo con las normas del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que exige la firma de los pactantes en el momento de firmarse el contrato, le observa el recurrente con un ejemplo en el cual dentro del término acordado para perfeccionar el contrato, el tercero acepta lo estipulado por él, y así esta ratificación que retrotrae la promesa de prestación de dicho tercero, al momento en que fue firmado el compromiso de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa por él, asegura el perfeccionamiento del contrato sobre dicha prestación".

La declaración en la sentencia de nulidad del contrato vertido en el documento de 21 de noviembre de 1953, porque Ana Antonia Medina no lo ratificó, viola los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1740 del Código Civil, por interpretación errónea. Y el fundamento de dicha declaración en el motivo de que no es posible legalmente ante el mismo artículo 89 la estipulación por Ana Antonia Medina, quebrantó esta misma disposición y el artículo 1507 del Código Civil por igual razón.

La segunda parte toca con la "Sanción que señala el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para los actos que no llenan los requisitos fijados por él". Y la acusación la funda en violación de la misma norma y del artículo 1740 del C. C. por interpretación errónea.

Para el recurrente, la sanción estatuída por el artículo 89 de que "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna salvo que concurran las circunstancias" enumeradas en la misma, no es la de nulidad sino de la inexistencia.

Transcribe el concepto de un tratadista, según el cual, al tenor de los artículos 1501 y 1740 del Código Civil "acto jurídico inexistente es aquel que no alcanzó a constituírse como tal por faltarle un elemento esencial; y acto nulo el que se alcanzó a constituír por no hacerle falta ninguno de los elementos esenciales exigidos para su constitución, pero que por faltarle algún otro requisito no esencial, la ley le niega su protección, es decir, no es válido".

El no producir efecto alguno la promesa a la cual falta alguna de las cuatro circunstancias limitativas mencionadas en el artículo 89, equivale a decir que es inexistente; "no concurre en este caso la nulidad; como ya se vio, es otra la sanción con otras consecuencias legales. No puede confundirse la inexistencia con la nulidad. No pueden confundirse sus consecuencias".

Cita la doctrina de un autorizado comentador chileno que critica la jurisprudencia de los Tribunales de su país que han declarado nula de oficio la promesa de celebrar un contrato futuro, en la cual se han omitido algunos de los requisitos exigidos por el artículo 1554 del Código Civil chileno, igual al 89 de la Ley 153 de 1887, en consideración a la naturaleza del contrato y no a la calidad o estado de los contratantes, cuando basta solamente prescindir de las demandas en que se pida el cumplimiento de tales convenciones.

La nulidad absoluta del contrato de promesa *sub júdice* declarada por el Tribunal violó por interpretación errónea los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1740 del C. C.

Se considera:

En el contrato *sub lite,* María Ochoa v. de Medina, María Dolores, Matilde, Manuel, Eliseo, David y Hernando Medina Ochoa solidariamente se obligaron a venderle a Iván Restrepo el inmueble a que se ha hecho referencia, y se comprometieron a que Ana Antonia obraría de acuerdo con ellos, es decir, que se obligaría también a venderle con su madre y hermanos al prometiente comprador el bien indicado. Hubo, pues, una promesa directa y solidaria por parte de quienes suscribieron el documento, y una estipulación de un hecho ajeno, o sea, de la obligación de vender la ausente Ana Antonia Medina.

El artículo 1507 del Código Civil autoriza en los actos y declaraciones de voluntad de quien no es representante de una tercera persona comprometerse a que por ésta ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, es decir, cualquiera de los tres objetos que pueden tener los contratos al tenor de los artículos 1495 y 1517 del Código Civil.

La promesa de vender un inmueble genera una obligación de hacer, que consiste en otorgar la escritura mediante la cual se perfecciona la venta.

Dentro de la libertad contractual que inspira el Código Civil y teniendo en cuenta la regla general sobre el objeto de los contratos, no hay ninguna norma que prohiba la estipulación por otro en las promesas de celebrar una convención. Al contrario, es en éstas donde tiene mayor cabida tal estipulación. No se ve la razón del fallador para afirmar la tesis contraria. Pues de acuerdo con el artículo 1507, si la tercera persona cuyo hecho se promete, ratifica el acuerdo, queda vinculada a la promesa desde la fecha del pacto entre el estipulante y el prometiente. Si no la ratifica, el estipulante tiene acción de perjuicios contra el prometiente por incumplimiento de su obligación de que la tercera persona perfeccionaría el contrato.

En el presente caso, Ana Antonia Medina no ratificó la promesa, ya que se limitó a otorgar un poder general a su hermana Matilde Medina Ochoa con facultad de vender bienes, quien tampoco hizo declaración alguna al respecto. Por manera que ella no quedó vinculada al contrato de promesa ni ha sido demandada ni contrademandante.

Despréndese de aquí que el contrato en litigio por parte de los prometientes vendedores quedó limitado a los que lo suscribieron el día de su otorgamiento y que, como su cumplimiento no se condicionó o subordinó a la ratificación por parte de Ana Antonia Medina, su eficacia por este aspecto no tiene reparo alguno, dado que Ochoa v. de Medina y sus hijos firmantes se obligaron solidariamente, es decir, que de todos, de algunos o de cualquiera de ellos podía exigirse el cumplimiento de la promesa.

No existe disposición alguna que autorice al fallador para afirmar que por no haberlo ratificado Ana Antonia Medina, el precontrato no es válido. Tal aserto podría tener ocurrencia cuando el hecho ajeno depende de la persona o de las personas que no ratifican la promesa, porque entonces no existiría el acuerdo de voluntades en que esta consiste. Pero no es el caso aquí contemplado, en el cual siete contratantes

se obligaron solidariamnte a vender el inmueble, y prometieron que Ana Antonia vendería también, pero sin condicionar la prestación de ellos a la ratificación del tercero. Infiérese que, al aplicar el Tribunal el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de que en la promesa de celebrar un contrato no tiene aplicación el artículo 1507 del Código Civil, interpretó erróneamente dichas normas, porque les da una limitación o alcance que no tienen.

El reparo por este aspecto es fundado, pero solamente lleva a la rectificación doctrinaria expuesta, no a la casación del fallo, en razón de que está basado en dos soportes: el que no desvirtuó el cargo anterior, y el que acaba de estudiarse.

En cuanto a la nulidad o inexistencia de la promesa por no llenar la circunstancia de haberse determinado completamente el contrato de venta futura, ha de recordarse que la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar este problema jurídico y aceptar que se da la diferencia entre actos absolutamente nulos y actos inexistentes, pero que el código colombiano, por la misma razón del chileno, comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos o actos jurídicos inexistentes, con fundamento en que, si éstos se caracterizan en que no se constituyeron por faltarles un elemento esencial, el artículo 1741 del C. C. sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en que se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ellos en consideración a su naturaleza, no a la calidad o estado de las personas.

En sentencia de diez y nueve de junio de 1959, dijo la Corte: "Repetidamente en fallos que por innecesarios no se citen detalladamente, esta Sala ha reconocido la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta; pero no ha dejado de observar, cuanto quiera que ha sido procedente que para la inexistencia no ofrece nuestro sistema procedimental un cambio peculiar y distinto, por lo cual es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre estos fenómenos jurídicos". (T. 66, página 351).

Y en fallo de 13 de diciembre de 1954, a propósito de promesa, dijo: "Si la promesa de contrato es un pacto solemne y si la ley señala las circunstancias o requisitos esenciales que deben concurrir para su existencia o validez, bien se comprende que la promesa en que se haya omitido alguna de tales circunstancias es nula de nulidad absoluta al tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del C. C. En efecto, conforme a esta disposición es nula de nulidad absoluta la "producida por la omisión de algún requisito o fomalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan. Los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para la validez de la promesa de venta son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto, aceptado en nuestro derecho excepcionalmente como forma contractual ajustada a ciertas restricciones que garantizan la seriedad de las promesas y la constancia cierta de los compromisos contraídos (T. 79, página 245).

La corte reitera la doctrina anterior, y observa que sólo mediante la declaración de nulidad en casos como el que se desata, cuando el contrato que se dice inexistente ha tenido comienzos de ejecución, es posible decretar las restituciones del caso, u ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior, para evitar el litigio posterior a que daría lugar el reconocimiento de inexistencia del acto o contrato y la consiguiente abstención de cualquiera declaración condenatoria.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en el juicio ordinario seguido por Iván Restrepo Angulo contra María Teresa Ochoa v. de Medina, María Dolores Medina de M., Matilde, Manuel, Eliseo, David y Hernando Medina Ochoa.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

El reconocimiento es acto voluntario y solemne. Tacha de falsedad del instrumento que reconoce el estado civil de hijo natural. La declaración de renta y patrimonio como prueba de la paternidad natural.

1. El reconocimiento de la paternidad natural es un acto voluntario de quien hace la declaración. Y sea cualquiera el modo empleado dentro de los que la ley consagra al efecto, es además un acto solemne cuya forma externa garantiza su propia autenticidad: porque son notariales el acta de nacimiento firmada por quien reconoce el hijo, la escritura pública y el testamento; y porque el Juez, sin distingos de jerarquía, simplemente ejerce jurisdicción graciosa y su papel aparece equiparado por la ley al del notario, allí donde recibe "manifestación expresa y directa" del padre, "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene", en la última hipótesis del artículo 2º, Ley 45 de 1936.

Que el objeto único y principal del acto no haya sido el reconocimiento del hijo, en nada le resta el mérito declarativo pleno. Lo esencial consiste en que a más de las condiciones generales requeridas para la validez de las declaraciones de voluntad, la manifestación ante el Juez, por lo expresa y directamente hecha por el mismo padre, no admita duda acerca del reconocimiento de la filiación natural con respecto a determinada persona.

No exige el imperativo legal otra cosa que la autenticidad por ante el Juez de la declaración de reconocimiento. Así, no influye en su eficacia plena la circunstancia de que el progenitor obre espontáneamente o por iniciativa simple de otra persona. Y puesto que la declaración se presume exenta de vicios, basta en general que sea nítida y que provenga del padre en persona para que el reconocimiento del hijo natural se perfeccione en derecho.

2. En cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia puede articularse de falsedad contra el instrumento judicial que reconoce el estado civil de hijo natural. Pero la tacha impone la carga de probarla con plenitud, y exige previo pronunciamiento que, si es contrario, envuelve el pago de las costas incidentales además de multa de diez a mil pesos a favor del adversario, según la importancia del asunto, a juicio del juez (649 C. J.). No basta, entonces, objetarlo o redargüirlo de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad, como si se tratara de documentos privados.

3. La declaración de renta y patrimonio en que el denunciante, de quien se pretende la paternidad, hace figurar a determinada persona como su hijo natural, es "algo más que un escrito cualquiera", según lo tiene sentado la doctrina de la Corte. (Casación, 2 de marzo de 1956. LXXXII. 2165-2166. 210).

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

El Juez Promiscuo del Circuito de Caloto admitió la demanda dirigida por Samuel González Velasco contra Aparicio Velasco R. en calidad de heredero de Jacinto Velasco, por vía ordinaria y con estos pedimentos:

"1º El señor Samuel González Velasco, de las condiciones dichas, es hijo natural del señor Jacinto Velasco, fallecido éste en Caloto el día 27 de marzo de 1955, intestado.

"2º El señor Samuel González Velasco, en su condición de hijo natural del señor Jacinto Velasco tiene derecho a la herencia dejada por este causante, como heredero de primer grado.

"3º Restituya el señor Aparicio Velasco R., mayor y vecino de Caloto (Cauca) la totalidad de los bienes herenciales dejados por el causante señor Jacinto Velasco, al heredero de primer grado señor Samuel González Velasco, relacionados en el punto 14 de esta demanda, con sus aumentos, frutos naturales y civiles percibidos o que el legítimo heredero hubiera podido percibir si hubiere (sic) tenido las cosas hereditarias en su poder y por todo el tiempo en que éstas estuvieron en manos del mencionado señor Aparicio Velasco R.

"4º Pague el demandado las costas del juicio según la liquidación que se haga por la Secretaría.

"5º La restitución de las cosas hereditarias se hará después de cinco días de ejecutoriado el fallo directamente por el demandado o por medio del juzgado.

"6º Para los efectos del artículo 370 del Código Civil comuníquese al señor Notario Público de este Circuito la parte pertinente del fallo, una vez ejecutoriado".

El planteamiento de hecho se encuentra en lo esencial referido a que Samuel González Velasco, nacido en Caloto el 27 de junio de 1913, es hijo de Soledad González a consecuencia de relaciones sexuales con Jacinto Velasco, y a estos puntos que se transcriben:

"7º Tanto en la época de las relaciones sexuales estables y notorias entre el señor Jacinto Velasco y la señora Soledad González, como con posterioridad a ellas y en las circunstancias del nacimiento del señor Samuel González, el causante Jacinto Velasco se manejó correctamente, como corresponde a un padre de familia con la señora González y después con su hijo natural mencionado;

"8º El señor Jacinto Velasco atendía a su hijo natural Samuel González Velasco, lo presentaba a sus amigos y relacionados, lo recibía en su finca de campo en *La Quebrada* —Santander de Quilichao— confesaba ante las personas que lo rodeaban y en presencia del mismo Samuel, ser éste su hijo natural reconocido por él;

"9º El trato que le prodigó el señor Jacinto Velasco a Samuel González, proveyendo a su educación y establecimiento, según su posición y presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos y relacionados, duró mucho más de diez años continuos y esto era tan notorio que tales deudos, amigos y relacionados, siempre reputaron a Samuel González Velasco como hijo natural de Jacinto Velasco en el vecindario de su domicilio;

"10. Pero no sólo fue lo anterior el trato y reconocimiento por parte de Jacinto Velasco de su hijo natural Samuel González, sino que, el día 14 de enero de 1953, ante el Juez 1º Municipal de Puerto Tejada y habiendo sido llamado por algunos acreedores de Samuel González para ver si se hacía cargo de las deudas de éste, dijo que no se hacía cargo de tales deudas pero que sí reconocía como su hijo natural al mencionado Samuel González V.;

"11. El acta anterior fue encontrada tánto por el señor Juez de Caloto que conoce del sucesorio, como por el Tribunal Superior de Popayán como deficiente para un reconocimiento, criterio que, desde luego, no puedo aceptar aún;

"12. Pero no se detiene allí la serie de manifestaciones del señor Francisco Velasco en favor del reconocimiento de su hijo Samuel González, sino que, en sus declaraciones de renta, al solicitar las exenciones, hace figurar como su hijo natural, al mencionado señor Samuel González;

"13. La sucesión del señor Jacinto Velasco se encuentre (sic) actualmente ilíquida como lo certifica el Juez del Conocimiento".

Terminó el litigio en primera instancia con fallo del 23 de mayo de 1960, que en la resolución dice:

"En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto... DENIEGA la petición del señor Samuel González, vecino de este lugar, para que se le declare hijo natural del extinto señor Jacinto Velasco. Y consecuencialmente, también DENIEGA la entrega de los bienes herenciales demandada. Sentido en el cual se ABSUELVE a la sucesión del citado Velasco que en el momento aparece representada por el señor Aparicio Velasco, vecino de Caloto.

"Comuníquese a los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de la localidad, de Santander y de Puerto Tejada para que cancelen los registros de la demanda. Sin costas".

Este pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el suyo de 15 de noviembre de 1960, y ha llegado la oportunidad de resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Estudia el sentenciador las causales invocadas en la demanda inicial para el reconocimiento de la paternidad de Jacinto Velasco con respecto a Samuel González, a saber: a) manifestación expresa y directa hecha ante un juez, y b) posesión notoria del estado de hijo.

Cuanto a la manifestación expresa y directa ante el juez, dice el sentenciador:

"... si antes de llegar a este modo o medio de reconocimiento voluntario se detiene la atención en los dos anteriores indicados en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, no será difícil observar que tanto el reconocimiento como el que se hace por testamento, obedecen a movimientos propios y espontáneos de quien lo verifica, sin insinuación o exigencia alguna de tercera persona o de persona interesada. De tal modo que si a través de este matiz se interpreta la parte final de la disposición predicha, se comprende que esa y no otra fue la voluntad del legislador al emplear la palabra 'manifestación', que no puede concebirse como el ejercicio de medios coercitivos o sistemas que forzando la voluntad la obliguen a hacer visible o notorio lo que ella desea mantener oculto. Por ello, tal es el pensamiento del Tribunal, no puede haber 'manifestación' ante juez alguno cuando para ella, por cualquier motivo, se constriñe a quien expone los hechos a obrar de ese modo; porque existe diferencia de procederes cuando, por ejemplo, un hombre presta voluntariamente y sin insinuación del ejecutado caución de saneamiento para responder por las deudas de éste cuya ejecución se persigue, advirtiendo expresa y directamente que lo hace porque es su hijo natural, y cuando, como en el caso en estudio, esa presunta 'manifestación' se originó por la voluntad de un tercero y desde luego carente en absoluto de espontaneidad de parte de Jacinto Velasco. La manifestación de algo requiere y demanda libertad de movimiento".

Y para el caso concreto expresa:

"Alejandro Valencia pide al Juez 1º Municipal de Puerto Tejada que se cite al despacho a Jacinto Velasco 'para que bajo juramento absuelva el siguiente interrogatorio: ... b) Diga qué parentesco tiene el testigo con el señor Samuel González...; c) Diga si *como padre natural que es de Samuel González* puede responder por las deudas de éste, o si no responde por ellas'.

"El 14 de enero de 1953, Jacinto Velasco acude al despacho del citado juez y respondiendo a tal interrogatorio expresa: 'Al punto b). El único parentesco que tengo con el señor González es que es mi hijo natural a quien reconozco. Al punto c). Yo no respondo por las deudas de mi hijo natural señor Samuel González porque él no se ha levantado bajo el dominio mío...' (fol. 8, C. 1).

"Comparados los anteriores elementos de prueba, el interrogatorio de Valencia y la respuesta de Velasco, dentro de los antecedentes que se han expresado en cuanto a lo que debe entenderse 'por manifestación directa y expresa ante un juez', se infiere que si tal respuesta no fue espontánea, nacida de la voluntad de Velasco y sin que fuera sugerida en modo alguno por otra persona, mal podría aceptarla esta Sala como un modo de reconocimiento voluntario, ratificando así el concepto emitido por el señor Magistrado doctor Aurelio Arturo en el auto de 19 de septiembre de 1958, cuando afirma: 'como se ve, por la sola relación de cómo sucedieron los hechos, la iniciativa para la manifestación que hizo Jacinto Velasco Lasso ante el Juez Municipal, no fue un acto voluntario y libre de éste, sino de un tercero. Es claro que Jacinto Velasco Lasso habría podido reconocer como hijo natural a Samuel González en una simple declaración espontánea, ante un juez, o con un simple escrito presentado ante el mismo funcionario. Si así lo hubiera hecho el reconocimiento tendría plena validez legal. Pero no puede tenerse como tal una manifestación hecha en las circunstancias en que esta ocurrió'."

Comenta los artículos 68 y 69 de la Ley 153 de 1887 sobre que el hijo ilegítimo habrá derecho a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo, expresándose en la citación el objeto de ella, y agrega:

"La simple lectura del memorial que dio pie a la declaración de Jacinto Velasco traída como prueba de reconocimiento o confesión de ser Samuel González hijo natural de él, convence que no sería el caso de aplicar el artículo 68 de la Ley 153 de 1887, porque quien solicita, Alejandro Valencia, no es la persona a quien hubiera de favorecer la confesión que haya hecho Jacinto Velasco, y porque la petición se hizo a juez incompetente (artículo 736 del Código Judicial) por la naturaleza del asunto".

Considera el Tribunal que el testimonio de Jacinto Velasco tampoco tiene mérito de confesión extrajudicial, por cuanto obra en autos el que rindió Manuel Yamel en el sentido de haber acompañado a Jacinto en el acto de su

declaración en que negó rotundamente el hecho de ser el padre de *Samuel Banguera,* además de afirmar que no tenía hijos de ninguna clase; considera, además, que el reconocimiento en la declaración de renta tampoco tiene mérito "porque bien leída la parte correspondiente al cuadro de las exenciones personales, en ellas no hay confesión, manifestación y testimonio de la persona que hace la declaración. Dos personas testifican que el declarante ha sostenido durante el año gravable a otras que por razón de tal parentesco estaba obligado a ello. Ellas constituyen una deposición en un testigo más en un documento que ha de producir determinados efectos fiscales pero que sería extralimitar mucho su sentido para estimar que en él va implícita una confesión o manifestación de reconocimiento de hijo natural respecto de quien como tal se denuncia en dicho cuadro de exenciones".

Cuanto a las causales de posesión notoria de estado y de relaciones sexuales notorias y estables entre los progenitores, no encuentra el sentenciador prueba suficiente para acreditarlas.

LA IMPUGNACION

Está formulado por la causal 1ª el cargo único de ser la sentencia violadora de los artículos 2º, 4º en su numeral 3º y 20 de la Ley 45 de 1936, así como también de los artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, "por *error de derecho,* esto es, por violación de la ley proveniente de apreciación errónea de las pruebas documentales básicas del proceso, como también por la falta de apreciación de las pruebas constitutivas de indicios, que surgen del mismo proceso con verdadera fuerza de convicción, para imponer desde luego una solución contraria a la dada en aquella sentencia".

Cuanto a las pruebas documentales básicas se destacan las que el recurrente señala con las letras a) y b), a saber:

"a) La declaración que el causante Jacinto Velasco rindió, a petición del señor Alejandro Valencia M. ante el señor Juez 1º Municipal de Puerto Tejada el 14 de enero de 1953, con todas las formalidades legales, según la cual, al preguntársele por Valencia M., lo de ley, sobre qué parentesco tenía el deponente con Samuel González, y sobre si como padre natural de Samuel González podía responder por las deudas de éste, o si no respondía por ellas, de manera espontánea y contundente *respondió:* Que hasta ese día tenía 70 años de edad, ser natural de Santander y vecino del Municipio de Puerto Tejada, soltero, agricultor de profesión, cedulado con el número 350558 de Puerto Tejada y sin generales de la ley con el preguntante. *Que el único parentesco que tenía con el señor González es que era su hijo natural a quien reconocía.* Que no respondía por las deudas de su hijo natural señor Samuel González porque él no se había levantado bajo el dominio suyo ni le había consultado al declarante para contraer las deudas que pudiera tener. (Fs. 8-9 C. 1º).

"b) El certificado que los señores *Administrador de Hacienda Nacional del Cauca* y el *Auditor de Impuestos Nacionales,* debidamente estampillado y autenticado a petición del demandante-recurrente, expidieron con fecha 18 de noviembre de 1958, en Popayán, sobre: 'Que el señor Jacinto Velasco Lasso, identificado con la cédula de ciudadanía número 350558 y vecino del Municipio de Santander (C.), en cuyo cuadro de exenciones solicita al señor Samuel González Velasco, quien figura como hijo *natural.* El señor Velasco suscribe la declaración de renta".

Sobre estas pruebas dice el libelo de casación:

"En relación con la declaración judicial rendida por el causante Jacinto Velasco ante el Juez 1º Municipal de Puerto Tejada, ya relacionada, expresa el H. Tribunal de Popayán que la respuesta dada por Velasco, en el sentido de aceptar a Samuel González Velasco como su hijo natural y manifestar que lo reconocía, no fue espontánea, nacida de la voluntad de Velasco, sino sugerida por otra persona, *y que mal podría la Sala aceptarla como un modo de reconcimiento voluntario.* (Subraya el recurrente).

"En verdad —agrega— la confesión que Jacinto Velasco hizo ante el Juez 1º Municipal de Puerto Tejada de aceptar como su hijo natural a Samuel González Velasco y de reconocerlo como tal, no surgió del hecho o circunstancia de que Velasco se presentara, sin citación de tercera persona, a declarar o confesar ese hecho, ni tampoco fue una confesión judicial provocada dentro de juicio por parte interesada y ante juez competente para ello. Se trata en verdad, de una confesión judicial provocada por un tercero, confesión que, sin embargo, queda siempre como hecho de la parte confesante el que existe por sí, independientemente del juicio, y constituye una confesión extrajudicial...

"La confesión extrajudicial de Velasco, aunque encaminada a obtener el reconocimiento de deudas que Samuel González había contraído, por el padre natural de éste, Jacinto Velasco,

es de significativa importancia como hecho de parte del confesante, por la espontaneidad que éste manifestó al no negar su propia sangre en el hijo, y, es más, en reconocerlo como su hijo natural, como así también lo hiciera en presencia de varios testigos que declararon sobre el particular en este juicio, a saber: Dorotea Balanta de Ortiz (f. 11. C. 2), Epifanio Quintero (f. 12. C. 2), Toribia Uzuriaga (f. 19. C. 2), Florentino Franco (f. 29. C. 2), Delio Terranova (f. 30. C. 2) y Aureliano Balanta (f. 65. C. 2)".

Más adelante comenta:

"En relación con la prueba de confesión extrajudicial rendida por el causante Jacinto Velasco *el día 14 de enero de 1953*, la parte demandada, por medio de su apoderado, ha pretendido darle importancia fundamental a la declaración del extranjero *sirio-libanés* señor *Samuel Yamel*, que de nudo hecho se acompañó con el libelo de contestación a la demanda, pero que fue ratificada por Yamel en el término probatorio del juicio en la primera instancia. No obstante, el primero y gravísimo defecto que se anota a ese testimonio es que éste se refiere o alude a una declaración rendida por el causante Jacinto Velasco en un Juzgado Municipal en el año de 1954, siendo así que Velasco declaró el día 14 de enero de 1953 en el Juzgado 1º Municipal de Puerto Tejada. Así, si el declarante Yamel no pudo determinar el mes, fecha, ni día, en que el hecho sobre el cual declara sucedió, a lo menos ha debido decir cuál fue el año de la ocurrencia. Pero fuera de tal defecto de imprecisión fundamental, sucede que ese declarante es único, vago e impreciso, y, además, atentatorio contra la honestidad de un Juez y su Secretario, que con todas las formalidades de la ley sobre recepción de testimonios, están autenticando un documento público, cuya fe no puede ser destruída en la forma que lo ha pretendido el demandado".

En lo que atañe a la declaración de renta y patrimonio de Jacinto Velasco por el año gravable de 1954, se lee en la demanda:

"De igual modo, el hecho de haber incluído, legal o ilegalmente, el causante Jacinto Velasco entre las exenciones al impuesto de renta y patrimonio al demandante-recurrente, como su hijo natural, es otra manifestación inequívoca de reconocimiento por Jacinto Velasco que, unida a la confesión extrajudicial y a todos los indicios que se desprenden de los testimonios citados, no dejan duda alguna de la certeza del hecho de ser el demandante-recurrente hijo natural reconocido por su padre Jacinto Velasco.

"Acerca del modo o manera de reconocimiento de hijos naturales, ya en el caso del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, entre otros del mismo artículo, esto es, 'por manifestación expresa y directa hecha ante el juez (para el caso no importa que lo sea el municipal o el de circuito, pues la ley no lo dice), aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene', o ya en el caso del numeral 3º del artículo 4º de la misma Ley 45 citada, esto es, 'si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad', la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, a quien tengo la honra de dirigirme, en sentencia de fecha 2 de marzo de 1956, expuso la siguiente doctrina:

" 'La Ley 45 de 1936 en el numeral 3º de su artículo 4º le otorga mérito a una simple carta o 'a otro escrito *cualquiera*' del pretendido padre, para hacer la declaración judicial de paternidad. Para la Corte una declaración formal de renta y patrimonio presentada ante la Administración de Hacienda Nacional, en que se haga la inclusión explícita por parte de quien se pretende la paternidad, de que una persona es hija suya, es algo más que un *escrito cualquiera*.

" 'Si para tener a una persona como hija natural de un pretenso padre basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya reconocido por manifestación ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (artículo 2º de la Ley 45 de 1936), es imposible, inexplicable que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la Administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º, artículo 4º de la Ley 45, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario'. (G. J. 2165 y 2166, págs. 208 y ss.)".

Por último, la demanda de casación se ocupa en el examen de los testimonios aportados a los autos para deducir los indicios que en sentir del recurrente sirven de respaldo a la filiación impetrada.

SE CONSIDERA:

1. El reconocimiento de la paternidad natural es un acto voluntario de quien hace la declaración. Y sea cualquiera el modo empleado dentro

de los que la ley consagra al efecto, es además un acto solemne cuya forma externa garantiza su propia autenticidad: porque son notariales el acta de nacimiento firmada por quien reconoce el hijo, la escritura pública y el testamento; y porque el juez, sin distingos de jerarquía, simplemente ejerce jurisdicción graciosa y su papel aparece equiparado por la ley al del notario, allí donde recibe "manifestación expresa y directa" del padre, "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene", en la última hipótesis del artículo 2º, Ley 45 de 1936.

2. Que el objeto único y principal del acto no haya sido el reconocimiento del hijo, en nada le resta el mérito declarativo pleno. Lo esencial consiste en que a más de las condiciones generales requeridas para la validez de las declaraciones de voluntad, la manifestación ante el juez, por lo expresa y directamente hecha por el mismo padre, no admita duda acerca del reconocimiento de la filiación natural con respecto a determinada persona.

No exige el imperativo legal otra cosa que la autenticidad por ante el juez de la declaración de reconocimiento. Así, no influye en su eficacia plena la circunstancia de que el progenitor obre espontáneamente o por iniciativa simple de otra persona. Y puesto que la declaración se presume exenta de vicios, basta en general que sea nítida y que provenga del padre en persona para que el reconocimiento del hijo natural se perfeccione en derecho.

3. En cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia puede articularse de falsedad contra el instrumento judicial que reconoce aquel estado civil. Pero la tacha impone la carga de probarla con plenitud, y exige previo pronunciamiento que, si es contrario, envuelve el pago de las costas incidentales además de multa de diez a mil pesos a favor del adversario, según la importancia del asunto, a juicio del juez (649 C. J.). No basta, entonces, objetarlo o redargüirlo de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad, como si se tratara de documentos privados.

4. En el asunto que se juzga Jacinto Velasco compareció ante el juez a solicitud de acreedor de Samuel González a fin de que declarara sobre el parentesco entre ellos dos y si en esa virtud el primero se responsabilizaba por las deudas del segundo, a saber:

"Diga ¿qué parentesco tiene el testigo con el señor Samuel González, residente en el sitio de *La Quebrada,* jurisdicción del Distrito de Santander? —El único parentesco que tengo con el señor González es que es mi hijo natural a quien reconozco.

"Diga el testigo ¿si como padre natural que es de Samuel González puede responder de las deudas de éste, o si no responde por ellas? —Yo no respondo por las deudas de mi hijo natural, señor Samuel González, porque él no se ha levantado bajo el dominio mío ni me ha consultado a mí para contraer las deudas que pueda tener. Es mi declaración".

El objeto único y principal de ese acto se revela por el aparente interés del acreedor en saber si el presunto padre atendería o no al pago de las deudas del hijo. Es absolutamente claro que el interrogatorio en nada obligaba a reconocer la paternidad natural a quien no se sintiera ser el progenitor de González. Y si Jacinto directamente manifestó en forma inequívoca su condición de padre natural de Samuel González, el hecho de que el acreedor de este último hubiese provocado la declaración, más bien que restarle mérito, acaso pudiera respaldarla como índice de la opinión difundida en el vecindario acerca de ser González hijo natural de Jacinto Velasco.

5. Si, en consecuencia, había razón suficiente a motivar el reconocimiento del padre en el supuesto 4º del artículo 2º, Ley 45 de 1936, la razón es aún más poderosa para hallar demostrada en el proceso la causal 3ª del artículo 4º *ibídem,* para el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia.

El escrito en referencia procede del padre y es inequívoco en sus términos como reconocimiento del hijo. A que se agrega en corroboración el certificado oficial acerca de que Jacinto hizo figurar a Samuel como su hijo natural en la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1954. Y ello es "algo más que un escrito cualquiera", según lo tiene sentado la doctrina de la Corte. (Casación, 2 de marzo de 1956. LXXXII. 2165-2166. 210).

6. Sobre la declaración de Jacinto, efectuada el 14 de enero de 1953 ante el Juez 1º Municipal de Puerto Tejada, se invoca el dicho de Manuel Yamel en el sentido de haber acompañado al propio Jacinto en el acto de rendir su testimonio *en 1954,* "sin determinar mes, fecha, ni día", y que a la pregunta sobre si *Samuel Banguera* era su hijo respondió negativamente. Pero es obvio que un testimonio solitario y dislocado carece de eficacia como contra-prueba de un acto auténtico.

Hay referencia en autos acerca de que en atención a lo declarado por Yamel, en el juicio

sucesorio de Jacinto Velasco se dispuso por el mismo Juez del conocimiento del presente litigio, investigación penal por falsedad del acta correspondiente al testimonio de Jacinto, pero se encuentran ejecutoriadas las providencias denegatorias de la suspensión de este mismo proceso, donde no se formalizó la tacha de falsedad. Por modo que esa misma acta judicial conserva su carácter de auténtica.

7. Se aducen testimonios acerca de la ignorancia de Jacinto, que dibujaba su firma sin saber leer ni escribir, para restarle mérito a sus declaraciones y en especial a la de renta y patrimonio para la tasación de impuestos, firmada por Jacinto y hecha por tercera persona. Pero no se ha demostrado abuso del mandatario en el cumplimiento de su encargo; la firma hace presumir la exactitud del contenido del instrumento, y la ignorancia en letras no envuelve ausencia del sentido común y menos hasta el punto de reconocer ante el juez y ante las autoridades fiscales como hijo natural a extraña persona.

8. Sobre la crítica de los testimonios aportados en materia de relaciones sexuales entre Jacinto Velasco y la madre de Samuel, y en cuanto a la posesión notoria de estado, se observa que si no alcanzan a probar los elementos que las integran, arrojan sin embargo indicaciones en respaldo de la manifestación inequívoca de paternidad hecha por Jacinto. Cierto que se ha buscado contraprobar con testimonios negativos, con base en supuestos indefinidos que restan fuerza a las declaraciones. Y todo ello sin incidencia, porque establecida una de las varias causales de ley invocadas en la demanda para impetrar el reconocimiento de la filiación natural, es innecesario el examen de las restantes.

9. A pesar del celo muy laudable que el sentenciador demuestra en la valoración del acervo probatorio, el cargo por error jurídico, con quebranto de las normas orgánicas de la declaración judicial de paternidad natural, conduce a infirmar el fallo recurrido. Y los motivos expuestos corresponden a los de la sentencia de reemplazo en lo atinente a las súplicas declarativas de la filiación natural con los derechos hereditarios anexos a ese mismo estado civil.

Pero no es el caso de decretar las peticiones restitorias de bienes en concreto, a falta de prueba completa de los elementos de la acción y, en particular, de la posesión material del demandado.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de fecha 15 de noviembre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, revoca la de primera instancia, y en su lugar

Resuelve:

Samuel González Velasco, nacido en Caloto el 27 de junio de 1913, es frente a Apolinar Velasco R. hijo natural del fallecido Jacinto Velasco con los derechos anexos a ese mismo estado civil, que lo acreditan para ser interesado como parte en el respectivo juicio sucesorio y obtener que se le adjudiquen bienes, con sus aumentos, accesorios y frutos de toda índole al tenor de las disposiciones civiles y en la medida de su vocación hereditaria, y a las restituciones a que pudiere haber lugar.

Sin costas ni en las instancias ni en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

EXPROPIACION IRREGULAR O INDIRECTA DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS

Acción que el ordenamiento jurídico otorga al desposeído propietario.

La Constitución Nacional garantiza fundamentalmente el derecho de propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título. Así el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad, por motivos que ella misma califica de superiores al particular o privado, como es la utilidad pública o el interés social, sólo puede cumplirse mediante sentencia judicial e indemnización previa. Equilibrio que al dar seguridad y firmeza al derecho de propiedad, no lo constituye en rémora ni obstáculo cuando la utilidad social o el interés público, reclaman su aporte. Y la garantía a ese derecho no sólo la estableció para épocas normales, sino que la extendió aún para tiempos de guerra, pues, el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y solo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial...".

En razón de esas normas, determina quebrantamiento de la ordenación constitucional que el poder público, así sea con progresista intención, las desconozca u olvide y, en vez de aplicarlas con estricto criterio y prudente empleo de su actividad, ocupe la propiedad privada, sin obedecimiento de las previsiones rigurosas ordenadas por la Constitución.

Cumplida la ocupación sin los requisitos legales, el ordenamiento jurídico del Estado, con la jerarquía suprema de la Constitución, protege al desposeído propietario, dándole la acción, que se resuelve ante la justicia ordinaria mediante el juicio de reivindicación; pero, como ya sería imposible la restitución de la cosa misma, la acción se cumple y satisface por medio del pago del bien ocupado, es decir, por la subrogación del precio a la cosa, figura jurídica regulada por el artículo 955 del Código Civil.

Oportuno resulta recordar aquí lo dicho por la Corte en casación de 2 de junio de 1960, sobre la expropiación irregular o indirecta (XCII, 2225-2226, pág. 905).

Como la acción conducente en casos como el que se resuelve es la reivindicatoria, regulada por el Código Civil, en armonía con las normas procedimentales del Código Judicial, es lógico concluír, que a las disposiciones del derecho privado están sujetos los términos para incoar la acción restitutoria y, desde luego, lo atinente con la prescripción de la acción.

Se concluye de lo anterior que no es posible aplicar a la acción reivindicatoria las disposiciones relativas a la caducidad administrativa. Ni podría un funcionario judicial hacerlo así, porque arbitrariamente derogaría las normas sobre prescripción de esa acción, regulada concretamente por el Código Civil. Además, al declarar la Corte inconstitucionales los artículos 261 a 268 y 269 de la Ley 167 de 1941, en fallo de 20 de junio de 1955, "en cuanto reglamenta el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", obviamente dijo que corresponde a la justicia ordinaria aplicar las reglas del derecho común a las acciones de que goza el propietario desposeído por el poder público en casos de irregular expropiación.

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

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

1. Informa este expediente que la sociedad "Ladrillera de Neiva Ltda.", es dueña de un lote de terreno situado en el área urbana de Neiva, ubicado en la calle 18 entre las carreras 5ª y 5ª-A, lote que hace parte de la dicha calle 18, cuyas dimensiones y linderos son los siguientes:

"Por el norte, en extensión de treinta y seis metros ochenta centímetros lineales (36.80 m. l.) con predio que perteneció a Jorge Martínez y Luciano Manrique, hoy de "Flota Huila S. A."; por el sur, en extensión de treinta y seis metros setenta y cinco centímetros lineales (36.75 m. l.) con predio que perteneció a Jorge Martínez y Luciano Manrique, después a "Ladrillera de Neiva Ltda.", hoy de Esso Colombiana S. A.; por el oriente, en extensión de dieciséis metros veintidós centímetros lineales (16.22 m. l.) con terrenos de propiedad del Municipio de Neiva, hoy calle diez y ocho, y por el occidente, en extensión de dieciséis metros treinta y cinco centímetros lineales (16.35 m. l.) con la carrera quinta (5ª)"; y que el Municipio de Neiva para abrir la citada calle 18, por medio de una "expropiación de hecho", tomó la posesión del lote antes linderado, la que actualmente tiene.

EL LITIGIO

2. Los antecedentes anteriores dieron motivo a la demanda de reivindicación iniciada por la desposeída sociedad "Ladrillera de Neiva Ltda." frente al Municipio de Neiva, en la cual se solicita: a) El reconocimiento del dominio o propiedad a favor de la sociedad actora; b) La restitución en especie, y c) En subsidio, por haberse convertido la cosa reivindicada en bien de uso público, a pagar en favor de dicha sociedad "en dinero efectivo, seis días después de quedar en firme la sentencia el lote de terreno determinado en el punto primero, según la estimación pericial que se haga en el término probatorio de este juicio, más los intereses legales de la cantidad fijada por los peritos, desde el día en que se realizó la ocupación por parte del Municipio de Neiva, y hasta el día en que se efectúe el pago de la misma".

3. El Personero Municipal al contestar el libelo, con relación a los hechos dijo que los pruebe el demandante; en cuanto a las peticiones se opone a su declaración y relativamente al hecho tercero de la demanda que afirma la ocupación por parte del Municipio de la zona antes circunscrita, dice:

"Al Tercero. Puede ser cierto y me atengo a lo que resulte probado en el juicio, advirtiendo que si el actor demuestra que se produjo una ocupación de hecho de una zona de terreno de su propiedad, y que dicha ocupación se verificó en el año de 1953, prueba automáticamente que el Municipio viene poseyendo el lote en mención hace cuatro años, de lo cual se deduce la prescripción de la acción y consiguiente pérdida del derecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo".

4. La sentencia de primer grado fue favorable a la pretensión del actor, da por establecidas las condiciones de la acción y niega la excepción propuesta.

El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia, tuvo por improcedente la excepción de prescripción opuesta por el Personero Municipal y declaró "la caducidad de la acción establecida por 'Ladrillera de Neiva Ltda.' contra el Municipio de Neiva, a que se refiere este juicio, por haber sido instaurada la demanda con posterioridad a los dos años que para proponerla dispone el artículo 263 de la Ley 167 de 1941".

LA SENTENCIA ACUSADA

5. Considera el Tribunal que, "Se trata del ejercicio de una acción indemnizatoria de la propiedad privada con motivo de su ocupación permanente por la administración a causa de un trabajo público, o sea, la apertura de la calle 18 de la ciudad de Neiva. Más propiamente, de una acción reivindicatoria, 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 restituírsela, pero con la modalidad de que, no pudiendo el inmueble volver al patrimonio privado, por razón del servicio público a que fue destinado por la administración, se demanda su valor, para indemnizarle al dueño el precio de la cosa". Después de sentar esa premisa que parece llevaría al Tribunal a confirmar la sentencia de primer grado, el fallador *ad-quem*, fija la ecopa en que la ocupación se cumplió (año de 1953), tiene en cuenta la fecha en que la demanda se presentó (14 de marzo de

1957), la de su notificación al Personero Municipal (9 de abril de 1957), y de allí concluye la caducidad de la acción incoada.

"Desde cuando se verificó la ocupación permanente de la faja de terreno cuya indemnización se demanda —dice el Tribunal—, con motivo de la apertura de una vía pública por el Municipio demandado, hasta cuando se presentó el libelo, transcurrieron más de dos años, que es el plazo señalado en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo como término de caducidad de la acción".

Después de reproducir la disposición mencionada, agrega:

"El problema que se presenta a la consideración del Tribunal, sobre aplicación de esta norma, es el relativo a determinar si conserva su vigor o si, por el contrario, ha dejado de regir".

Cita luégo la sentencia de Corte Plena de 20 de junio de 1955, publicada en la Gaceta Judicial número 2154, página 247 y, después de copiar su parte resolutoria, concluye con que tal sentencia dejó en vigor la caducidad. "El término caducidad —afirma el Tribunal—, es un término perentorio, es un plazo prefijado por el legislador para el ejercicio del derecho, que no admite ni suspensión ni interrupción, como la prescripción en general, y que oficiosamente debe ser aplicado por el Juez, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, que ha de ser alegada".

LA IMPUGNACION

6. Se funda la demanda en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por estimar que la sentencia recurrida es violatoria de la ley, "por infracción directa de los artículos 950, 955, 2531, 2538 del Código Civil y artículo 1º de la Ley 50 de 1936, determinada por la indebida aplicación que hizo el Tribunal del artículo 263 del Código Contencioso Administrativo. (Ley 167 de 1941)".

Apoyado en varias sentencias de la Corte que en la demanda de casación se citan, el recurrente censura la aplicación del artículo 263 de la Ley 167 de 1941 al caso del pleito y discurre, así:

"Es decir el Tribunal de Neiva aplicó la regla jurídica contenida en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo, que regula el ejercicio de la acción de indemnización por daños causados por la Administración, a una situación jurídica no regulada por dicha norma, cual es la acción ordinaria de dominio, cuya existencia y oportunidad de ejercicio se rige por las normas consagradas en el Código Civil".

Y con respecto a la acción de dominio, dice:

"La acción de dominio tiene en nuestro derecho modalidades y características propias que la individualizan y distinguen de cualquier otra clase de acción. Su ejercicio se halla regulado por los artículos 946, 950, 952 y 955 del Código Civil, y su extinción por los artículos 2531, 2535, 2538 del Código Civil, y artículo 1º de la Ley 50 de 1936. Por lo tanto siendo la acción de dominio una acción autónoma; estando regulada su existencia y ejercicio por las reglas consignadas por los artículos anteriormente citados del Código Civil, son estas normas de derecho y no otras las que se deben aplicar para decidir en un momento dado sobre la oportunidad en que fue instaurada. Lo contrario conduciría a 'hibridismos con otras normas legales con el objeto de crear doctrinariamente un nuevo tipo de acción'."

LA CORTE CONSIDERA:

a) Sin embargo de no ser técnicamente preciso el planteamiento del cargo, por cuanto subordina la violación directa a la aplicación indebida, ello no empece al estudio de la demanda, porque en el desarrollo de la censura se encuentra la adecuada discriminación de los reparos a la sentencia del Tribunal.

b) La Constitución Nacional garantiza fundamentalmente el derecho de propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título. Así, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad, por motivos que ella misma califica de superiores al particular o privado, como es la utilidad pública o el interés social, sólo puede cumplirse mediante sentencia judicial e indemnización previa. Equilibrio que al dar seguridad y firmeza al derecho de propiedad, no lo constituye en rémora ni obstáculo cuando la utilidad social o el interés público, reclaman su aporte. Y la garantía a ese derecho no solo la estableció para épocas normales, sino que la extendió aún para tiempos de guerra, pues el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial...".

En razón de esas normas, determina quebrantamiento de la ordenación constitucional que el poder público, así sea con progresista intención,

las desconozca u olvide y, en vez de aplicarlas con estricto criterio y prudente empleo de su actividad, ocupe la propiedad privada, sin obedecimiento de las previsiones rigurosas ordenadas por la Constitución.

c) Cumplida la ocupación sin los requisitos legales, el ordenamiento jurídico del Estado, con la jerárquica supremacía de la Constitución, protege al desposeído propietario, dándole la acción, que se resuelve ante la justicia ordinaria mediante el juicio de reivindicación; pero, como ya sería imposible la restitución de la cosa misma, la acción se cumple y satisface por medio del pago del bien ocupado, es decir, por la subrogación del precio a la cosa, figura jurídica regulada por el artículo 955 del Código Civil.

"En la expropiación indirecta —ha dicho la Corte— no son invocados ante Juez competente los motivos de utilidad pública o interés social definidos concretamente por el legislador para justificarla. Y no ha sido satisfecha la indemnización que comporta. Es así como la expropiación irregular está privada de eficacia para sustraer la propiedad del patrimonio privado y trasladarla al dominio público. Por lo que entonces se contempla una situación de hecho y no de derecho para quien es sujeto pasivo de la ocupación perdurable de su propiedad como secuela de los trabajos públicos. No deja por ello de ser titular del dominio adquirido con justo título conforme a las leyes que le respaldan su derecho. Está legitimado para reivindicar. Sólo que al perseguir la restitución encuentra que el hecho del poder público la ha tornado imposible en especie, pero no en dinero como expresión monetaria de equivalencia.

"En este evento, el dinero ocupa el lugar jurídico del objeto reivindicado, con el funcional carácter de medida de los valores en conformidad con el sistema monetario organizado por la ley. La reivindicación no pierde su naturaleza de derecho, aunque para el caso varíe la expresión de la condena". (XCII-2225-26, pág. 905).

d) Como la acción conducente en casos como el que se resuelve es la reivindicatoria, regulada por el Código Civil, en armonía con las normas procedimentales del Código Judicial, es lógico concluír, que a las disposiciones del derecho privado están sujetos los términos para incoar la acción restitutoria y, desde luego, lo atinente con la prescripción de la acción.

e) Se concluye de lo anterior que no es posible aplicar a la acción reivindicatoria las disposiciones relativas a la caducidad administrativa. Ni podría un funcionario judicial hacerlo así, porque arbitrariamente derogaría las normas sobre prescripción de esa acción, regulada concretamente por el Código Civil. Además, al declarar la Corte inconstitucionales los artículos 261 a 268 y 269 de la Ley 167 de 1941, en fallo de 20 de junio de 1955, "en cuanto reglamenta el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", obviamente dijo que corresponde a la justicia ordinaria aplicar las reglas del derecho común a las acciones de que goza el propietario desposeído por el poder público en casos de irregular expropiación.

f) El dominio del demandante, la identificación del inmueble, su singularización, como la ocupación por parte del demandado en la forma antes vista, están acreditados suficientemente en el juicio, y, la caducidad declarada por el Tribunal, es impertinente.

Por lo tanto, siendo valederas las mismas razones para casar la sentencia del Tribunal y para confirmar, en pronunciamiento de instancia, la del Juzgado del conocimiento, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR, como en efecto casa, la sentencia de julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida en este juicio ordinario por el Tribunal Superior de Neiva, y en su lugar, CONFIRMAR en todas sus partes la del Juzgado Primero del Circuito Civil de dicha ciudad, de enero veintinueve de mil novecientos cincuenta y nueve, que dice:

"a. Que pertenece a la exclusiva propiedad de la sociedad denominada "LADRILLERA DE NEIVA Ltda.", sociedad domiciliada en esta ciudad, el lote de terreno situado dentro del área urbana de Neiva, ubicado en la calle dieciocho entre la carrera quinta (5ª) y la proyectada carrera quinta a (5ª-A), lote de terreno que actualmente hace parte de la calle dieciocho de esta ciudad, cuyas dimensiones y linderos son los siguientes: "Por el norte, en extensión de treinta y seis metros ochenta centímetros lineales (36.80 m. l.) con predio que perteneció a Jorge Martínez y Luciano Manrique, hoy de 'Flota Huila S. A.'; por el sur, en extensión de treinta y seis metros setenta y cinco centímetros lineales (36.75 m. l.) con

predio que perteneció a Jorge Martínez y Luciano Manrique, después a 'Ladrillera de Neiva Ltda.', hoy de Esso Colombiana S. A.; por el oriente, en extensión de dieciséis metros veintidós centímetros lineales (16.22 m. l.) con terrenos de propiedad del Municipio de Neiva, hoy calle dieciocho; y, por el occidente, en extensión de dieciséis metros treinta y cinco centímetros lineales (16.35 m. l.) con la carrera quinta (5ª).

"b) Se condena al Municipio de Neiva, a pagar dentro del término de seis días, a la sociedad "Ladrillera de Neiva Ltda.", la suma de once mil setecientos sesenta y ocho pesos ($ 11.768.00) moneda corriente, valor del lote de terreno descrito anteriormente, ocupado por la entidad Municipal para la apertura de la calle 18 entre carreras 5ª y 5ª A de esta ciudad, más los intereses legales de esta suma, computados desde la fecha de la ocupación hasta que se verifique el pago.

"c) Simultáneamente con el pago ordenado en el punto anterior, el demandante otorgará al Municipio de Neiva escritura pública de venta del lote a que se refiere el punto a) de esta providencia.

"d) Se declara improcedente la excepción propuesta.

"Sin costas".

No se causaron costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL. — PRESCRIPCION DE LA ACCION

En derecho colombiano no se extingue por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad. El estado civil de las personas está fuera del comercio. Deberes de los padres para con los hijos, incluso los naturales. Relaciones sexuales estables y notorias. Poderes discrecionales del fallador en la apreciación de la prueba al respecto.

1. Es el estado civil una calidad invaluable que en razón de su esencia no ingresa al patrimonio ni admite cotización en el mercado. Constituye un atributo de la personalidad humana, que marca su posición en la familia y en el grupo social a que pertenece. No puede cederse ni enajenarse, ni ser objeto de transacción. El derecho lo protege, eso sí, como a todos los valores imponderables que integran el acervo moral en que reposa la dignidad y estimación de las gentes.

Por todo ello el artículo 406 del Código Civil consagra la norma de que la prescripción nunca podrá oponerse "a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

2. No existe duda acerca de que el matrimonio establece la familia como fundamento de la sociedad y base primaria del orden público. Pero a pesar del cuidado preponderante de las leyes por la protección de la familia legítima, nunca podría olvidar con justicia la organización jurídica, los supremos principios que exigen el cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos, aún los engendrados fuera de matrimonio; y ante todo se consagran por el derecho los medios conducentes a que el juez declare la paternidad natural, ya que la maternidad es revelada en los hechos por el embarazo y el parto.

3. Es posible en derecho, y así ocurre en varias legislaciones, que por causas obedientes a corregir la incertidumbre en materias que rozan directamente el orden público y las buenas costumbres, se establezcan términos muy breves de caducidad de la acción de paternidad natural, lo que incluye ventajas atinentes a que los recuerdos sean frescos para asegurar o mejorar la credibilidad del testimonio, y a que por lo general el proceso se surta precisamente contra el presunto padre como legítimo contradictor.

Pero si como sucede en derecho colombiano no hay mandato especial y expreso de la ley, que extinga por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad, no es posible por analogía con las acciones ordinarias consagrar excepción al principio tutelar de imprescriptibilidad estatuído por el artículo en cita, 406 del Código Civil.

4. Si en ejercicio de los poderes que incumben al juzgador de instancia para la crítica del testimonio, el Tribunal llegó en lo íntimo de su fuero a la persuación de que A nació por consecuencia de las relaciones sexuales notorias y estables de B y C, sería preciso a la prosperidad de la censura en casación que los autos mostraran contraria evidencia, constitutiva de cargo por yerro manifiesto de hecho; ya que en materia de error de derecho nada cabe invocar contra aquellos mismos poderes discrecionales del sentenciador, que hallan abrigo en su conciencia y no pueden supeditarse por la Corte, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Contra María Etelvina Buelvas y Julia R. Tordecilla v. de Espeleta, como herederas de

Gabriel D. Espeleta, por medio de apoderado encaminó demanda ordinaria Eduardo Enrique Espeleta, con estas súplicas:

"1ª Que mi mandante, el señor Eduardo Enrique Espeleta Oviedo, es hijo natural del finado Gabriel D. Espeleta.

"2ª Que siendo hijo natural de dicho señor tiene derecho a continuar ostentando su apellido y a sucederle en sus bienes en el grado y preeminencia que le asigna la ley.

"3ª Que se sirva condenar en costas a los demandados, si se oponen".

La cuestión de hecho se refirió a que Gabriel D. Espeleta "hizo vida marital de manera notoria, permanente y continua" con María Luisa Oviedo Jaramillo, desde 1921 hasta 1923; a que Eduardo Enrique Espeleta, nacido el 30 de noviembre de 1922, fue el fruto de esas relaciones, y el fallecido Espeleta "proveyó a la susbsistencia del niño durante el período de su niñez, a su educación y establecimiento hasta la época de su muerte" y "lo presentó siempre a sus deudos y amigos como hijo natural"; y a que cuando nació Eduardo Enrique ella, María Luisa Oviedo, era soltera, en tanto que Gabriel era casado con Julia Rosa Tordecilla "antes de la expedición de la Ley 28 de 1932".

El Juez Civil del Circuito de Montería, con fecha 16 de abril de 1959, dio fin al primer grado procesal por sentencia plenamente absolutoria que impuso costas al demandante, quien se alzó ante el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial y obtuvo en segunda instancia el fallo de 29 de noviembre de 1960, cuya resolución dice así:

"1º Revócase en todas sus partes la sentencia apelada.

"2º Declárase que el señor Eduardo Enrique Espeleta Oviedo, es hijo natural del finado Gabriel D. Espeleta, teniendo derecho a usar su apellido y a sucederle en sus bienes de acuerdo con la ley, en su calidad de hijo natural.

"3º Declárase no probada la excepción de prescripción de la acción propuesta por la parte demandada.

"4º Condénase a la parte demandada a pagar las costas de la primera y segunda instancia".

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

En lo tocante a la prueba por testigos, el Tribunal expresa:

"Como ya se anotó, el inferior fundó su decisión absolutoria en el hecho de que los testimonios traídos por la parte actora para demostrar el carácter de hijo natural del demandante Espeleta Oviedo respecto del finado Gabriel D. Espeleta, eran deficientes, imprecisos y precarios.

"Empero, analizando cuidadosamente, la crítica hecha por el inferior a los testimonios que obran en el expediente, se observa que la labor del Juez se limitó a tomar la parte desfavorable de los testimonios aludidos, desechando u omitiendo aquellos aspectos que favorecían al demandate, y eludiendo como lo ordenan los principios que informan la crítica testimonial, hacer una valoración en conjunto de las declaraciones. Es decir, que los testimonios fueron apreciados en forma fragmentaria, sin tener en cuenta la lógica vertebración que de su estrecha ralación se desprende, a favor de la tesis sostenida por la parte actora".

Estudia los testimonios de Miguel Berrocal Padilla, Prisciliano Agames Núñez y Sixto Pastrana, y comenta:

"Con los testimonios mencionados queda demostrado que Gabriel D. Espeleta raptó a María Luisa Oviedo en el año de 1921, de la casa de habitación de aquella, situada en la finca *El Arroyo,* jurisdicción de Montería; que tuvieron relaciones sexuales estables, públicas y notorias durante varios años, aunque la comunidad de habitación no fuese completa; que Eduardo Enrique Espeleta Oviedo nació dentro (sic) de los ciento ochenta días siguientes a la fecha en que se iniciaron las relaciones sexuales de sus padres; y que Gabriel D. Espeleta dio a Eduardo el tratamiento de hijo natural durante más de diez años, habiéndolo tenido viviendo en casa de la madre de Gabriel Espeleta, hasta que murió éste, y habiéndolo presentado a sus amigos y familiares como hijo natural.

"Las declaraciones que se han citado son de gran valor probatorio, ya que los testigos son precisos en sus relatos, citan fechas y lugares y dan razón de sus dichos...

"Uno de los testigos citados, don Sixto Pastrana, elemento respetable y valioso de la sociedad monteriana, da detalles precisos sobre las relaciones sexuales de los padres de Eduardo Enrique Espeleta Oviedo, y además ilustra su

dicho, trayendo a colación el hecho de que la esposa de Gabriel Espeleta era prima hermana del declarante, y que la citada señora sufrió mucho con motivo de las relaciones de Espeleta y María Luisa Oviedo.

"El testigo Berrocal Padilla también da detalles precisos sobre la fecha en que Espeleta raptó a María Luisa Oviedo, y afirma que el nacimiento de Eduardo tuvo lugar al año siguiente de haberse iniciado las relaciones sexuales entre los padres de aquél e igualmente ilustra su dicho, manifestando que el nacimiento de Eduardo fue celebrado con una fiesta dada por el padre del muchacho a la cual asistió un hermano del declarante.

"Prisciliano Agámez, el otro testigo citado, suministra también detalles importantes sobre los cuales depone, como son el de que María Luisa Oviedo vivía en casa del declarante en la finca *El Floral* cuando fue raptada por Gabriel Espeleta. Afirma igualmente que Eduardo nació al año siguiente de iniciadas las relaciones sexuales, y que el doctor Giraldo atendió a la madre en el parto. También dice constarle que durante más de diez años Espeleta dio a Eduardo el trato de hijo natural, presentándolo como tal a sus familiares y amigos.

"Los testimonios que se han citado, aunque de por sí son suficientes para acceder a la declaratoria judicial que se pide, se refuerzan y complementan con los de los señores Manuel Gutiérrez Serpa y Jesús Torres Muñoz...

"Si bien es cierto .... que para dictar sentencia condenatoria en materia tan delicada como la filiación natural, se necesita proceder sobre un sólido basamento probatorio, no es menos cierto que en el presente juicio existen vigorosos elementos de convicción que inclinan a la Sala en aras de la justicia y la equidad, a hacer efectivo el derecho invocado por el actor, ya que de no hacerlo así, se incurriría en una flagrante injusticia".

En lo que respecta a la prescripción que invocó la parte demandada, hace el Tribunal varias citas doctrinales para considerarla inadmisible en derecho colombiano, y agrega:

"Pero es que aun en el caso de que la prescripción de la acción sobre investigación de la paternidad operase en nuestra legislación, en el caso *sub iudice* no podría ser declarada por las siguientes razones:

"Según el artículo 2530 del Código Civil, la prescripción se suspende para los menores, y sólo comienza a correr respecto de ellos cuando han llegado a la mayoría de edad, esto es a los veintiún años.

"La prescripción invocada por el mandatario judicial de los demandados, no puede ni debe contarse en el caso de autos desde la fecha de la muerte de Gabriel Espeleta, es decir, que desde 1936, sino desde la mayoría de edad del hijo Eduardo Enrique Espeleta Oviedo, esto es desde 1943, en que cumplió los veintiún años, ya que nació en 1922.

"Y desde la última fecha anotada (1922) (sic) hasta 1956, en que fue iniciada la acción de filiación, sólo han transcurrido trece años, luego no se ha cumplido el lapso de veinte años, exigido en nuestro derecho civil para que tenga cumplimiento la prescripción extraordinaria".

LA IMPUGNACION

El recurso se vincula primeramente a las causales 4ª y 5ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sobre declaración judicial de paternidad natural, y después de considerar que los testimonios habidos en cuenta por el sentenciador "nada prueban, ya que son vagos, incoherentes e incompletos", además de que "no dan razón de su dicho", acusa la sentencia por la causal 1ª y por violación de los dichos numerales 4º y 5º, "como efecto de error de derecho en la apreciación de la demanda".

En segundo lugar el libelo sostiene que la acción de investigación de la paternidad natural es prescriptible, y dice:

"La acción de investigación de la paternidad natural es prescriptible por su naturaleza como por el aspecto puramente positivo. Por su naturaleza, ya que la ley quiere y la sociedad reclama con toda la fuerza que implica su propia subsistencia, estabilidad en las situaciones jurídicas. Por el aspecto puramente positivo, porque antes de la expedición de la Ley 45 de 1936, el Código Civil, en su artículo 330 (derogado) establecía dicha prescripción. Ahora bien, si la Ley 45 de 1936, que derogó el artículo 330 del Código Civil, no excepcionó la acción de investigación de la paternidad, declarándola imprescriptible o afectándola con una prescripción de corto tiempo, confirmó para ella las reglas generales de derecho, conforme a las cuales todas las acciones judiciales son prescriptibles, y si son ordinarias prescriben en veinte años. Como la acción de indagación de la paternidad natural es una acción ordinaria, por aplicación de este principio, prescribe o se extingue en el mí-

nimo de veinte años. Por otra parte, ningún texto legal y ningún obstáculo de naturaleza jurídica impiden la prescripción de la acción de investigación de la paternidad natural. De esta manera se logra una sana interpretación de la ley y se satisfacen las exigencias del interés público".

El recurrente continúa en el sentido de que la prescripción comienza a contarse desde el nacimiento del pretenso hijo natural "ya que así parece quererlo la Ley 45 de 1936, cuando establece las presunciones de paternidad en su artículo 4º".

Agrega que la prescripción no se suspende, por cuanto la regla del artículo 2541 en relación con el 2530 del Código Civil debe condicionarse a la norma del inciso 2º del propio artículo 2541, de que 'trascurridos treinta años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente', término éste que por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 quedó reducido a veinte años.

Y remata así:

"Acuso, en consecuencia, el fallo recurrido, dentro de la causal 1ª de las enumeradas en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil por violación de las normas consagradas en los artículos 2512, 2536, 2535, 2541, 2530 del Código Civil; y de la norma consagrada en el artículo 1º de la Ley 35 (sic) de 1936, las cuales fueron aplicadas indebidamente como consecuencia de los errores de derecho que dejo alegados y demostrados".

SE CONSIDERA:

1. Es el estado civil una calidad invaluable que en razón de su esencia no ingresa al patrimonio ni admite cotización en el mercado. Constituye un atributo de la personalidad humana, que marca su posición en la familia y en el grupo social a que pertenece. No puede cederse ni enajenarse, ni ser objeto de transacción. El derecho lo protege, eso sí, como a todos los valores imponderables que integran el acervo moral en que reposa la dignidad y estimación de las gentes.

Por todo ello el artículo 406 del Código Civil consagra la norma de que la prescripción nunca podrá oponerse "a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce".

2. No existe duda acerca de que el matrimonio establece la familia como fundamento de la sociedad y base primaria del orden público. Pero a pesar del cuidado preponderante de las leyes por la protección de la familia legítima, nunca podría olvidar con justicia la organización jurídica, los supremos principios que exigen el cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos, aun los engendrados fuera de matrimonio; y ante todo se consagran por el derecho los medios conducentes a que el juez declare la paternidad natural, ya que la maternidad es revelada en los hechos por el embarazo y el parto.

3. Es posible en derecho, y así ocurre en varias legislaciones, que por causas obedientes a corregir la incertidumbre en materias que rozan directamente el orden público y las buenas costumbres, se establezcan términos muy breves de caducidad de la acción de paternidad natural, lo que incluye ventajas atinentes a que los recuerdos sean frescos para asegurar o mejorar la credibilidad del testimonio, y a que por lo general el proceso se surta precisamente contra el presunto padre como legítimo contradictor.

Pero si como sucede en derecho colombiano no hay mandato especial y expreso de la ley, que extinga por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad, no es posible por analogía con las acciones ordinarias consagrar excepción al principio tutelar de imprescriptibilidad estatuído por el artículo en cita, 406 del Código Civil.

Si, pues, el sentenciador no encontró viable la prescripción invocada por la defensa, su juicio aparece invulnerable en el recurso extraordinario.

4. Si, además, en ejercicio de los poderes que incumben al juzgador de instancia para la crítica del testimonio, el Tribunal Superior de Montería llegó en lo íntimo de su fuero a la persuasión de que Eduardo Enrique Espeleta Oviedo nació por consecuencia de relaciones sexuales notorias y estables de Gabriel D. Espeleta con María Luisa Oviedo Jaramillo, sería preciso a la prosperidad de la censura en casación que los autos mostraran contraria evidencia, constitutiva de cargo por yerro manifiesto de hecho; ya que en materia de error de derecho nada cabe invocar contra aquellos mismos poderes discrecionales del sentenciador, que hallan abrigo en su conciencia y no pueden supeditarse por la Corte, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercera instancia.

Así, el juicio en la materia es eminentemente discrecional: el sentenciador puede aceptar la paternidad y declararla si las inferencias que el proceso arroja le brindan suficiente convicción. Y aunque los medios aducidos proporcionaran margen al recurrente para opinar de otra manera en guarda del interés que representa, no dejaría de ser claro que ello no basta para romper la sentencia recurrida.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ADVERTENCIA

A más de los fallos anteriores, la Sala de Casación Civil, en los meses de junio, julio y agosto de 1961, profirió también los que se relacionan a continuación, junto con los títulos de las materias jurídicas en ellos tratadas, y que no se publican en la "Gaceta" por falta de espacio.

Régimen de bienes durante el matrimonio. Sistema dual respecto de sociedades conyugales preexistentes a la Ley 28 de 1932 y no liquidadas después. Aplicación al caso de autos, relativa a una venta con pacto de retroventa. Prescripción de la acción de retroventa. Contrato de mandato entre cónyuges. El mandato para vender inmuebles no es solemne. Por sentencia de 3 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Juan Joaquín o Joaquín Jacquin (hoy sucesión) y otra contra Robina Cockrill. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Ejecución de sentencias de Tribunales extranjeros. Autorízase el cumplimiento de una sentencia dictada por un tribunal norteamericano. Reciprocidad legislativa. Por sentencia de 19 de junio de 1961, se resuelve que "puede darse cumplimiento en Colombia a la sentencia proferida por la Corte Suprema del Condado de Bronx, Estado de Nueva York, en el juicio de Miguel Quintana contra Jesusita Becerra Navia y otro, registrada el 9 de julio de 1958". Magistrado ponente: dcotor Enrique Coral Velasco.

Responsabilidad por culpa aquiliana. El litigio tuvo su origen en el hecho de haber sido arrollado un hombre por un tren. La sentencia acusada no halló culpa alguna en el maquinista. Presunción de culpa en las actividades peligrosas. Carácter relativo y no absoluto de tal presunción. Por sentencia de 19 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario promovido por Ismenia Martínez como representante legal de sus menores hijos naturales impúberes Mariela Díaz Martínez y otros contra The Dorada Railway Cº Ltda. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Responsabilidad civil extracontractual. Motivo de la demanda fue la muerte de un joven a causa de la caída de una pared derribada por un automotor. Responsabilidad civil extracontractual y carga de la prueba. Alcance de la presunción legal en relación con actividades peligrosas. Responsabilidad civil y recurso de casación. La sentencia absolutoria del Tribunal se basó en la deficiencia de la prueba. Por sentencia de 21 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales promovido por Carlos Arturo Aguirre y otra contra la Compañía de Cementos Portland Diamante y otra. Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez.

Nulidad de contratos. Restituciones mutuas. Hubo error del Tribunal al no tomar en cuenta el dictamen pericial que estimó el monto de los frutos que debían restituírse como consecuencia de la nulidad declarada por la sentencia. Los otros cargos, formulados también por infracción indirecta de la ley, no prosperaron. Por sentencia de 22 de junio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario reivindicatorio promovido por Aurelio Moyano contra Hermófilo Valderrama. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Error de hecho en punto a indicios. Se reitera la doctrina acerca de la prevalencia del embargo decretado en juicio de venta de bienes hipote-

cados sobre cualquier otro embargo. Por sentencia de 18 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre nulidad de una hipoteca promovido por Benigno Esquivia B. contra Berta López de Hernández y otros. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Dominio. Denuncia del pleito. Derecho de retención. Inspección ocular. Prescripción civil, ordinaria o extraordinaria, y especial agraria de la Ley 200 de 1936. Por sentencia de 25 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Antonio San Román contra Guillermo Merino. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R. en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice.

Partición. Legitimación para impugnar en casación la sentencia aprobatoria de la partición. Por sentencia de 26 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el sucesorio doble de Guillermo Duque Patiño y Francisco Duque Díaz. Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón.

Reivindicación. Violación directa de la ley. Prescripción ordinaria. La providencia que deniega o decreta la división de un inmueble, tiene el carácter de auto interlocutorio. En qué consiste el error de hecho. Diferencias entre el error de hecho y el de derecho. Por sentencia de 28 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario reivindicatorio promovido por Judith Ortiz contra Lubín Candelo y otros. Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada.

Error de derecho. Formulación del cargo en relación con la interpretación de un contrato de venta. Por sentencia de 14 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio promovido por Sofía Reyes de Fierro contra Teófilo Mera. Magistrado ponente: doctor José J. Gómez R.

Inspección ocular. Error de hecho. Por sentencia de 25 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio promovido por Pedro Ospina Ospina contra Mariela Vásquez Morales. Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco.

Finalidad propia de la casación. Error de derecho. La Corte no puede enmendar los defectos de técnica que ofrece la demanda. Por sentencia de 31 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre filiación natural promovido por Lucrecia o María Lucrecia Cardona de Montes y otra contra Rosa María Velásquez vda. de Torres. Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

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

REGULACION DE UNA CONDENA HECHA EN CANTIDAD ILIQUIDA

En virtud de apelación se revisa la providencia del Tribunal que fijó la cantidad que debía pagar la Nación en cumplimiento de una sentencia anterior. La carga de la prueba en el incidente del artículo 553 del Código Judicial. Regulación extra petita. La fundamentación lógica que requiere el dictamen pericial.

1. Objetada o rechazada la estimación presentada por el demandante, en el caso del artículo 553 del Código Judicial, le corresponde probar la exactitud de ella o los extremos en que se funda, porque, como lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, "es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones".

2. Según lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial, objetada la liquidación, "se abre a prueba el incidente por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado"; pero esta fijación está esencialmente condicionada a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que no puede condenarse, con pretexto de la liquidación, a mayor suma de la exigida en la demanda por el actor, pues sería tanto como condenar extra petita.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Negocios Generales. Bogotá, D. E., diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente doctor Efrén Osejo Peña).

En virtud del recurso de apelación, interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, debe revisarse el auto de fecha 24 de febrero de este año, según el cual se fijó en la suma de $ 153.190.62 la cantidad que la Nación debe pagar a los herederos de Emilio J. Sánchez, en cumplimiento o ejecución de la sentencia de fecha 28 de marzo de 1952. (fs. 16 a 22 C. Nº 4º).

Para la recta inteligencia de la sentencia mencionada, antecedente necesario para decidir el recurso de alzada, se procede a hacer una breve historia del litigio, con base en los documentos contenidos en el expediente.

1º.— El 14 de diciembre de 1939, el Gobierno Nacional, representado por el ingeniero Manuel José Gordillo, celebró con Petronila Coronado un contrato sobre promesa de compraventa de

dos lotes de terreno, ubicados en Barrancabermeja, por las lindes allí descritas, con una cabida de 328,70 metros cuadrados; y en cuanto al valor, se estipuló en la cláusula tercera: "El precio convenido para la venta es el de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.oo) moneda corriente.— El Gobierno pagará dicha suma a la promitente vendedora, o a quienes sus derechos represente, previa presentación en la Administración de Hacienda Nacional de Barrancabermeja, o en la caja de la Administración de las Obras Portuarias de la misma Ciudad, de la cuenta de cobro, acompañada de una copia Notarial de la respectiva escritura de compraventa. Para la fecha en que deba recibir el precio de su lote, la Promitente Vendedora deberá haber demolido las construcciones que se hallan en él y deberá tener el terreno limpio de despojos". (fs. 4 C. Nº 1º).

En la sexta se lee: "La promitente vendedora se obliga a otorgar la correspondiente escritura de compraventa en la Notaría del Circuito de Barrancabermeja dentro del primer mes siguiente a la fecha en que este contrato quede legalmente perfeccionado." (fs. 4 ib.).

El contrato fue aprobado por el Ministerio de Obras Públicas el 19 de diciembre de 1939; y por el Gobierno, el 18 de enero de 1940.

2º.— Como la promitente vendedora Petronila Coronado hubiese fallecido el 24 de marzo de 1940, el 10 de abril del mismo año comparecieron a la Notaría de Barrancabermeja, Ismael, Ramón y Ana Betsabé Vásquez Coronado con el fin de suscribir la escritura pública Nº 110, en la cual manifestaron: "En consecuencia, los tres últimos comparecientes en su condición de herederos de Petronila Coronado, venden y transfieren a la Nación el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva y completa del inmueble descrito en la cláusula "primera" del contrato preinserto, por los linderos en él señalados, y en tal virtud en esta misma fecha hacen entrega material de dicho inmueble al señor Ingeniero José Manuel Gordillo, como comisionado de la Nación para el caso, dando por recibido el precio convenido, que es el mismo acordado en el contrato preinserto." (fs. 4 vto. ib).

3º.— Sin embargo, como resultara que los vendedores no tuviesen la calidad de herederos de la causante, se presentó el apoderado de Eimilio J. Sánchez, hijo legítimo de la promitente vendedora, ante el Ministerio de Obras Públicas para que se le pagara el precio estipulado en la promesa; y en efecto, en la comunicación dirigida por el Sub-director de Edificios al Abogado General del Ministerio, se lee: "... Debo informar a usted que de acuerdo con el concepto del doctor Gómez Trujillo, este Despacho inició conversaciones con el apoderado del señor Sánchez, quien manifestó que está dispuesto a aceptar el mismo precio en que el Gobierno adquirió los terrenos, más el pago de los arrendamientos, a razón de $ 60.00 mensuales". (f. 15 ib).

4º.— Como la transacción no fuera aprobada por el Departamento Legal del Ministerio de Obras Públicas, el apoderado de Emilio J. Sánchez demandó a la Nación, ante el Tribunal de Santa Marta, con el fin de que, previa la tramitación de un juicio ordinario, en la sentencia definitiva se la condenara:

Primero.— A restituírle los dos lotes de terreno, ubicados en Barrancabermeja, por las lindes allí descritas, con una cabida total de 328,75 M2;

Segundo.— A pagarle los frutos naturales y civiles de los dichos lotes desde el 10 de abril de 1940 hasta la fecha de la entrega, según la estimación que al efecto se determine dentro del juicio, los cuales apreció el actor en la suma de cien pesos ($ 100.oo) mensuales;

Tercero.— A pagarle los perjuicios ocasionados —daño emergente y lucro cesante— por la indebida ocupación, uso y usufructo de los lotes desde el 10 de abril de 1940 hasta la fecha de la entrega, los gastos y costas de este juicio, "punto este que estimo en la cantidad líquida de siete mil quinientos pesos ($ 7.500.oo) moneda corriente, comprendiéndose en estos perjuicios la destrucción de tres casas que allí tenía mi poderdante o su causante, y de las cuales recaudaba un arrendamiento de sesenta pesos ($ 60.oo) moneda corriente por mes, o sea veinte pesos ($ 20.oo) moneda corriente por cada casa mensualmente, hasta la época de la ocupación por parte de la Nación o República de Colombia." (f. 16 vto. ib.).

En la última petición, dice textualmente: "En subsidio, a pagarle a mi poderdante el valor comercial actual del lote o lotes de terreno de que se trata, más el de las tres casas destruídas; más el de los frutos naturales y civiles de la propiedad; más el de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante y costas de este juicio, todo lo cual lo estimo en la cantidad líquida de veinticinco mil pesos ($ 25.000.oo) moneda corriente." (f. 16 vto. ib.).

Entre los hechos invocados en la demanda, se hallan los siguientes:

"I)— La Nación, en consecuencia, por error de hecho y de derecho, compró cosa ajena, con conocimiento de causa, quince días después del

fallecimiento de la dueña, sin exigir a los vendedores la prueba de su carácter de herederos ni el título de adjudicación correspondiente y cuando aún no había habido tiempo siquiera de abrir el correspondiente juicio de sucesión.

"J)— La Nación procedió a ocupar los lotes o lote de que se trata, destruyó o demolió las casas o edificaciones que dentro de ellos había y construyó en ellos el edificio conocido con el nombre de Hotel Pipatón u Hotel de Barrancabermeja que allí existe." (f. 17 vto. ib.).

5º.— En la parte motiva del fallo de segunda instancia, dictado el 28 de marzo de 1952, se leen los siguientes apartes:

"Mas no podrá hacerse la declaración principal de que se entreguen los lotes mismos, sino la subsidiaria, de que se ordene el pago del valor del terreno, comoquiera que el actor reconoce que la Nación 'construyó en ellos el edificio conocido con el nombre de Hotel Pipatón u Hotel de Barrancabermeja que allí existe', para esa obra se adquirió el predio, y la causante había hecho promesa de venta a la Nación con la finalidad de que se viene hablando.

"Se trata, pues, de la ocupación de una propiedad inmueble para destinarla a una obra pública ordenada por la ley y de interés general, ocurrencia en que no puede ordenarse que el particular, haciendo uso del derecho de opción que le confiere la ley civil, pueda adquirir el edificio pagando su valor (art. 739 del C. C.), pues es principio universalmente admitido que el interés privado debe ceder ante el interés general.

"El valor del terreno debe ser el actual, ya que el poseedor sigue gozando de él hasta la sentencia definitiva, basada en autoridad de cosa juzgada (art. 959 del C. C.), lo que significa que el precio no es el anterior, sino el que tenga al quedar en firme el fallo contra la parte demandada.

"Naturalmente que no habrá de tenerse en cuenta, para el avalúo del terreno, la circunstancia de haberse construído en él el Hotel Pipatón, sino el que podía tener si el dicho edificio no se hubiera levantado.

"También habrá de ordenarse el otorgamiento de la correspondiente escritura de dominio en favor de la Nación, de conformidad con el artículo 269 del código contencioso-administrativo." (fs. 20 vto. a 21 C. Nº 4º).

Sobre prestaciones mutuas, en resumen, se dijo:

"Así, pues, deberá pagar la Nación los frutos civiles que hubiere podido percibir el actor teniendo el lote o lotes en su poder, desde que la Nación los ocupó, el 10 de abril de 1940, según consta en la escritura pública número 110, de esta misma fecha, y citada anteriormente varias veces. Tales frutos, en su caso, serán liquidados según lo previsto en el artículo 553 del C. J., así como el valor del lote o lotes, ya que no se avaluaron dentro del juicio.

"Cobra también el actor los perjuicios producidos por la destrucción de tres casas que existían en los lotes y 'por la indebida ocupación, uso y usufructo de dichos lotes'. Sobre lo cual basta observar que no hay prueba alguna de que la Nación hubiera derribado tales edificaciones y que, en vez de ello, hay prueba plena de que la causante, Petronila Coronado, al hacer promesa de venta a la Nación expresa que vende el terreno 'sin las casas que en él se encuentren edificadas' y se compromete a hacer demoler 'las construcciones que se hallan en él y deberá tener el terreno limpio de todo despojo' para entregarlo (f. 4)." (fs. 21 vto. a 22 ib.).

La parte resolutiva del aludido fallo dice textualmente:

"Primero.— Condénase a la Nación a pagar al demandante señor Emilio J. Sánchez, o a quien represente sus derechos, ejecutoriada esta sentencia, el siguiente inmueble, comprendido en los bienes de la sucesión de doña Petronila Coronado v. de Sánchez y por haberse expedido en favor de aquél el decreto de posesión efectiva de la herencia: ..... Estos lotes abarcan un área de trescientos veintiocho metros con sesenta y cinco centímetros cuadrados (328, 75 m.2) (sic).

"Segundo.— Así mismo, condénase a la Nación a pagar al mismo demandante o a quien sus derechos represente, el valor de los frutos civiles que hubiera podido producir el inmueble descrito, desde el 10 de abril de 1940 hasta el día del pago.

"Tercero.— El demandante debe extender escritura pública a favor de la Nación, con el objeto de transmitirle sus derechos en el terreno de que se viene hablando." (fs. 22 a 22 vto. ib.).

6º.— Como la parte actora no hubiese hecho ninguna gestión, por auto de 27 de octubre de 1955 se ordenó archivar el expediente; sin embargo, el apoderado de Emilio J. Sánchez, el 4 de abril de 1959, sustituyó el poder; y el nuevo mandatario presentó la liquidación con el objeto de obtener el cumplimiento del fallo del año de 1952, la cual, en lo sustancial, dice esto:

"Según la sentencia cuyo cumplimiento estoy solicitando 'el valor del terreno debe ser el ac-

tual'. Es un hecho generalmente admitido que la ciudad de Barrancabermeja ha estado sujeta a un progreso continuo y la zona donde está ubicado el lote arriba aludido, independientemente de la construcción que se levanta sobre él es la de mayor significación de la ciudad. Por esta razón aprecio el valor de cada metro cuadrado en la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.oo). Como son 328,75 metros cuadrados, el valor total del lote asciende a la suma de CIENTO TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS ($ 131.500.oo). En esta suma, pues, estimo el valor del lote que la Nación debe pagar.

"2º.— Frutos civiles. Según el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia de la Honorable Corte se condena a la Nación a pagar a la parte actora el valor de los frutos civiles que hubiera podido producir el inmueble arriba aludido, 'desde el 10 de abril de 1940 hasta el día del pago'. Como he dado al lote cuestionado un valor de $ 131.500.00, estimo los frutos civiles en el 6 por ciento anual sobre esta suma, que es la práctica adoptada en el País y admisible a falta de cualquier otra base. El 6 por ciento en cada año sobre $ 131.500.oo, asciende a siete mil ochocientos noventa pesos ($ 7.890.oo) Los frutos civiles hasta el 10 de octubre de 1959, o sea, en 19 años 6 meses a la rata anual indicada ascienden a la suma de ciento cincuenta y tres mil ochocientos cincuenta y cinco pesos ($ 153.855.oo).

"*Valor total de la liquidación*:

"Valor del lote . . . . . $ 131.500.oo
"Valor de los frutos civiles . . $ 153.855.oo

"Total . . . . . $ 285.355.oo

"Son: Doscientos ochenta y cinco mil trescientos cincuenta y cinco pesos a cargo de la Nación. En esta cantidad aprecio el valor total de la liquidación que me he permitido formular en obedecimiento a lo dispuesto en la sentencia de la H. Corte." (fs. 30 a 30 vto. ib.).

7º.— El Fiscal del Tribunal desechó la estimación, porque la consideró "elevada, caprichosa e inmotivada"; y por esto, en el desordenado incidente tramitado al efecto, se recibió, a pedimento de la parte actora, el concepto pericial que se transcribe en lo principal:

"De conformidad con los datos anteriores, nos permitimos manifestar que el valor de cada metro cuadrado del lote que es materia de nuestro dictamen, el día cinco de mayo de 1952, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de la Honorable Corte, es de DOSCIENTOS PESOS ($ 200.oo), valor que le asignamos en el lapso comprendido entre el 10 de abril de 1940 hasta el día 5 de mayo de 1952. Como dicho lote tiene una extensión de 328,75 metros cuadrados, le asignamos en la fecha indicada un valor total de $ 65.750.oo.

"Estimamos que en 1952 hasta la fecha, el referido lote ha sufrido valorización que determinamos por la influencia de ciertos factores, entre los cuales podemos mencionar el desarrollo continuo de la ciudad y la desvalorización de la moneda. Entonces, de esta fecha hasta hoy, consideramos que cada metro cuadrado tiene un valor de $ 250.oo. Como son 328,75 metros cuadrados, su valor total en ese lapso, sería de $ 82.187.50, esto para efectos de apreciar la cuantía de los frutos civiles en este lapso.

"Como no hay en el expediente ningún dato que nos permita asignarle un valor determinado a los frutos que hubiera podido producir el terreno en cuestión, frutos que se traducirían en cánones de arrendamiento, estimamos los frutos civiles en un 6 por ciento anual respectivamente a los diferentes precios que le hemos asignado al lote materia de nuestro concepto, este porcentaje lo tomamos en cuenta porque es la práctica que se ha adoptado para justipreciar el valor de los frutos civiles en ausencia de cualquier otra prueba.

"De acuerdo con lo anterior, estimamos los frutos civiles desde el 10 de abril de 1940 hasta el día 5 de mayo de 1952, a la rata indicada y sobre el precio que le dimos al lote materia de nuestro dictamen el día en que quedó ejecutoriada la sentencia, asciende a la cantidad de $ 48.483.91. Asimismo estimamos el valor de los frutos civiles desde el 6 de mayo de 1952 hasta la fecha en que rendimos este dictamen a la misma rata del 6 por ciento y sobre el precio que dimos antes, es decir, $ 82.187.50 en la cantidad de $ 38.956.71.

"De acuerdo con lo antes relacionado, resumimos nuestro concepto sobre el valor del predio y sus frutos civiles producidos en las distintas etapas así:

"Frutos civiles . . . . . $ 87.440.62
"Valor del predio el día 5 de mayo de 1952 . . . . . $ 65.750.oo

"Valor de los frutos y del predio $ 153.190.62

"En la suma anterior, es decir, $ 153.190.62 estimamos la cantidad que la Nación debe pagar a Emilio J. Sánchez o a quien sus derechos represente, por concepto del valor del predio y de sus frutos a que se refiere la sentencia de la Honorable Corte Suprema cuyo cumplimiento se está ventilando en este incidente dentro del cual

rendimos el concepto que se nos ha solicitado." (fs. 44 a 44 vto. ib.).

8º — Desechada por el Tribunal la tacha de error grave, alegada por el Fiscal, en el breve y sumarísimo auto de fecha 24 de febrero del año en curso, objeto de la apelación, fijó en la suma de $ 153.190.62 el monto que la Nación debe pagar a los herederos de Emilio J. Sánchez por el valor de los lotes y de los frutos civiles.

Expuesta la historia del juicio, se procede a resolver la alzada, previas las siguientes consideraciones:

A.— En el caso presente, no se trata de una ocupación de hecho de la Nación, sino de la adquisición del inmueble, mediante un contrato de compraventa, de quienes, a la postre, no resultaron ser herederos de la causante Petronila Coronado, que había prometido vender los dos lotes al Gobierno, con destino al Hotel Pipatón de Barrancabermeja, en la cantidad de dos mil trescientos pesos, según se dijo antes, previa demolición de las casas allí construídas.

B.— Objetada o rechazada la estimación presentada por el demandante, en el caso del art. 553, le corresponde probar la exactitud de ella o los extremos en que se funda, porque, como lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, "... es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones..." (G. J. Tomo LXX pag. 943).

C.— Según lo dispuesto en el art. 553 del C. J., objetada la liquidación, "se abre a prueba el incidente por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado"; pero esta fijación está esencialmente condicionada a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que no puede condenarse, con pretexto de la liquidación, a mayor suma de la exigida en la demanda por el actor, pues sería tanto como condenar extra petita; y así, por este solo aspecto, acogida en la sentencia la petición subsidiaria, la condena no podía en ningún caso exceder de la cantidad de veinticinco mil pesos, señalada en estos precisos términos: "... a pagarle a mi poderdante el valor comercial actual del lote o lotes de terreno de que se trata, más el de las tres casas destruídas; más el de los frutos naturales y civiles de la propiedad; más el de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante y costas de este juicio, TODO LO CUAL LO ESTIMO EN LA CANTIDAD LIQUIDA DE VEINTICINCO MIL PESOS ($ 25.000.oo) moneda corriente." (Subraya la Sala).

D.— Como lo observa el señor procurador 2º delegado en lo civil, con fundamento en doctrinas expuestas por la Corte, por el hecho de que se haya declarado infundada la tacha de error grave del concepto pericial, no significa que deba considerarse como plena prueba, sino que debe apreciarse el valor probatorio en armonía con la debida fundamentación del concepto, el cual no puede considerarse que llena o cumple con tal requisito esencial si aparece sustentado en razonamientos sin lógica suficiente.

En el aludido concepto, para estimar el valor del metro cuadrado de los lotes, se tiene en cuenta la valorización operada en 1960 con la construcción de edificios aledaños al Hotel Pipatón, que no existían en la época en que la Nación los compró a los herederos aparentes de la causante Petronila Coronado.

En el año de 1952, época a la cual se refieren los peritos, el Hotel Pipatón, con un área de más de cinco mil metros cuadrados estaba avaluado en trescientos mil pesos; de manera que, aún sin deducir el valor de las construcciones, el valor del metro cuadrado sería de algo menos de sesenta pesos; por tanto, resulta del todo inaceptable estimar en doscientos pesos el metro cuadrado de solar, sin construcción alguna.

E.— Si Emilio J. Sánchez, en su calidad de heredero de Petronila Coronado tenía derecho indiscutible a reclamar lo que le pertenecía a su causante, también estaba obligado a satisfacer las obligaciones por ella contraídas, como la de otorgar la correspondiente escritura al Estado, para cumplir así con lo pactado en la promesa de venta; porque no sería admisible que el actor, ahora sus presuntos o hipotéticos herederos, a más de no haber cumplido con la obligación de otorgar la correspondiente escritura pública, se les pague un excesivo precio por los lotes prometidos a vender por la causante Petronila Coronado; en otras palabras, que el incumplimiento de su obligación les sirva de causa para un ilegítimo enriquecimiento: Nemo auditur propriam turpitudinem alegans.

F.— Si ya existía un precio acordado entre las partes, según consta en la promesa de compraventa, la Nación debe pagarlo, abonando los intereses legales (art. 1617 del C. C.) desde la fecha en que recibió los lotes de poder de los herederos aparentes, hasta el día del pago efectivo.

Por lo expuesto, se fija en dos mil trescientos pesos, más los intereses legales desde el 10 de abril de 1940 hasta el día del pago efectivo, la cantidad que la Nación debe pagar a los herederos de Petronila Coronado, en cumplimiento de la sentencia dictada en este juicio.

En estos términos queda reformado el auto apelado.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

ACUMULACION DE AUTOS

La solicitud de acumulación que se decide, se refiere a varios procesos de oposición a un contrato de exploración y explotación de petróleos. Acumulación por razón de la unidad de la causa. ¿Qué se entiende por título? Acumulación de negocios sobre dominio privado del petróleo.

Conforme al numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, se pueden acumular dos o más juicios "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas". Se trata en este caso de la acumulación a que da lugar la conexidad que entre dos o más procesos crea un título común, pues que por causa ha de entenderse, para efecto de esta disposición, el título que da derecho a ejercitar la acción.

En general se entiende por título, según Guasp, "el acaecimiento o acaecimientos fácticamente delimitadores de la reclamación que se formula ante el órgano jurisdiccional", vale decir, la causa de la cual proviene el derecho de acción, y que, por tanto, condiciona el ejercicio de ésta. Ese acaecimiento es siempre un hecho jurídico o un acto o un negocio jurídicos.

Tratándose de la propiedad privada de hidrocarburos, la acción no versa ya sobre el dominio actual, referido a un determinado titular (cuestión que atañe a la legitimación en la causa), sino que es declarativa del hecho de haber aquéllos salido legalmente del dominio del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 1873, por lo cual es este hecho sustancial el que ha de establecerse, y el que, por tanto, ha de expresarse en el libelo; pero como el título supone también en este caso, además de aquel hecho, un acto o negocio jurídicos en virtud del cual el Estado enajenó los hidrocarburos, es necesario, para efectos de la acumulación, que de las peticiones de pruebas resulte la identidad de ese título, o sea, de la causa de la cual provienen las acciones que se pretende acumular.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Los representantes judiciales de María Tamayo Londoño, Beatriz Saravia de De La Parra, Emilia Samper de Ortega, Víctor Emilio Jara, César García Alvarez, Cecilia Samper de Gutiérrez, Adelaida Gutiérrez de Rivera, Reinhard Kling, Luis Gómez Grajales, Waldemar Wilhein, Alberto Duarte Rozo, María Francisca Restrepo, Orden de Religiosas Adoratrices, Orden de Frailes Menores Capuchinos e Instituto Caro y Cuervo, solicitaron la acumulación de los juicios que en nombre de cada uno de los expresados demandantes adelantan contra la Nación, de oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos formulada por la Texas Petroleum Company y registrada en el ministerio del ramo bajo el número 871, al que en ejercicio de la misma acción, y contra el mismo demandado, tiene instaurado la señora Sofía Londoño de Tamayo.

Como fundamento de su solicitud los incidentantes exponen: "Como las personas que más adelante se relacionan promovieron también demanda contra la Nación en solicitud de igual declaración respecto del subsuelo de sus fincas y la propiedad de estos inmuebles y el de la se-

ñora Sofía Londoño de Tamayo pasó del Estado a manos de particulares en virtud de idénticos títulos, a saber, mercedes de tierras que entre sí se mezclan o sobreponen, concedidas a los señores Juan Muñoz de Collantes, Juan de Guzmán, Juan de Artieda y Esparza, Bartolomé Sanguino y Andrés Díaz Calvo, cuyos respectivos títulos en copia expedida por el jefe del Archivo Histórico Nacional en 17 fojas útiles acompañan, solicitamos al señor magistrado que previo el cumplimiento de los requisitos procesales del caso, se sirva decretar la acumulación de los citados procesos a fin de poderlos sustanciar y decidir en un solo juicio".

En auto de veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta el señor magistrado sustanciador denegó la anterior acumulación, por cuanto, en primer lugar, encontró que en algunos de los juicios cuya acumulación se pide se había ventilado y decidido el punto ahora nuevamente planteado, y luego, porque en el libelo no aparecen individualizados los títulos en virtud de los cuales salieron del dominio del Estado las propiedades que son objeto de las respectivas demandas.

Contra esta providencia interpusieron los incidentantes el recurso de súplica que se procede a decidir, agotada como se halla la tramitación legal correspondiente.

Esta Sala ha expuesto en numerosas providencias que, a tenor de distintas normas del Código Judicial, como los artículos 205, 207, 593 y 737, la legislación nacional consagra una muy clara exigencia de expresar "una relación firmemente sustanciada del supuesto de hecho histórico", si se quiere que la demanda prevea todas las contingencias posibles, desde luego que la voluntad de aquellas disposiciones es inequívoca en el sentido de que se enuncien los hechos con precisión y claridad, clasificándolos y numerándolos debidamente; pero que hacerlo en mayor o menor grado es asunto de oportunidad que depende de los efectos que se proponga el actor, por lo cual una aplicación de las normas positivas, adecuada a la doctrina aceptada por la Corte, deja cierta libertad para apreciar la suficiencia o insuficiencia de la concreción fáctica, y aun de la oportunidad de expresarla, según que se trate de consecuencias vinculadas a la cuestión de fondo o a la simple acumulación de acciones o procesos, habida consideración en cada caso de la naturaleza de la acción o de la de los juicios cuya acumulación se propone (G. J. tomo XCII, pg. 765, 2ª).

Conforme al numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial se pueden acumular dos o más juicios "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas". Se trata en este caso de la acumulación a que da lugar la conexidad que entre dos o más procesos crea un título común, pues que por causa ha de entenderse, para efecto de esta disposición, el título que da derecho a ejercitar la acción.

En general se entiende por título, según Guasp, "el acaecimiento o acaecimientos fácticamente delimitadores de la reclamación que se formula ante el órgano jurisdiccional", vale decir, la causa de la cual proviene el derecho de acción, y que, por tanto, condiciona el ejercicio de ésta. Ese acaecimiento es siempre un hecho jurídico o un acto o un negocio jurídicos. En la acción de dominio, por ejemplo, ésta supone un título adquisitivo, o sea, un acto o un negocio jurídico (v. gr. una compraventa), en el cual se funda la pretensión que se hace valer ante el órgano jurisdiccional, por lo cual debe enunciársele en la demanda; de lo contrario el supuesto de hecho histórico carecería de uno de los elementos esenciales para un pronunciamiento de fondo, pues que la sentencia se funda en "los hechos conducentes de la demanda" conforme al artículo 593 del Código Judicial, y en este caso faltaría el hecho sustancial que condujese a esa sentencia; pero, por otra parte, no es indispensable designar específicamente el respectivo instrumento, porque aun en aquellos casos en que la ley exige una determinada forma solemne para la validez del acto, cabe distinguir entre éste, como acto o negocio jurídico, y el instrumento que acredita su cumplimiento o celebración, el que no es solamente forma *ad substantiam* sino también medio de prueba que por este motivo puede ser determinado en el período probatorio.

Tratándose de la propiedad privada de hidrocarburos, la acción no versa ya sobre el dominio actual, referido a un determinado titular (cuestión que atañe a la legitimación en la causa), sino que es declarativa del hecho de haber aquéllos salido legalmente del dominio del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 1873, por lo cual es este hecho sustancial el que ha de establecerse, y el que, por tanto, ha de expresarse en el libelo; pero como el título supone también en este caso, además de aquel hecho, un acto o negocio jurídicos en virtud del cual el Estado enajenó los hidrocarburos, es necesario, para efectos de la acumulación, que de las peticiones de pruebas resulte la identidad de ese título, o sea,

de la causa de la cual provienen las acciones que se pretende acumular.

En el caso presente, así pues, puesto que se solicita la acumulación de varios procesos al incoado por la señora Sofía Londoño de Tamayo, es necesario que las mercedes de tierras que invocan los distintos demandantes como origen de la propiedad privada en cada uno de esos juicios sean las mismas que alega la demandante Londoño de Tamayo en el juicio en el cual ella es actora.

Estas mercedes son las concedidas a Juan Muñoz de Collantes, Juan de Artienda y Esparza, Bartolomé Sanguino y Juan de Guzmán, cuyas copias fueron solicitadas por la demandante oportunamente al Archivo Histórico Nacional.

Las que se invocan en los demás juicios son las otorgadas:

1) *Instituto Caro y Cuervo.* A Juan de Artienda, Juan Gutiérrez de Iriátegui y Juan de San Miguel.

2) *Cecilia Samper de Gutiérrez.* A Juan Flórez de Ocáriz, Juan de Artienda y Juan Muñoz de Collantes

3) *Adelaida Gutiérrez de Rivera.* A Juan Bernal, Antonio de Quiroga, Juan Flórez de Ocáriz, Juan de Artienda y Juan Muñoz de Collantes.

4) *Luis Gómez Grajales.* A Diego García Zorro, Hernán Venegas, Andrés Díaz Calvo, Gonzalo Rodríguez de Ledesma, Miguel Francisco de Aguirre, Melchor de Valdés y Juan Francisco Rodríguez.

5) *Reinhard Kling y otra.* A Juan de Artienda, Juan Muñoz de Collantes, Juan Gutiérrez de Irátegui, Juan de San Miguel y Juan Flórez de Ocáriz.

6) *Waldemar Wilheim.* A Diego García Zorro, Hernán Venegas, Andrés Díaz Calvo, Gonzalo Rodríguez de Ledesma, Miguel Francisco de Aguirre, Melchor de Valdés y Juan Francisco Rodríguez.

7) *Beatriz Saravia de la Parra.* A Juan Muñoz de Collantes.

8) *María Tamayo Londoño.* Las mismas que se hacen valer en el juicio de Sofía Tamayo de Londoño.

9) *César García Alvarez y otro.* A Juan Flórez de Ocáriz, Juan de Artienda y Juan Muñoz de Collantes.

10) *Víctor Emilio Jara y otro.* A Juan de Artienda, Juan Muñoz de Collantes, Juan Gutiérrez de Iriátegui y Juan de San Miguel.

11) *Religiosas Adoratrices.* A Juan Flórez de Ocáriz, Juan de Artienda y Juan Muñoz de Collantes.

12) *Alberto Duarte Rozo. A Juan de Artienda,* Juan Muñoz de Collantes, Juan Gutiérrez de Iriátegui y Juan de San Miguel.

13) *Orden de Frailes Menores Capuchinos.* A Diego García Zorro, Andrés Díaz Calvo, Gonzalo Rodríguez de Ledesma, Miguel Francisco de Aguirre, Melchor de Valdés y Juan Francisco Rodríguez.

14) *María Francisca Restrepo Murillo.* A Juan Gutiérrez de Iriátegui, Juan de San Miguel y Juan Flórez de Ocáriz.

15) *Emilia Samper de Ortega.* A Juan de Artienda, Juan Muñoz de Collantes, Juan Gutiérrez de Iriátegui y Juan de San Miguel.

Como se observa en la relación anterior, sólo las mercedes de tierras invocadas por la demandante María Tamayo Londoño coinciden totalmente con las alegadas por la parte actora en el juicio al cual se trata de hacer la acumulación. En los demás casos, si bien se citan una o más mercedes que figuran en este último proceso, no se invocan todas o se agregan otras que no se invocan en él, lo que hace que el título no sea idéntico en el juicio al cual se debería hacer la acumulación y en los que debieran ser acumulados. Más aún, en algunos casos, como en los juicios instaurados por Luis Gómez Grajales, Waldemar Wilheim, Orden de Frailes Menores Capuchinos y María Francisca Restrepo Murillo, no figura ninguna merced que sea común a esos juicios y al que se trata de hacer la acumulación.

Quiere decir lo anterior que de los juicios cuya acumulación se pide al de Sofía Londoño de Tamayo, sólo en el de María Tamayo Londoño se ha invocado un título que es común a ambos procesos; pero ocurre que la acumulación de estos dos negocios ya había sido objeto de un incidente, fallado en providencia de cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve que denegó la acumulación por no haberse establecido aún la identidad del título, a tiempo que el artículo 394 del Código Judicial prohibe incluso tramitar incidentes "cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión". En la anterior oportunidad se había propuesto la reunión de los dos procesos con fundamento en que la propiedad de los respectivos inmuebles "derivan de un título

común'', o sea, por provenir las acciones de la misma causa jurídica, que es también el motivo en que se apoya la petición con que se promovió el nuevo incidente. Se trata, consiguientemente, de la acumulación de los mismos autos y por la misma causa lo que impide que el incidente pueda prosperar en atención a la regla del Código judicial ya citada.

En virtud de estas consideraciones, se confirma el auto proferido por el señor magistrado sustanciador el veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta, que deniega la acumulación al juicio ordinario de petróleos promovido por Sofía Londoño de Tamayo contra la Nación, de los que contra la misma entidad adelantan María Tamayo Londoño, Beatriz Saravia de De la Parra, Emilia Samper de Ortega, Víctor Emilio Jara, César García Alvarez, Cecilia Samper de Gutiérrez, Adelaida Gutiérrez de Rivera, Reinhard Kling, Luis Gómez Grajales, Waldemar Wilheim, Alberto Duarte Rozo, María Francisca Restrepo, Orden de Religiosas Adoratrices, Orden de Frailes Menores Capuchinos e Instituto Caro y Cuervo.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA Y PACTO COMISORIO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que declaró resuelto un contrato de compraventa por incumplimiento del comprador. La constitución del patrimonio de familia que se pretendió constituír estaba sometida al pago del precio. La acción resolutoria tácita y la derivada del pacto comisorio. Elección de la acción respectiva.

Expresamente se pactó, en el presente caso, la resolución del contrato si llegaba a ocurrir que el comprador durante tres meses, suspendiera el pago de las cuotas de amortización; y aun cuando esta estipulación implica el nominado pacto comisorio, **sin embargo, de acuerdo con el artículo 1936 del Código Civil, el vendedor conserva el derecho de elegir la acción respectiva: o bien la resolución tácita del artículo 1930 del citado código, o la expresa del 1935, con las limitaciones previstas en el 1937, las cuales no afectan a aquélla.**

A más de la diferencia sustancial que media entre las dos acciones, por el aspecto adjetivo, la resolución del contrato con fundamento en el pacto comisorio, **debe ejercitarse en juicio especial como lo dispone el artículo 1095 del Código Judicial, mientras que la tácita debe deducirse mediante juicio ordinario en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 734 del Código citado; por tanto, si el actor deduce la acción por los trámites del juicio ordinario, en forma por demás evidente elige la acción concedida por el artículo 1930 del Código Civil.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente doctor Efrén Osejo Peña.)

En virtud del recurso de apelación debe revisarse la sentencia de fecha 19 de agosto de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por el Departamento de Antioquia contra el doctor Jesús María Rojas Giraldo, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones en la sentencia definitiva:

"a).— Que se acepte la resolución del contrato escriturario de que da cuenta la número 5.773 de 21 de noviembre de 1953 de la Notaría Tercera de Medellín.

"b).— Que se ordene la cancelación de dicha escritura y de los registros correspondientes hechos en los libros Primero impares, Primero Duplicados, Segundo Impares, Patrimonio, Segundo Duplicado e Hipoteca y que se ordene la anotación correspondiente en el de Matrículas.

"c).— Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio y los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato.

"d).— Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la entrega al Departamento de la citada propiedad, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, con sus frutos percibidos o que hubiere podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha en que se inició el incumplimiento del demandado con la suspensión de los pagos". (fs. 8 y 9 C. Nº 1º).

En forma detallada se narran los hechos, en el libelo, así:

"1º— Por medio de la Ordenanza número 20 de 1947 el Departamento de Antioquia creó el 'Fondo de la Vivienda' para financiar casas con destino a trabajadores al servicio del Departamento. Esta ordenanza ha tenido enmiendas, adi-

ciones y reglamentación en Decretos posteriores.

"2º— Con fundamento en la legislación existente, el H. Consejo de Gobierno, autorizado por el art. 3º Parágrafo Primero del Decreto Departamental número 673 de diciembre 10 de 1952, adjudicó al doctor Jesús María Rojas Giraldo una casa de habitación, de dos pisos, con su suelo correspondiente, situada en la calle 49-A, Barrio San Javier, distinguida con el número 96-14, alinderado en la forma siguiente: 'Por el frente, con la calle 49-A; por un costado, con la casa número 25; por el otro costado con la casa número 23 y por el centro, con la casa número 29' (La numeración de estas casas corresponde a un plano que se protocolizó en la Notaría Segunda el día 28 de agosto de 1952, según escritura número 2.810. Tal adjudicación se hizo por escritura número 5.773 de 21 de noviembre de 1953 de la Notaría 3ª de esta ciudad, pero las obligaciones del doctor Rojas empezaron el 16 de diciembre de 1952, fecha señalada por la Gobernación para la entrega de la casa.

"3º— El valor de la casa era la suma de $ 18.409,67, de los cuales abonó como cuota inicial la suma de $ 2.459,01 y se obligó a abonar mensualmente la cantidad de $ 66,08, durante doscientos cuarenta meses, salvo el primer mes que la cuota sería por la suma de 67,54.

"4º— El doctor Rojas pagó hasta la cuota del 16 de septiembre de 1953, y en tal época suspendió los pagos hasta la fecha. Por tanto ha abonado la suma de $ 3.212,27 y resta $ 15.198,40, con un atraso de cinco años y unos meses. Ha incumplido su obligación de pagar en la forma estipulada en el ordinal segundo de la cláusula quinta de la escritura 5.773 antes citada.

"5º— El demandado, desde hace varios años, no es empleado al servicio del Departamento.

"6º— El demandado no habita la casa adjudicada, ni los demás miembros de su hogar que son su señora y uno o varios hijos.

"7º— El demandado ha dejado de pagar oportunamente los impuestos que afectan el inmueble, tales como el predial y de valorización.

"8º— Con base en las anteriores razones, el Departamento, en aplicación del numeral sexto de la escritura, y por tanto, de la facultad contractual estipulada, ha dado por terminado unilateralmente el contrato de compraventa dicho, según Resolución número 46 de 1954 (del 26 de abril) y 72 de junio del mismo año.

"9º— Ninguna justificación por la mora en el pago se intentó adecuadamente por el demandado, ante el Consejo Departamental, en tiempo oportuno, el cual se ha limitado exclusivamente a oponerse a todos los intentos de la Gobernación, para hacer justicia o que se le haga, con lo cual el demandado ha perseverado en sus manifestaciones violatorias del contrato, en la forma como fue aceptado por las partes.

"10º— Sin autorización del Consejo Departamental, la casa está destinada a un fin distinto al convenido en el contrato escriturario.

"11º— El demandado doctor Rojas, después de un largo período corrido, ha dejado de cumplir varias de las obligaciones contraídas con el Departamento, especialmente la que hace relación al pago, en la forma estipulada". (fs. 6 a 8 ib.).

Las peticiones de la demanda se fundaron en los artículos 1546, 1615, 1930, 1932, 2056 del Código Civil, como en las normas que regulan el procedimiento del juicio ordinario.

Como en el libelo se afirmara que se ignoraba el domicilio del demandado, en el auto de admisión, se dispuso citarlo en la forma prevista en el artículo 317 del Código Judicial; y al efecto, se fijó el edicto emplazatorio por el término de treinta días, publicado en los números 7.950 (mayo 4) 7.988 (agosto 10) y 7.989 (12 de agosto 1959) de la Gaceta Departamental, y transcurridos diez días más, como no se presentara, se le designó curador ad litem, quien, previo el lleno de los requisitos de posesión y discernimiento del cargo, contestó la demanda en el sentido de oponerse a que se hicieran las declaraciones suplicadas y exigió la prueba de los hechos invocados en la demanda.

Aun cuando se recibió a prueba en la primera instancia, las partes no adujeron ninguna, fuera de la presentada por el Departamento con la demanda, que en realidad, para los fines del litigio, se reduce a la escritura pública en la cual consta el contrato de compraventa, cuya resolución se demanda.

El curador ad litem, en el alegato de conclusión afirma que el Departamento no presentó la prueba en cuanto al "incumplimiento de lo pactado" por el demandado en relación con un contrato bilateral, como el contenido en la escritura de compraventa de la casa.

Agotada la primera instancia, el tribunal del conocimiento falló el litigio así, en sentencia de 19 de agosto del año pasado:

"1º— Declárase la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el Departamento de Antioquia, en su carácter de vendedor y el doctor Jesús María Rojas Giraldo, en el de compra-

dor, y el cual fue consignado en la escritura pública número 5.773 de noviembre 21 de 1953.

"Como consecuencia del pronunciamento anterior, vuelva la situación contractual al estado anterior a la fecha en que hubo de celebrarse el contrato anotado.

"2º— El doctor Jesús María Rojas Giraldo, seis días después de la ejecutoria de esta providencia, está obligado a restituír al Departamento de Antioquia, representado por el señor Gobernador o por quien él designe, el inmueble ubicado en el Barrio San Javier de esta ciudad, señalado en la puerta de entrada con el número 96-14 y delimitado según los términos del ordinal 2º del presente libelo de demanda, o en la escritura número 5.773 otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito en noviembre 21 de 1953.

"3º— El demandado doctor Jesús María Rojas Giraldo, en los términos anteriores está obligado a pagar al Departamento de Antioquia, en la persona que lo represente, los frutos percibidos o los que pudo percibir del inmueble desde el día dieciséis (16) de septiembre de 1953, día en que recibió el inmueble, hasta la fecha en que se haga la entrega.

"4º— Declárase que el Departamento de Antioquia debe pagar al señor Rojas Giraldo por concepto de los dineros recibidos, la suma de tres mil doscientos doce pesos con veintisiete centavos ($ 3.212,27), con sus intereses legales.

"En consecuencia de esta declaración, se declara compensado el crédito anterior, con la misma cantidad que por concepto de cuotas con sus intereses, por el uso del inmueble, debe pagar al Departamento el doctor Rojas Giraldo, compensación que comprende cuarenta y seis y cuarto de cuotas a razón de $ 66,08 mensualmente, a excepción de la primera que se fijó en $ 67,54 y cuotas que se principian a contar, desde el 16 de diciembre de 1952, hasta el 16 de noviembre de 1956 y un cuarto de la cuota del 16 de diciembre del mismo año.

"5º— El doctor Jesús María Rojas Giraldo en el término anteriormente fijado después de la ejecutoria de la sentencia, está obligado en favor del Departamento de Antioquia y por el mismo concepto de frutos, a pagar a esta entidad las cuotas que por el mismo uso del inmueble se sigan causando y se hayan causado, a razón de $ 66,08 mensualmente, desde el 16 de diciembre del año de 1956, hasta el día en que la entrega del inmueble se haga efectiva.

"Para los efectos de la ejecución de esta sentencia y por lo que se refiere a la cancelación de todos los registros que contiene la escritura número 5.773 de 21 de noviembre de 1953, una vez ejecutoriada la sentencia, expídanse los oficios del caso con destino a la oficina de Instrumentos Públicos de este Circuito. Se otorgó esta escritura en la Notaría Tercera.

"6º— Las costas de la presente instancia corresponde pagarlas a la parte demandada". (fs. 48 vto. a 49 vto. ib.).

Con el fin de resolver el recurso de alzada interpuesto por el curador ad litem del demandado se anteponen las siguientes consideraciones:

a).— En la cláusula séptima del contrato de compraventa, el doctor Jesús María Rojas Giraldo manifestó: "Para los efectos legales que corresponda, el deudor constituye sobre la casa y lote adquirido por la presente escritura, patrimonio de familia no embargable a favor suyo, de la señora Blanca Araque G., su esposa legítima y de María Elena Rojas A., su hija legítima y demás hijos legítimos que llegare a tener. El patrimonio de familia se entiende constituído por el registro de este documento en el Libro especial a que se refiere el artículo 18 de la Ley 70 de 1931. Tal patrimonio es inembargable por parte de terceros a excepción del Departamento de Antioquia, el que de acuerdo con lo estatuído en este contrato, podrá obtener el embargo y remate del inmueble en las acciones que promueva para el pago de las sumas a él debidas y ejercitar todas las acciones que le compitan, dirigiéndolas contra el deudor o sus herederos". (fs. 5 ib.).

Según la cláusula transcrita, la constitución del patrimonio de familia, no solo a virtud de las disposiciones de la ley 70 de 1931, sino de acuerdo con lo expresamente estipulado, quedó sometida a una condición suspensiva, que consistía en el pago del precio; mas como esto no se cumplió, tampoco se perfeccionó la constitución del patrimonio de familia, para que fuesen consideradas como lites consortes necesarios en este juicio, las personas enumeradas como beneficiarias en la estipulación memorada.

b).— Expresamente se pactó en la escritura la resolución del contrato en caso de que el comprador, durante tres meses, suspendiera el pago de las cuotas de amortización; y aun cuando esta estipulación implica el nominado "pacto comisorio", sin embargo, de acuerdo con el artículo 1936, el vendedor conserva el derecho de elegir la acción respectiva: o bien la resolución tácita del artículo 1930 o la expresa del artículo 1935, con las limitaciones previstas en el artícu-

lo 1937 del mismo Código, las cuales no afectan a aquélla.

A más de la diferencia sustancial anotada entre las dos acciones, por el aspecto adjetivo, la resolución del contrato con fundamento en el "pacto comisorio", debe ejercitarse en juicio especial como lo dispone el artículo 1095 del Código Judicial, mientras que la tácita debe deducirse mediante juicio ordinario, en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 735 del Código citado; por tanto, si el actor ha deducido la acción por los trámites del juicio ordinario, en forma por demás evidente ha elegido la acción concedida por el artículo 1930 del Código Civil.

c).— El Departamento, con la presentación de la escritura número 5.773 de 21 de noviembre de 1953, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, ha demostrado plenamente el contrato de compraventa de la casa, así como la obligación a cargo del comprador de pagar el precio en la forma y plazos estipulados; por consiguiente, probada la obligación, correspondía al deudor demostrar la extinción de ella, mediante la presentación de los documentos que acreditara el pago de las distintas cuotas, mas como esto ni siquiera lo ha intentado, síguese que está en mora según lo dispuesto en el artículo 1.551 del Código Civil, en armonía con el artículo 1.757 ibídem; y así, pues, las pretensiones del Departamento aparecen plenamente probadas, tanto en los hechos como en el derecho, pues el artículo 1930 del Código Civil confiere al vendedor el derecho de pedir la resolución del contrato, una vez que en el mismo instrumento público consta el cumplimiento de la obligación de entregar el inmueble, objeto de la compraventa, por parte del vendedor.

d).— En la cláusula sexta del contrato de compraventa, para el caso de incumplimiento del deudor, se estipuló: "Igualmente, sólo tendrá derecho a reclamar la cuota inicial que hubiere pagado y los abonos extraordinarios a capital, perdiendo a favor del Departamento el valor de las otras cuotas ya pagadas, las que se entenderán equivalentes al beneficio que reportó por el uso de la casa".

Según esta cláusula, en caso de mora del comprador en el pago de las cuotas de amortización, se estimó que los perjuicios, vale decir, el lucro cesante, sería igual a la cuantía mensual de las dichas cuotas, que en esta forma se convierten en cánones de arrendamiento por el uso de la casa; y con fundamento en esta estipulación, en la sentencia se hacen los cálculos y se ordenan las compensaciones respectivas, para llegar a la inobjetable conclusión de que el demandado, con las sumas o cuotas pagadas, ha satisfecho los cánones de arrendamiento "hasta el 16 de noviembre de 1956 y un cuarto de la cuota del 16 de diciembre del mismo año".

Por tanto, como la situación jurídica del demandado en segunda instancia no se ha modificado en forma alguna, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

EXPROPIACION IRREGULAR. ACCIÓN INDEMNIZATORIA. PRESCRIPCION

En grado de apelación y consulta revisa la Corte una sentencia que condenó a un Departamento a pagar ciertos perjuicios ocasionados por la ocupación de un terreno particular para construír una carretera. La expropiación regular y la irregular. Juez competente. Extensión de la responsabilidad de la administración. Término de la prescripción de estas acciones.

Se conoce en la doctrina con el nombre de expropiación indirecta o irregular la que se lleva a cabo por órganos de la administración, mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante Juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización previa que aquélla implica.

Si la Corte declaró totalmente inexequible el artículo 269 y también inconstitucionales los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", debe concluírse que corresponde a la justicia ordinaria conocer, con aplicación de las normas del derecho común, de la acción que tiene el desposeído por el poder público en tratándose de expropiación irregular o indirecta.

Trátase en el caso sub judice **de una acción indemnizatoria de todos los perjuicios ocasionados por la ejecución de un trabajo público, en la que el fundamento de la responsabilidad radica en la circunstancia objetiva de la ocupación y se deriva de una vía de hecho de la administración que, por lo tanto, la hace responsable en forma directa y la obliga al resarcimiento de los daños derivados de tal expropiación irregular, los cuales comprenden el valor de la zona ocupada por la construcción de la carretera y el de los otros perjuicios accesorios, pero que en conjunto integran la totalidad de la indemnización y el objeto de la acción incoada.**

La declaración de inexequibilidad ya mencionada, define claramente que corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción encaminada a obtener el total resarcimiento de los perjuicios causados por la ocupación permanente de la propiedad privada con la construcción de una carretera, con aplicación de las normas de derecho común y no de las reglas procesales recogidas en los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo, de donde resulta evidente que el caso de autos no puede someterse al imperio del artículo 263 de la Ley 167 de 1941, que establece un término perentorio por vía de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción contenciosa contemplada en dicha norma.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano).

Procede revisar, en grado de apelación y consulta, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el presente juicio ordinario, en el cual fue demandado el Departamento de Antioquia por el Presbítero Carlos de Villa Velásquez con las siguientes peticiones:

"1º— Que el Departamento de Antioquia es responsable de los perjuicios y daños que se oca-

sionaron a mi propiedad denominada 'La Argentina', ubicada y delimitada como se dice en el hecho primero de la parte expositiva de esta demanda, con ocasión de la construcción de la carretera que conduce a la cabecera del Corregimiento de San Pablo del Municipio de Támesis.

"2º— Que, en consecuencia de la declaración anterior, el Departamento de Antioquia está obligado a pagarme, dentro del término de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente juicio, a título de indemnización de perjuicios por los trabajos públicos ejecutados con motivo de la ocupación de mi propiedad ya dicha y de los daños ocasionados por esos trabajos, la suma de treinta y tres mil ciento catorce pesos m. c. ($ 33.114.oo) y sus intereses legales hasta que se verifique el pago, comprendidos en esta cantidad el lucro cesante y el daño emergente ocasionados con la ocupación de hecho y la construcción y destrucciones y daños llevados a cabo por la Administración Departamental, conforme a lo referido en la parte motiva de este libelo.

"*SUBSIDIARIAMENTE*: Para el caso de que no se hiciere la declaración señalada con el numeral 2) anterior, le solicito que se condene al Departamento de Antioquia a pagarme, dentro del término de ejecutoria, a título de indemnización de perjuicios, comprendidos el lucro cesante y el daño emergente ocasionados con la ocupación de hecho y las destrucciones y daños ejecutados en mi finca La Argentina por la Administración Departamental de Antioquia, en la cuantía que se determine por medio de peritos, mediante prueba practicada en este juicio o en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil".

Los fundamentos de hecho se vinculan a las siguientes cuestiones, en síntesis:

El actor es dueño de la finca rural denominada "La Argentina", la cual adquirió por escritura número 339 de 11 de julio de 1949, otorgada en la Notaría del Circuito de Támesis, finca singularizada por los linderos descritos en dicho título y en la demanda.

El Departamento de Antioquia, al construír un ramal de carretera que comunica la cabecera del Corregimiento de San Pablo —del Distrito de Támesis— con la vía principal que conduce al citado Municipio de Támesis, ocupó con tal fin una zona de terreno de la finca antes determinada, en una extensión de quinientos metros de longitud por cinco de anchura, sin previa indemnización y expropiación.

La parte del inmueble ocupada definitivamente por la apertura de tal vía, cultivada con plantaciones de café, plátano y árboles frutales, tenía un valor de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo). Además, se destruyeron 2.088 cafetos que, a tres pesos ($ 3.oo) cada uno, representan la cantidad de $ 6.264.oo; por otra parte, con la construcción de esa carretera se causaron dos derrumbes que inutilizaron por varios años los respectivos lotes de terreno, en extensión de media cuadra y cuadra y media, y hubo volcamientos de tierra sobre las plantaciones que determinaron la disminución de la producción cafetera de la propiedad en cuestión, disminución estimable en 150 arrobas en el año de 1956, requiriéndose "un lapso de por lo menos cinco años para rehacerse las dichas plantaciones y volver a su ritmo de producción anterior".

"Teniendo en cuenta únicamente los precios del café a la época en que se causaron los perjuicios con la construcción de la carretera a San Pablo, precios que para entonces eran de un promedio de treinta y cinco pesos m. c. ($ 35.oo) por cada arroba; y teniendo en cuenta una disminución de cien arrobas (100 @) por cada año, o sea una cantidad de quinientas arrobas (500 @) en los cinco años dichos (no contando para nada la disminución por la destrucción de los cafetos en la zona ocupada con la banca de la vía), tendríamos que al precio dicho, el lucro cesante en el lapso indicado monta por este solo renglón a la suma de doce mil doscientos cincuenta pesos m. c. ($ 12.250.oo) después de deducir el treinta por ciento (30 %), o sea la suma de cinco mil doscientos cincuenta pesos ($ 5.250.oo) para gastos de producción del grano referido. Fuera de lo narrado en los hechos anteriores, con la construcción de la carretera de que se ha hecho mención destruyeron en mi propiedad seiscientos árboles de guamo 'santafereño' y 'nogal' que a razón de un peso con cincuenta centavos cada uno ($ 1.50), valen la suma de novecientos pesos m. c. ($ 900.oo); quinientas matas de plátano (500), que a razón de cuatro pesos m. c. ($ 4.oo) por cada una de ellas, valen la suma de dos mil pesos m. c. ($ 2.000.oo); setenta árboles de aguacate y de mango que a razón de veinte pesos ($ 20.oo) cada uno, valen la suma de mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.oo); y por el lucro cesante derivado de la destrucción de estos árboles, en un lapso de cinco (5) años, plazo necesario para reemplazarlos y ponerlos en estado de producción, el demandado está obligado a reconocer la suma de seis mil trescientos pesos m. c. ($ 6.300.oo)".

En derecho se fundó la acción en el artículo 30 de la Constitución Nacional; en los artículos

1º y 7º de la Ley 38 de 1918; en la declaratoria de inexequibilidad pronunciada por la Corte Suprema respecto de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, "en cuanto reglamenta el ejercicio ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública"; en las sentencias de 11 de junio y 26 de mayo de 1956 por medio de las cuales la H. Corte Suprema sentó jurisprudencia en relación con la competencia que tienen los órganos de la jurisdicción ordinaria para conocer de esta clase de acciones; y, por último, en el artículo 86 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que confiere a los Gobernadores la representación de los Departamentos en los negocios administrativos y judiciales.

El señor Gobernador del Departamento descorrió el traslado de la demanda en el sentido de aceptar el hecho referente a la construcción de la carretera en cuestión por la entidad querellada y de expresar que ignoraba o remitía a prueba los restantes. Se opuso a que se decretaran favorablemente las súplicas impetradas por el actor y agregó al respecto: tal obra pública se llevó a cabo bajo la dirección de ingenieros expertos en la materia, conforme a la técnica y costumbre regionales, por lo cual, no pudiendo imputársele negligencia al Departamento en la construcción de la vía, los desmoronos y deslizamientos a que se refiere el libelo tienen como origen la propia topografía del terreno y la presencia de aguas lluvias y corrientes subterráneas, mas no el indicado en aquel escrito; de otra parte, la valorización adquirida por la finca 'La Argentina' de propiedad del Presbítero Carlos Villa Velásquez con la construcción en referencia, es superior al valor de la faja de terreno que dice se le ha ocupado, en virtud de lo cual es necesario compensar las sumas líquidas de dinero que resulten probadas en el juicio a fin de evitar un enriquecimiento sin causa. Además, propuso las siguientes excepciones, como perentorias: compensación, carencia de acción, ilegitimidad de la personería, inepta demanda, prescripción, petición de modo indebido y antes de tiempo.

El Gobernador del Departamento de Antioquia, a su vez, propuso demanda de reconvención contra el Presbítero Carlos de Villa a fin de que se declare que está obligado a pagarle a la entidad por él representada "el valor de la valorización que adquirió su propiedad 'La Argentina', situada en el Municipio de Támesis, por la construcción de la carretera que comunica el Corregimiento de San Pablo con el Municipio de Támesis".

Son fundamentos fácticos de ella, en síntesis: la construcción de dicha carretera, llevada a cabo por el referido Departamento por medio de ingenieros y con el cuidado necesario para que no se presentaran deslizamientos de terreno, benefició considerablemente la finca de 'La Argentina', dotando a ésta de mejores medios de comunicación para el transporte de sus productos a mercados de consumo; con tal construcción sufrió empobrecimiento el patrimonio del Departamento y corresponde al demandante reconocer y pagar a la mencionada entidad la valorización que adquirió la finca 'La Argentina' por la construcción de la mencionada vía.

El Tribunal de Medellín, en la sentencia ya citada, desató el negocio en la siguiente forma:

"1º— El Departamento de Antioquia está obligado a pagar al Presbítero Carlos de Villa Velásquez los perjuicios causados por la ocupación de la zona de terreno, tomada de la finca 'La Argentina' de su propiedad, situada en el paraje o fracción 'Cartama' de la jurisdicción del Municipio de Támesis, con motivo de la construcción de la carretera que conduce a la cabecera del Corregimiento de San Pablo del Municipio de Támesis, conforme a la discriminación siguiente: mil quinientos pesos ($ 1.500.oo) por valor de la zona ocupada y quinientos trece pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 513.59) por lucro cesante en razón del café que dejó de percibir el demandante, lo que da un total de dos mil trece pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 2.013.59), cantidad de la cual se deduce la suma de cuatrocientos pesos con setenta y un centavos ($ 400.71) por concepto de valorización.

"2º— El pago de la cantidad de mil seiscientos diez pesos con ochenta y ocho centavos ($ 1.610.88), será hecho por el Departamento cuando el demandante le otorgue la escritura sobre transferencia de la zona de terreno ocupada por la carretera.

"3º— Respecto de los demás perjuicios reclamados declárase establecida la excepción de prescripción propuesta o término de caducidad.

"4º— No se declaran probadas las otras excepciones propuestas por el Departamento de Antioquia.

"5º— No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda principal y en la reconvención".

El negocio ha venido a la Corte para la revisión de este fallo, en virtud de consulta y apelación interpuesta por el actor; como el recurso ha recibido el trámite correspondiente procede el pronunciamiento de la sentencia de segundo grado.

Se conoce en la doctrina con el nombre de expropiación indirecta o irregular la que se lleva a cabo por órganos de la administración, mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante Juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización previa que aquélla implica.

Son estos en esencia los principios doctrinarios recogidos en sentencia de la Sala Plena de la Corte de 20 de junio de 1955, por medio de la cual se declaró la total inexequibilidad del artículo 269 del Código Contencioso Administrativo, que implícitamente permitía la expropiación de hecho, sin sentencia judicial previa y mediante indemnización posterior. De esa misma sentencia se desprende que la acción para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por tales vías de hecho es de competencia de la justicia ordinaria, como lo es la procedente de una culpa aquiliana o extracontractual. Al tomar esa decisión, entre otras razones, expresó la Corte:

"La ocupación de la propiedad privada por vía de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produzca como resultado su anexión al patrimonio público 'desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño' es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aun en tiempo de guerra, la propiedad inmueble 'solo puede ser temporalmente ocupada' y cuando por motivo de utilidad pública o interés social 'definidos por el legislador', ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medidas expeditas, en caso de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

"Excepcionalmente, en caso de guerra, no puede ser previa la indemnización, pero aun entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupcaión de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto en el estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan solo permita que ello se haga transitoriamente durante el estado de guerra.

"Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiera la aplicación a ellas de inmueble de propiedad particular es indispensable que preceda la expropiación. El artículo 269 consagra un modo de constreñir al propietario para que se haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, 'otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio' como secuela de una toma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

"Por otra parte, en el fondo, cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen a la condena de perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios debe incluírse 'el pago de lo que valga la parte ocupada', se contempla la figura, articulada ya en la ley de 1918, que los expositores han llamado *expropiación indirecta,* no autorizada en derecho colombiano sino expresamente prohibida por él.

"La expropiación regular, en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta. La indemnización comprende no sólo el valor de la propiedad expropiada, sino 'todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él". (G. J. Nº 2140, p. 328).

Y más adelante expresa la sentencia en cita:

"Siendo esto así, tratándose de una acción ex dominium con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la 'sentencia judicial' que debe decidir esta clase de litigios no puede ser pronunciada por ninguna jurisdicción especial, sino por la llamada justicia ordinaria. En otros términos: el artículo 30 de la Constitución exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

"De todo lo expuesto se concluye que el artículo 269 acusado es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la adminis-

tración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos''.

Si, pues, la Corte declaró totalmente inexequible el artículo 269 y también inconstitucionales los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 ''en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública'', debe concluírse que corresponde a la justicia ordinaria conocer, con aplicación de las normas del derecho común, de la acción que tiene el desposeído por el poder público en tratándose de expropiación irregular o indirecta.

De las súplicas de la demanda y de los fundamentos fácticos se concluye con evidencia que el actor solicita la declaración de responsabilidad civil del Departamento querellado por los perjuicios y daños ocasionados por la construcción de la carretera que allí se indica, como también la consecuencial declaración de condena al pago de la indemnización de tales perjuicios, los cuales se hacen consistir: en la ocupación definitiva de una zona de terreno por la apertura de tal vía ''en una extensión de quinientos metros de longitud por cinco de anchura'', zona cultivada con plantaciones de café, plátano y árboles frutales; volcamientos de tierra sobre otras partes del inmueble dedicadas a los cultivos semejantes, derrumbes éstos que se causaron por la construcción de la misma obra pública.

Trátase en el caso sub-judice de una acción indemnizatoria de todos los perjuicios ocasionados por la ejecución de un trabajo público, en la que el fundamento de la responsabilidad radica en la circunstancia objetiva de la ocupación y se deriva de una vía de hecho de la administración que, por lo tanto, la hace responsable en forma directa y la obliga al resarcimiento de los daños derivados de tal expropiación irregular, los cuales comprenden el valor de la zona ocupada con la construcción de la carretera en mención y el de los otros perjuicios accesorios, pero que en conjunto integran la totalidad de la indemnización y el objeto de la acción incoada.

Proceden las anteriores consideraciones por cuanto el Tribunal en la sentencia apelada, después de advertir que conforme a la jurisprudencia (fallo de 29 de noviembre de 1958 — G. J. T. LXXXIX, pag. 810) corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción que se promueve para reclamar la indemnización correspondiente cuandoquiera que con motivo de trabajos públicos se ocupa de manera permanente una propiedad privada y para efectuar la ocupación se causan daños, expresa sin embargo, que debe admitirse ''en relación con estos últimos la prescripción de dos años (caducidad)'' y no así respecto de los perjuicios que se derivan de la ocupación del terreno y el lucro cesante, regidos en cuanto a la prescripción por las normas generales del Código Civil. Fundado en los anotados razonamientos, el Tribunal de Medellín fija el monto indemnizatorio de los perjuicios correspondientes a la zona ocupada de la propiedad y, en cuanto al resarcimiento de los otros daños demandados, dice: ''El señor Gobernador del Departamento propuso la excepción de prescripción, que alegó con fundamento en que según los testigos, los hechos ocurrieron durante el año de 1954, de que deduce el transcurso de tiempo mayor de dos años, desde que se ejecutaron las obras hasta que la acción fue incoada, y en efecto, con apoyo en la prueba testimonial en referencia, se desprende que desde el año de 1954 en que se realizaron los trabajos hasta el momento de notificarse el libelo al representante legal de la entidad demandada, corrió un lapso mayor de dos años, de que se sigue que la acción relacionada con los demás perjuicios a que se aludió aparece prescrita, con arreglo al artículo 263 de la Ley 167 de 1941''.

Ya había dicho la Corte en el mismo fallo que se invoca por el sentenciador y al resolver un asunto como el contemplado ahora, que ''no se trata de dos acciones sino de una sola, o sea, la de indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública. Y esto es obvio, porque siendo los daños motivados por la ocupación, deben jurídicamente confundirse con ella en el reclamo de la indemnización debida. En cambio, cuando no provienen directamente de la ocupación, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento de la acción que se promueva para que sean indemnizados. Así los sufridos por propietarios de inmuebles limítrofes e inmediatos a la vía, o los causados al dueño de las zonas ocupadas, en predios distintos al de la ocupación''.

En el evento de autos, como se desprende de las súplicas de la demanda antes analizadas, no es factible dividir la continencia de la causa en este juicio, pues en realidad se ha ejercitado una sola acción encaminada a obtener el total resarcimiento de los perjuicios causados por el mismo hecho, a saber: la ocupación permanente de la propiedad privada con la construcción de la ca-

rretera, que a la par ocasionó otros daños en el inmueble objeto de la expropiación indirecta.

Y como el presente juicio fue instaurado en el mes de agosto de 1957 y el conocimiento de la acción incoada corresponde a la justicia ordinaria con aplicación de las normas del derecho común, como consecuencia del fallo de la Corte (20 de junio de 1955) que declaró totalmente inexequible el artículo 269 y también inconstitucionales los artículos 261 a 268 de la ley 167 de 1941 en todo lo relativo al ejercicio de las acciones por perjuicios con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública, se concluye que sólo a partir del día de la ocupación empezará a correr el lapso necesario con que está previsto el fenómeno extintivo de la prescripción según las normas de la ley civil. Por lo tanto, si esta acción ofrece las características antes puntualizadas y, de otra parte, la declaración de inexequibilidad de anterior mención define claramente que corresponde a la justicia ordinaria conocer de ella con aplicación de las normas de derecho común y no de las reglas procesales recogidas en los precitados artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo, resulta evidente que el caso de autos no puede someterse al imperio del artículo 263 de la ley 167 de 1941, que establece un término perentorio por vía de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción contenciosa contemplada en dicha norma. La Sala de Negocios Generales en sentencia de 23 de noviembre de 1959 en un negocio similar sostuvo estos mismos principios.

En consecuencia, debe desecharse la excepción de prescripción que, "respecto de los demás perjuicios reclamados", declara establecido el fallo por no haber transcurrido respecto de la acción incoada ninguno de los lapsos que las normas del Código Civil señalan para su prescripción.

Ningún hecho nuevo se ha producido en el trámite de esta instancia.

La Sala ha verificado con detenimiento el mérito probatorio de los distintos elementos de convicción aportados al juicio, advirtiendo que ellos acreditan los hechos básicos de la acción que en seguida se indican:

1º— La propiedad del demandante sobre el inmueble materia del litigio está comprobada con la copia de la escritura pública número 339 de 11 de junio de 1939, de la Notaría de Támesis, y con el certificado del Registrador de Instrumentos públicos del Circuito del mismo nombre sobre vigencia de la inscripción y suficiencia del título en mención.

2º— La construcción de la vía pública departamental y la identificación del bien raíz objeto de parcial ocupación con motivo de ese trabajo, son hechos plenamente establecidos mediante el reconocimiento de la ejecución de la obra por la entidad demandada y prueba testimonial múltiple.

3º— La determinación de la zona ocupada permanentemente con ocasión del trabajo público, es hecho que viene demostrado en el proceso por medio del acta de la diligencia de inspección ocular y el dictamen de peritos. De conformidad con este último, la zona en referencia tiene una extensión "de 3.720 varas cuadradas que se tomaron para la construcción de la carretera". El monto de la indemnización a este respecto fue fijado en dicha peritación de modo uniforme en la cantidad de $ 1.500.oo, o sea, el valor correspondiente a las 3.720 varas cuadradas de terreno, "con sus árboles de aguacate, mango, guamo santafereño, etc.". Además de asignar los expertos el aludido justiprecio a la zona ocupada, por concepto de daño emergente, también estimaron el otro extremo del perjuicio demandado y probado en el juicio, es decir, el lucro cesante, en el valor correspondiente a 23 arrobas de café que ha dejado de percibir el actor con motivo de la destrucción de los cultivos existentes en la faja de terreno en cuestión, los cuales liquidados por el a quo a razón de $ 32.33 cada una, según el promedio de precios deducido para el año de 1955 en el certificado de la Federación Nacional de Cafeteros (Seccional de Antioquia) y descontado el valor de los gastos de producción que el mismo dictamen pericial calcula en $ 10.oo para cada arroba, arrojan la cantidad de $ 553.59. Y como la peritación se ajusta a las exigencias del artículo 721 del Código Judicial y la liquidación del fallo de primer grado a comprobaciones procesales, deben acogerse aquél y ésta en lo concerniente a la fijación del monto de tales indemnizaciones.

Expresa la sentencia de primera instancia que del valor total de esos daños debe deducirse el 20 por ciento por valorización del inmueble ocupado. Apoya su decisión en las siguientes razones: "En virtud de que el importe de la valorización de la finca por obra de la carretera, según el concepto de los peritos es de $ 10.000.oo si estuviera terminada la obra, y teniendo en cuenta que la construcción de la carretera no se halla concluída conforme al mismo dictamen, de manera que el concepto pericial está condicionado a la cumplida realización de la obra, esto hace que no pueda acogerse el dato dado por los peritos y será el caso de reconocer al Departamen-

to por valorización el veinte por ciento (20%) que señala el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo''.

Es evidente que la precitada disposición manda deducir del monto de la indemnización el aumento del valor probable que haya adquirido el resto del predio ocupado por virtud de la obra construída o trabajo público realizado. Además, dicho artículo ordena deducir un veinte por ciento (20%) por concepto de valorización en el caso de que los peritos no estimen el expresado aumento probable del predio. Mas en el evento sub lite no puede disponerse por el juzgador tal deducción en atención a las siguientes consideraciones: de la presente acción conoce la justicia ordinaria con aplicación de las normas del derecho común; los expertos no regularon en suma determinada y cierta el valor del aumento probable del fundo por concepto de valorización, pues estimaron que sería de $ 10.000.oo cuando la obra se terminara; el dictamen pericial y aun la misma acta de la diligencia de inspección ocular expresan, en su orden, que la construcción de la carretera no se ha concluído o que ''faltan en ella varias obras de arte''. Por lo tanto, es improcedente el sistema acogido por el a quo para fijar la cuantía que debe reconocerse al Departamento por concepto de valorización, pues ésta debe estimarse en consideración a la obra realizada, en su valor actual, y determinarse de conformidad con lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial. En tal sentido debe modificarse el fallo objeto del recurso.

En cuanto al pago pedido por el actor, a título de indemnización de perjuicios, de los otros daños ocasionados en la finca de La Argentina con motivo del trabajo público ejecutado por la Administración Departamental de Antioquia, se observa:

Varios testimonios rendidos a solicitud de la parte demandante acreditan, no solo la ocupación permanente de la zona de terreno de tal finca para destinarla a la explanación de la vía, sino que tal trabajo público determinó desmoronamiento de tierras en la referida propiedad que causaron la destrucción de árboles de café, guamo y matas de plátano. Respaldan estos hechos las declaraciones contextes rendidas por Luis Eduardo Zapata, José Eleuterio Vélez, Juan López, Benjamín A. Cano, Gilberto Correa y Joaquín Pérez.

Los peritos Francisco Serna y Horacio Orozco Valencia, al dictaminar sobre los puntos respectivos del memorial de pruebas de la parte actora y demandada, expresan que en razón de los mencionados ''volcamientos de tierras'' el actor ha dejado de percibir cuarenta y cinco arrobas de café provenientes de plantaciones sembradas en media cuadra de terreno, la cual quedó especialmente inutilizada, y diez arrobas más por derrumbamientos sobre el resto de los cafetales.

Las partes no formularon reparo alguno sobre las estimaciones y apreciaciones contenidas en el dictamen, el cual a su vez encuentra apoyo en los testimonios de que se ha hecho anterior relación en factores que los expertos tuvieron en cuenta para calcular aproximadamente el lucro cesante y el daño emergente resultantes por este aspecto. Desde luego, el valor de las arrobas de café se liquidará con sometimiento a cálculos antes señalados y acreditados en el proceso.

Verificadas las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene, en resumen, el siguiente resultado en la estimación de los perjuicios demandados:

Valor de la zona ocupada .. .. ..$	1.500.00
Valor del lucro cesante .. ..$	513.59
Valor de otros perjuicios o sea el correspondiente a 55 arrobas de café a razón de $ 22.33 cada una .. ..$	1.228.15
Total .. .. ..

en cuenta la plusvalía actual determinada por la obra realizada, la cual el Departamento podrá hacer efectiva cuando esté fijada en cantidad líquida.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Se decide sobre una reclamación de perjuicios contra la Nación, a causa de una providencia dictada por la Sala Penal de la Corte. Requisitos que deben cumplirse para el éxito de la acción de responsabilidad por culpa. Responsabilidad extracontractual y administración de justicia. El daño indemnizable.

1. La responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho culposo de sus agentes o dependientes, cuando concurren los siguientes factores: un daño, una culpa en el agente o dependiente de la entidad oficial, y una relación de causalidad entre la culpa y el daño. Faltando uno cualquiera de estos factores no surge la responsabilidad, como tampoco cuando la entidad demandada puede aprovecharse de una circunstancia eximente.

2. Los jueces, salvo excepción expresa, y dada la naturaleza especial de sus funciones, no son responsables de los perjuicios que puedan causar por los errores que cometan de buena fe al aplicar el derecho en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, o lo que es lo mismo, que sólo serán responsables cuando actúen dolosamente; por lo que mal podrá quedar comprometida la responsabilidad del Estado en ausencia de una tal conducta torticera, pues por regla general, la responsabilidad de las entidades de derecho público por el hecho de sus agentes o dependientes deriva de la responsabilidad de éstos.

Como es apenas natural, y así lo indica la doctrina, sólo la lesión de un interés legítimo puede constituír un daño indemnizable, y no es de tal calidad el que el demandante afirma le fue ocasionado por la Sala Penal de la Corte, cuando en una providencia suya desautorizó ciertas actividades del mismo, opuestas al espíritu de la reforma constitucional de 1945, sobre ejercicio de la abogacía.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio treinta de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Agotados los trámites correspondientes a la segunda instancia, se resuelve la apelación que interpuso el demandante Jesús Ramón Cuéllar contra la sentencia de 10 de diciembre de 1959, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que absolvió a la Nación de los cargos de la demanda.

En ésta el expresado Jesús Ramón Cuéllar, vecino de Garzón, había pedido, por medio de apoderado que se hicieran contra la Nación los siguientes pronunciamientos:

"A).— Que la Nación Colombiana está obligada y se la condena a pagar a Jesús Ramón Cuéllar los perjuicios materiales y morales causados por la Honorable Corte Suprema de Justicia con la condena proferida contra el mencionado Jesús Ramón Cuéllar el 12 de septiembre de 1950 en el informativo levantado para investigar cargos hechos al doctor Guillermo Martínez Orozco, sin ser el mencionado Jesús Ramón parte en dicho informativo, ni haber sido citado en forma alguna para ponerse a derecho y ejercitar su defensa.

"B).— Que la indemnización de los perjuicios debe comprender el lucro cesante y el daño emergente, lo mismo que el daño moral, de acuerdo con el avalúo que se haga por peritos en el presente juicio".

Como fundamentos de hecho expresó los siguientes:

"PRIMERO— El señor Jesús Ramón Cuéllar formuló denuncio contra el señor doctor Guillermo Martínez Orozco ex juez del Circuito Civil de Garzón, para que investigara algunos hechos que el denunciante consideraba contrarios a la ley.

"SEGUNDO— Iniciada la investigación, se practicaron las diligencias conducentes a esclarecer los hechos denunciados y se allegaron diversas piezas tomadas de otros juicios para perfeccionar el informativo, hecho lo cual el Honorable Tribunal Superior de Neiva en sentencia de veinticuatro de septiembre de 1949, en desarrollo del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, declaró que los hechos por los cuales fue denunciado el doctor Martínez Orozco no constituyen delito alguno y ordenó cesar todo procedimiento contra él.

"TERCERO— El fallo fue en consulta a la Honorable Corte Suprema de Justicia, corporación ésta que, sin citar ni oír a Jesús Ramón Cuéllar en el proceso, al confirmar el fallo consultado, ordenó en el ordinal o) de su fallo de 12 de septiembre de 1950 que se cancelaran las autorizaciones que el mencionado Ramón tuviera como empleado de abogados en los Juzgados del Distrito, fallo este que se notificó por estado y del cual Jesús Ramón Cuéllar sólo tuvo conocimiento cuando se ejecutó la orden de cancelación de las autorizaciones que algunos abogados le tenían otorgadas en los juzgados de Garzón.

"CUARTO— El señor Jesús Ramón Cuéllar hizo por intermedio de varios abogados diversas solicitudes para que se le permitiera actuar como empleado de abogados, pero tales solicitudes le fueron negadas en virtud del fallo de la Honorable Corte, aquí mencionada, lo cual le acarreó perjuicios en su trabajo por razón de una condena pronunciada contra él, en abierta oposición a la norma constitucional que prohibe condenar a nadie, sin haber sido oído y vencido en juicio.

"QUINTO— Varios abogados, cuyos nombres se indicaran en el término de pruebas para efecto de sus testimonios, otorgaron ante los jueces de Garzón autorizaciones a Jesús Ramón Cuéllar, como empleado de ellos, las cuales fueron rechazadas.

"SEXTO— El mencionado Jesús Ramón no pudo trabajar y por consiguiente dejó de percibir remuneraciones por su trabajo de los abogados que lo autorizaban como empleado y que deseaban tomarlo a su servicio, y al propio tiempo sufrió menoscabo en su reputación y padeció la desconfianza de las gentes de bien".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

En suma, considera el demandante que los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte incurrieron en culpa al haber ordenado la cancelación de las autorizaciones que tenía como empleado de abogados en los juzgados del Distrito de Neiva, sin haberlo oído en juicio, y que esta determinación, que afirma fue cumplida, le causó perjuicios materiales y morales; y que por consiguiente la Nación, de quien eran dependientes dichos funcionarios, debe responder por tales perjuicios.

Con base en los artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil la jurisprudencia nacional, siguiendo la orientación de la doctrina universal, ha aceptado de tiempo atrás, que la responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho culposo de sus agentes o dependientes. Para que ello ocurra se requiere, como regla general, el concurso de los siguientes factores: un daño, una culpa en el agente o dependiente de la entidad oficial, una relación de causalidad entre la culpa y el daño. Faltando uno cualquiera de estos factores no surge la responsabilidad, como tampoco cuando la entidad demandada puede aprovecharse de una circunstancia eximente.

Para el Tribunal la responsabilidad del Estado no podía quedar comprometida en el caso sub-judice, porque, si bien el principio general es el de la responsabilidad de la persona moral con los actos de sus agentes, tanto los expositores franceses como la jurisprudencia de nuestra Corte, que en el particular ha aceptado la doctrina de aquéllos, están de acuerdo en hacer una derogación a dicho principio para los llamados actos de soberanía, entre los cuales se cuentan las decisiones judiciales. Tales actos, como ha dicho la Corte: "cuando se cumplen dentro del ejercicio normal de la función, sólo comprometen la responsabilidad administrativa en los términos que una ley particular y expresa lo haya prevenido. Y esto como lo observa Lalou, "por la consideración de que haya actos por los cuales, en razón de un interés superior, es preciso dejar al Estado una libre actividad de dominio, sin que estos actos puedan ser apreciados por una jurisdicción cualquiera o dar lugar a un recurso cualquiera" (G. J. Nº 2.085, pág. 859). Luego transcribe una doctrina de la Procuraduría acogida por la Sala en fallo de 29 de abril de 1948, que dice así: "Cuando no existe dolo no se ve

cómo puede ser responsable el Estado de cualquier error en que incurra un juez o magistrado al interpretar o aplicar la ley. De acuedo con la doctrina comúnmente aceptada por los tratadistas (Bonnard, por ejemplo), el Organo Legislativo y el Organo Judicial son irresponsables: los daños que causen con su actuación no son susceptibles de ser indemnizados. Hay de por medio altas nociones de interés público que impiden hacer responsable a la Nación por los actos libres del Congreso y del Organo Judicial. La libertad esencial con que deben obrar legisladores y juzgadores excluye, en tales casos, la responsabilidad del Estado. La tesis contraria llevaría, por lo demás, a conclusiones monstruosas y absurdas. Si cualquier error en la aplicación o interpretación de las leyes por el juez pudiera verse como una culpa suya, que aplicara la responsabilidad civil del Estado, habría que concluír que en todo caso en que el Superior Juzgado de Circuito, Tribunal Superior, Corte Suprema revoca una providencia de un inferior, habría lugar a la correspondiente acción de perjuicios contra el Estado. Pero ocurre precisamente lo contrario. Toda la organización judicial del país reposa sobre la base de las dos instancias. Y ellas se fundan en la posible equivocación del fallador al interpretar o aplicar las leyes positivas. El mismo recurso extraordinario de casación que existe entre nosotros se funda, precisamente, en la posibilidad de que los Tribunales Superiores violen, con sus fallos, la ley sustantiva. La tesis de la parte actora conduciría al absurdo de que toda vez que la Honorable Corte casa un fallo de un Tribunal Superior por ser violatorio de la ley —por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea— hay acción de daños y perjuicios contra la Nación. Este extremo repugnante pone de manifiesto cuán errada es la interpretación de la parte demandante al tratar de deducir responsabilidad a la Nación por haber efectuado un funcionario un embargo y un secuestro que se consideran ilegales. Como decía, la irresponsabilidad de la Nación por la errada interpretación de las leyes hecha por los competentes funcionarios, es la tesis dominante entre los más conocidos tratadistas. En efecto Henry Lalou dice: 'La acción de responsabilidad civil por razón de actos cometidos en ejercicio de sus funciones por los funcionarios del órgano judicial, se ejerce siguiendo un procedimiento especial reglamentado por los artículos 505 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y que se denomina procedimiento de *price à partie*. De una manera general, este procedimiento, complicado intencionalmente para garantizar a los jueces contra acciones vejatorias, sólo es posible cuando el juez es culpable de dolo, fraude, concusión o denegación de justicia o cuando la ley establece expresamente la *prise à partie* o castiga a los jueces con la pena de pagar daños y perjuicios sin que sea necesario en este último caso que la persona contra la cual se dirige la acción haya actuado con intención fraudulenta'. (La responsabilité civile, Nº 1415). Es decir, cuando la ley no presume expresamente el dolo o establece, como pena, la indemnización de perjuicios, es necesario demostrar el dolo del funcionario judicial para que la acción de perjuicios pueda prosperar. Roger Bonnard dice: '2º— La función jurisdiccional. Hay irresponsabilidad para todos los actos que concurren al ejercicio de la función jurisdiccional y sea cual fuere la jurisdicción. La regla es absoluta'. (Précis de Droit Public, pág. 355). Luis Rolland concuerda con los expositores anteriores al decir: 'El principio del derecho público francés. Este principio es extremadamente sencillo para formular. El Estado es irresponsable en razón de todo funcionamiento del servicio judicial, excepción hecha de los casos especiales que se indicarán en seguida. Ninguna indemnización puede reclamarse por el hecho de perjuicios resultantes de los fallos o de las actuaciones de la policía judicial' (Précis de Droit Administratif, pg. 319). Cree la Procuraduría que la tesis expuesta, en forma clara y unánime, por los conocidos tratadistas franceses citados es perfectamente aplicable en Colombia, pues se trata no de normas excepcionales consagradas en forma especial por la legislación francesa sino, por el contrario, de la aplicación de los más elementales principios del derecho público''.

El apelante no sustentó su recurso. Por su parte el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en esta instancia, en extenso alegato ha pedido la confirmación de la sentencia.

Dado el indiscutible valor objetivo que posee, la Sala no puede menos que confirmar su doctrina transcrita en el fallo apelado. Tan sólo anota que ella debe ser expuesta en una forma más acorde con la realidad del derecho patrio, en el que, como regla general, la responsabilidad de las entidades de derecho público por el hecho de sus agentes o dependientes deriva de la responsabilidad de éstos. Debe entonces decirse que los jueces, salvo excepción expresa, y dada la naturaleza especial de sus funciones, no son responsables de los perjuicios que puedan causar por los errores que cometan de buena fe al aplicar el derecho en el ejercicio de sus atribuciones

jurisdiccionales; o lo que es lo mismo, que sólo serán responsables cuando actúen dolosamente, por lo que mal podrá quedar comprometida la responsabilidad del Estado en ausencia de una tal conducta torticera.

Son excepciones a esta regla, como es obvio, los casos en que el legislador expresamente sanciona al juez con el pago de costas. La hipótesis del artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, no obstante la primera impresión que deja su lectura, no parece constituír excepción, pues es apenas justo que la responsabilidad de los jueces no podrá quedar comprometida sino en tanto que su actuación ilícita tenga incidencia sobre la sentencia revisada.

Ahora bien: la causa petendi presentada por el demandante en el libelo no aparece configurada por un comportamiento doloso de los magistrados de la Sala Penal de la Corte que ordenaron la cancelación de las autorizaciones que aquel tenía recibidas para examinar expedientes. En los fundamentos de hecho apenas se afirma que la aludida cancelación fue decretada "en abierta oposición a la norma constitucional que prohibe condenar a nadie, sin haber sido oído y vencido en juicio", pero es claro que esto no constituye una imputación a los referidos Magistrados de haber procedido con dolo. Por consiguiente, en la sentencia no puede entrarse a estudiar la posibilidad de que ellos realmente hubieran tenido una tal conducta dolosa, de conformidad con el principio recogido en el artículo 593 del Código Judicial, según el cual el juzgador no puede tener en cuenta hechos distintos de los indicados en el libelo como base de las pretensiones del demandante.

No está demás anotar que en ninguna parte del expediente aparece la comprobación de una actividad ilícita de los magistrados de la Sala Penal de la Corte.

Falta, pues, el factor culpa, de que se habló antes, lo que es suficiente para desechar la acción incoada y confirmar la sentencia apelada.

Con todo, para mayor abundamiento observa la Sala que tampoco aparece establecido el factor daño. Pues, como es apenas natural e indica la doctrina, sólo la lesión de un interés legítimo puede constituír un daño indemnizable, y no es de tal calidad el que el demandante afirma le fue causado. Según sus propias palabras, él no era un empleado dependiente de un abogado, de quien hubiera recibido autorización para examinar expedientes y obtener informes de las autoridades judiciales, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 21 de 1931, sino que tenía organizado por cuenta propia un servicio de información a abogados de localidades distintas de Garzón, donde vivía y trabajaba, o sea, que desarrollaba lo que pudiera llamarse la profesión de dependiente de abogado, que no sólo no está autorizada en parte alguna por la ley, sino que resulta en evidente oposición con el espíritu de la reforma constitucional de 1945, sobre ejercicio de la abogacía (art. 40 de la actual codificación constitucional). Como bien anota el señor Procurador Delegado, el aludido artículo 12 de la Ley 21 de 1931 contempla el caso de las autorizaciones que a sus empleados puedan dar los abogados, pero no el de individuos que en forma independiente y permanente se dedican a recibir autorizaciones de una pluralidad de profesionales, como era el caso del demandante.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.
Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

ADMISION DE LA DEMANDA

1. Distinción entre la demanda propiamente tal y las pretensiones que contiene. La admisión de la demanda no recae sobre las pretensiones. El auto admisorio es de sustanciación y sólo tiene por objeto poner en marcha el proceso. — 2. No puede haber admisión parcial ni rechazo parcial de la demanda.

1. Cuestión que preocupa hoy seriamente a los procesalistas es delimitar la demanda de la pretensión procesal y distinguir entre ellas. La pretensión procesal es la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del Organo Jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica u obligue a observar una determinada conducta jurídica; la demanda, hecha abstracción de la pretensión que contiene, es, sustancialmente, pues tal su índole, la petición para que comience el juicio y se adelante la tramitación correspondiente. La demanda es, así por regla general, un acto complejo de parte, que a la vez que contiene la pretensión procesal tiende también, sustancialmente, a iniciar y poner en marcha el proceso. Al menos esta es su naturaleza en el sistema procesal civil, en que ella, si bien contiene la formulación de las pretensiones del actor, es por otra parte, fundamentalmente, el acto mediante el cual se provoca la tramitación de la causa.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que la admisión de la demanda recae sobre ella en cuanto acto de iniciación procesal, más no sobre la pretensión que el actor se propone deducir judicialmente. Si la admisión o inadmisión pudieran versar sobre esta última, la inadmisión vendría a equivaler a un fallo anticipado, ad limine, de la cuestión de fondo, esto es, de la acción, que nuestra ley de procedimiento identifica con la pretensión, lo que sería absurdo. Entonces debe convenirse que cuando el juez admite la demanda el acto jurisdiccional no tiene por objeto las pretensiones formuladas, ni recae sobre ellas, sino que simplemente se limita a disponer que comience el proceso por ceñirse el libelo a los requisitos, más que todo formales, que exige la ley. Por ello el auto admisorio no es interlocutorio sino de sustanciación, pues que solamente tiene por objeto poner en marcha el proceso.

2. Dentro de nuestro sistema procedimental civil no hay lugar a admisión parcial de demanda, en el sentido de que cuando son varias las acciones incoadas puedan aceptarse unas y otras no. La admisión, en efecto, no recae sobre las pretensiones, cuyo acogimiento o repulsa es materia de la providencia de fondo, sino que se limita a iniciar la tramitación del juicio; de modo que si la demanda, como acto de iniciación procesal, cumple con las formalidades que la ley prescribe, debe ser aceptada in integrum, **y si no las satisface debe ser rechazada también** in integrum, **sin que haya lugar a disociar para ese efecto las pretensiones que contiene. Esto último es apenas propio de la resolución final.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, siete de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo).

Cuestión que preocupa hoy seriamente a los procesalistas es delimitar la demanda de la pretensión procesal y distinguir entre ellas. La pretensión procesal es la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una si-

tuación jurídica u obligue a observar una determinada conducta jurídica; la demanda, hecha abstracción de la pretensión que contiene, es, sustancialmente, pues tal su índole, la petición para que comience el juicio y se adelante la tramitación correspondiente. La demanda es, así por regla general, un acto complejo de parte, que a la vez que contiene la pretensión procesal tiende también, sustancialmente, a iniciar y poner en marcha el proceso. Al menos ésta es su naturaleza en el sistema procesal civil, en que ella, si bien contiene la formulación de las pretensiones del actor, es por otra parte, fundamentalmente, el acto mediante el cual se provoca la tramitación de la causa.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que la admisión de la demanda recae sobre ella en cuanto acto de iniciación procesal, mas no sobre la pretensión que el actor se propone deducir judicialmente. Si la admisión o inadmisión pudieran versar sobre ésta última, la inadmisión vendría a equivaler a un fallo anticipado, *ad-limine*, de la cuestión de fondo, esto es, de la acción, que nuestra ley de procedimiento identifica con la pretensión, lo que sería absurdo. Entonces debe convenirse que cuando el juez admite la demanda el acto jurisdiccional no tiene por objeto las pretensiones formuladas, ni recae sobre ellas, sino que simplemente se limita a disponer que comience el proceso por ceñirse el libelo a los requisitos, más que todo formales, que exige la ley. Por ello el auto admisorio no es interlocutorio sino de sustanciación, pues que solamente tiene por objeto poner en marcha el proceso; es de mero desarrollo procesal.

Todo lo cual quiere decir que, en nuestro sistema procedimental civil no hay lugar a admisión parcial de demanda, en el sentido de que cuando son varias las acciones incoadas puedan aceptarse unas y otras no. Como queda explicado, la admisión no recae sobre las pretensiones, cuyo acogimiento o repulsa es materia de la providencia de fondo, sino que se limita a iniciar la tramitación del juicio; de modo que si la demanda, como acto de iniciación procesal, cumple con las formalidades que la ley prescribe, debe ser aceptada *in integrum*, y si no las satisface debe ser rechazada también *in integrum*, sin que haya lugar a disociar para ese efecto las pretensiones que contiene. Esto último es apenas propio de la resolución final.

La demanda que precede satisface las condiciones exigidas en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del Código Judicial; no se observa, por otro lado, que las partes carezcan de capacidad civil o procesal; se cumplen en aquélla, consiguientemente, las condiciones que la ley ha establecido como presupuesto de admisibilidad, y por ello fue aceptada; sino que en la respectiva providencia se creyó prudente hacer referencia a la acción propuesta como principal —omitiendo las subsidiarias y consecuenciales—, con el único fin de individualizar el negocio para distinguirlo de otros que la misma parte actora pudiera ventilar ante la Corte contra el mismo opositor, pero sin que ello signifique, como parece haberlo entendido el señor procurador delegado en lo civil, que se admite la acción resolutoria de contrato y se rechazan las demás. Lo admitido es la demanda, como acto de iniciación procesal, no las acciones, cuya viabilidad sólo podrá examinarse en la sentencia. La accidental referencia a una de las acciones no implica, pues, la exclusión de otras, como lo piensa el recurrente, y bien pudiera haberse omitido también, como es usual hacerlo, ya que no es lo común que en los autos admisorios de demandas se mencionen las acciones propuestas, sino que por lo general se limitan a expresar que se acepta la demanda sin referirse para nada a las pretensiones que contiene.

Por estos motivos, se deniega la reposición del auto de fecha veintiuno de abril del año en curso, pedida por el señor procurador delegado en lo civil.

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

Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano. Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

La peritación puede ser complementaria de la inspección ocular o concurrente con ella. Condiciones y límites en que es legalmente posible la ampliación del dictamen.

Conforme al artículo 724 del Código Judicial la inspección ocular ha de practicarse con la intervención de testigos o peritos.

La peritación a que esta norma se refiere puede ser complementaria, si es el juez quien debe realizar el reconocimiento, bien que con el auxilio de la experiencia o los conocimientos esespecializados de los expertos; o concurrente, cuando, como dice Lessona citando a Pisanelli, la prueba se encamina directamente a los peritos, y no es misión del juez apreciar los hechos, sino que su intervención se limita a darle solemnidad al acto.

En la peritación complementaria, esto es, en que se dirige a cumplir o completar la deficiente información del juez sobre la materia de la inspección, aquel funcionario tiene la facultad de ordenar la ampliación de los puntos o cuestiones que deben ser materia del dictamen, aunque sin comprender hechos o cosas que no tengan relación con la materia desde un principio especificada como objeto de la prueba. Así los prescriben los artículos 600 y 724 del Código Judicial, puesto que en este caso el reconocimiento y la peritación se complementan, integrando una sola prueba que el juez puede decretar de oficio, para mejor proveer, con el fin de que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, de modo que si está autorizado para disponerla de oficio no se ve razón para que no pueda decretar su ampliación, con el mismo objeto, siempre que no se extienda a materias no determinadas en el auto que ordenó practicarla. Si pudiera extenderse a tales materias no sería ampliación sino una nueva prueba recibida sin sujeción a los términos establecidos al efecto.

Cuando, en cambio, se trata de peritación sólo concurrente con el reconocimiento judicial, el juez carece de la facultad que le otorgan, respecto de la inspección ocular, los artículos 600 y 724 in fine, pues entonces las dos pruebas son independientes, y respecto de la de peritos el juez y las partes no tienen más facultad que la que les concede el artículo 719 para exigir que se explique, aclare o amplíe el dictamen, es decir, las conclusiones a que hayan llegado los peritos sobre los hechos sometidos a su apreciación o los fundamentos de tales conclusiones —lo que puede hacer el juez aun de oficio, antes de fallar—, mas no la prueba misma mediante su extensión a puntos o cuestiones no previstas en la petición respectiva y en la providencia que la acoge. El artículo 719 es explícito en el sentido de que la autorización que confiere sólo puede ejercerse "si hay oscuridad o deficiencia en la exposición" (subraya la Sala), o sea, que tales oscuridad o deficiencia se predican del juicio emitido por los expertos y del razonamiento al través de los cuales aquéllos lo formaron, no de la prueba como tal en cuanto no comprenda hechos o siquiera cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a la apreciación pericial. La citada regla permite que se expliquen, aclaren o amplíen el concepto o los motivos que tuvieron en cuenta los peritos para acogerlos, cuando uno u otros son oscuros e incompletos, pero no que la peritación se extienda a puntos no propuestos al solicitar la prueba ni determinados en la providencia que ordena practicarla, pues ello contraría los principios de publicidad, contradicción y lealtad entre las partes que son fundamentales en las disciplinas de la prueba.

Como se observa, la facultad del artículo 719 no es ilimitada, sino restringida en los términos que expresa la misma disposición.

En el caso de autos, la ampliación que solicita del dictamen pericial la parte demandante, se refiere a un hecho que sin duda tiene relación con el tema del pleito, pero no la tiene con la materia de la peritación, decretada en la providencia respectiva de conformidad con la petición que la originó.

Estas razones son suficientes para denegar la ampliación solicitada por el recurrente, tanto más cuanto que ni los peritos pueden tomar en consideración documentos que no hayan ingresado regularmente al juicio, ni la ampliación de una peritación es la oportunidad para traer a los autos pruebas que no fueron solicitadas ni allegadas en la etapa procesal correspondiente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diez de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Recibido este negocio a pruebas, el señor apoderado del actor solicitó una inspección ocular, con intervención de peritos, "con el fin de constatar si tales yacimientos (los de caolín y arcillas cerámicas a que se refiere la demanda) se hallan dentro del perímetro de mayor extensión (5.000 hectáreas) solicitado en concesión por la compañía Pedernal Corona, Ltda.". "Los peritos —explica el pedimento— deberán identificar los linderos del fundo La Virginia donde se hallan los yacimientos y el punto arcifinio que se da en los linderos de la concesión, o sea la confluencia del río Don Martín en el río Cauca, debiendo agregar un croquis aproximado para mejor ubicación de los minerales".

La prueba fue decretada en auto del Tribunal proferido el cinco de octubre de mil novecientos sesenta, y practicada el veintidós del mes siguiente; y una vez que los peritos rindieron su dictamen, la parte demandante, dentro del término que indica el artículo 719 del Código Judicial, pidió su ampliación a fin de que se dictaminase también "si los linderos que aparecen en la escritura pública número 760 de 4 de octubre de 1912, de la notaría de Popayán, por medio de la cual Matías Villano P. adquirió la finca La Virginia, situada en la sección de Santa Rosa, Municipio de Morales, se hallan dentro de la alinderación que se da en la escritura número 347 de 15 de noviembre de 1877, de la misma notaría, por medio de la cual Juan José Vives vendió a Benito Velasco el predio de Santa Rosa (mpio. de Morales), quien a su vez lo adquirió (Juan José Vives) por herencia paterna, tal como se dice en dicha escritura, herencia que consta en acto testamentario de 1º de febrero de 1856 de la notaría de Popayán", los cuales instrumentos presentó la parte actora con el memorial en que pide la ampliación, "a fin —según lo expresa— de que los expertos puedan ampliar el dictamen con mayor acierto y sirvan para debatir la cuestión debatida".

El tribunal *a quo* denegó la anterior solicitud, en providencia de nueve de diciembre de mil novecientos sesenta, porque en su concepto, a pesar de haber sido formulada oportunamente, los documentos destinados a servir de base a la ampliación del dictamen habían sido presentados en forma extemporánea. Lo fueron, efectivamente, durante el término que la ley concede para pedir la aclaración o ampliación del dictamen pericial pero cuando ya había precluído el término probatorio.

El recurrente estima, por su parte, que el mérito de las pruebas sólo es oportuno apreciarlo en la sentencia, y que, por lo demás, no hay disposición legal que autorice al juez para negar a las partes la ampliación del dictamen pericial, toda vez que el segundo inciso del artículo 719 aun lo faculta para ordenar de oficio esa ampliación.

La Corte conoce de la cuestión así planteada por apelación interpuesta por el demandante contra el auto de nueve de diciembre.

Conforme al artículo 724 del Código Judicial la inspección ocular ha de practicarse con la intervención de testigos o de peritos.

La peritación a que esta norma se refiere puede ser *complementaria,* si es el juez quien debe realizar el reconocimiento, bien que con el auxilio de la experiencia o los conocimientos especializados de los expertos; o *concurrente,* cuando, como dice Lessona citando a Pisanelli, la prueba se encamina directamente a los peritos, y no es misión del juez apreciar los hechos, sino que su intervención se limita a darle solemnidad al acto.

En la peritación complementaria, esto es, en la que se dirige a suplir o completar la deficiente información del juez sobre la materia de la inspección, aquel funcionario tiene la facultad de ordenar la ampliación de los puntos o cuestiones que deben ser materia del dictamen, aunque sin comprender hechos o cosas que no tengan relación con la materia desde un principio especificada como objeto de la prueba. Así lo prescriben los artículos 600 y 724 del Código Judicial, puesto que en este caso el reconocimiento y la perita-

ción se complementan, integrando una sola prueba que el juez puede decretar de oficio, para mejor proveer, con el fin de que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, de modo que si está autorizado para disponerla de oficio no se ve razón para que no pueda decretar su ampliación, con el mismo objeto, siempre que no se extienda a materias no determinadas en el auto que ordenó practicarla. Si pudiera extenderse a tales materias no sería ampliación sino una nueva prueba recibida sin sujeción a los términos establecidos al efecto.

Cuando, en cambio, se trata de peritación sólo concurrente con el reconocimiento judicial, el juez carece de la facultad que le otorgan, respecto de la inspección ocular, los artículos 600 y 724 *in fine,* pues entonces las dos pruebas son independientes, y respecto de la de peritos el juez y las partes no tienen más facultad que la que les concede el artículo 719 para exigir que se explique, aclare o amplíe el dictamen, es decir, las conclusiones a que hayan llegado los peritos sobre los hechos sometidos a su apreciación o los fundamentos de tales conclusiones —lo que puede hacer el juez aun de oficio, antes de fallar—, mas no la prueba misma mediante su extensión a puntos o cuestiones no previstas en la petición respectiva y en la providencia que la acoge. El artículo 719 es explícito en el sentido de que la autorización que confiere sólo puede ejercerse "si hay oscuridad o deficiencia *en la exposición*" (subraya la Sala), o sea, que tales oscuridad o deficiencia se predican del juicio emitido por los expertos y del razonamiento o las operaciones al través de los cuales aquéllos lo formaron, no de la prueba como tal en cuanto no comprenda hechos o siquiera cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a la apreciación pericial. La citada regla permite que se expliquen, aclaren o amplíen el concepto o los motivos que tuvieron en cuenta los peritos para acogerlos, cuando uno u otros son oscuros o incompletos, pero no que la peritación se extienda a puntos no propuestos al solicitar la prueba ni determinados en la providencia que ordena practicarla, pues ello contrariaría los principios de publicidad, contradicción y lealtad entre las partes que son fundamentales en la disciplina de la prueba.

Como se observa, la facultad del artículo 719 no es ilimitada como parece entenderlo el recurrente, sino restringida en los términos que expresa la misma disposición.

La peritación fue solicitada en este proceso para identificar el predio La Virginia y la confluencia del río Don Martín con el río Cauca, y establecer si el mencionado inmueble se halla comprendido dentro de otro de mayor extensión en el cual hay yacimientos de caolín y otras arcillas que han sido objeto de contrato de concesión entre el Estado y la sociedad Pedernal Corona, Ltda. Pero nada se pidió respecto de la identificación del inmueble descrito en la escritura 347 de 15 de noviembre de 1877, distinto del globo de tierras donde se encuentran el caolín y demás arcillas objeto de la concesión, ni acerca de la superposición de aquel predio sobre el denominado La Virginia. Es este último, así pues, un hecho que bien puede tener relación con el tema del pleito, pero que no la tiene con la materia de la peritación decretada en providencia de cinco de octubre de mil novecientos sesenta, ya que ni en la petición de la prueba ni en el auto que decidió sobre ella se hizo referencia alguna a la identificación de los linderos del predio a que se refiere la escritura 347, ni a la superposición de éste sobre el llamado La Virginia.

Estas razones son suficientes para denegar la ampliación solicitada por el recurrente, tanto más cuanto que ni los peritos pueden tomar en consideración documentos que no hayan ingresado regularmente al juicio, ni, como lo observó acertadamente el tribunal *a quo,* la ampliación de una peritación es la oportunidad para traer a los autos pruebas que no fueron solicitadas ni allegadas en la etapa procesal correspondiente.

En consecuencia, se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Popayán el nueve de diciembre de mil novecientos sesenta, en el cual se deniega la ampliación del dictamen pericial solicitada por el actor.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Efrén Osejo Peña.

Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE. — CAUSA PETENDI

1. La excepción de litispendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda. Para que la cosa juzgada surta efecto es menester que se presente identidad entre los litigantes, el objeto y la causa petendi. — 2. Qué sentido jurídico tiene la causa petendi. Aplicaciones concretas a los juicios de petróleos.

1. Puede proponerse la excepción de pleito pendiente, según el artículo 334 del Código Judicial, "en el caso de que se siga otro juicio sobre la misma acción y en que el excepcionante figure como parte". Ha dicho esta Sala a propósito de la expresada excepción que ella requiere, a tenor del artículo citado, "que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo en uno de los dos juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trata de idéntica controversia entre las mismas partes. La excepción de litispendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias distintas de la de paralizar la segunda demanda". (G. J., XLIX, 708).

La figura procesal de la litispendencia se subordina, así, al concepto que se tenga de la acción, acerca de la cual es confuso y un poco arbitrario el criterio del Código Judicial, pues que en ocasiones la confunde con el derecho subjetivo material que se deduce en el juicio, mientras que en otras la identifica con la pretensión procesal.

No cabe duda que en el artículo 334 del Código Judicial se la toma en este último sentido, pues que la excepción de pleito pendiente se propone evitar la multiplicidad de fallos sobre el mismo asunto, o sea, que tiene estrecha relación con la cosa juzgada, y para que la cosa juzgada surta efecto es menester, según el artículo 474, que se presente identidad entre los litigantes, el objeto y la causa petendi, esto es, entre los elementos que los procesalistas señalan como constitutivos de la pretensión procesal.

2. Conviene en este caso concreto tener presente el concepto de causa petendi, fundamento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituída por "acontecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad a que la pretensión se refiere", de modo que ella "no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse" (Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956, página 243).

En el caso concreto la parte actora ha solicitado declaración de propiedad privada de los hidrocarburos existentes en el predio común, en ejercicio de la acción civil que en los siguientes términos consagra el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956: "El que se considere propietario del petróleo que pueda existir dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta, deberá demandar a la Nación en juicio ordinario de una sola instancia y de mayor cuantía, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la propuesta..." (Los subrayados de la Sala).

Dedúcese claramente de esta disposición que la existencia de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos es uno

de los elementos fácticos individualizadores y delimitadores de la pretensión que se formula, indispensable para fundamentarla, y particularmente, para "delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad" a que ella se refiere.

Ahora bien: en la relación de hechos de cada una de las dos demandas presentadas contra la Nación por Alfredo Rueda Sarmiento, en nombre de la comunidad en la cual es condómino, sobre propiedad privada de los hidrocarburos que puedan encontrarse en la Hacienda y Ferrería La Pradera, como causa ocasional o de hecho de la pretensión se invoca la formulación de una propuesta de contrato por la Texas Petroleum Company; pero no de la misma en ambos casos, sino de distintas propuestas, la distinguida con el número 869 (Tabio) en el uno, y la distinguida con el 870 (Zipaquirá) en el otro, lo que quiere decir que no se presenta en los dos procesos la identidad de causa de pedir que es necesaria para que se configure la litispendencia; ni tampoco la identidad de objeto, puesto que del texto del artículo 2º del Decreto 3050 se desprende que la propuesta circunscribe el ámbito de la acción, la que no puede versar sino sobre los petróleos que puedan encontrarse "dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta", de manera que si se invocan propuestas diferentes que comprenden, cada una, partes o porciones distintas de un mismo inmueble, las pretensiones se refieren a objetos también distintos. Hasta tal punto es ello exacto, que si promovida demanda sobre propiedad particular de los hidrocarburos que puedan encontrarse en un determinado predio, se establece en la inspección ocular, que la propuesta de contrato no comprende la totalidad del inmueble, en el fallo debe hacerse la exclusión del área o zona que quede fuera con el fin de que la declaración correspondiente no recaiga sobre ella. En consecuencia, no es el caso de revocar la providencia que declaró no probada la excepción de pleito pendiente, sino que, por el contrario, se confirma.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, trece de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Cursan ante la Corte dos juicios ordinarios de única instancia, ambos promovidos contra la Nación por Alfredo Rueda Sarmiento, en nombre de una misma comunidad en la cual es copartícipe, y para ella, sobre propiedad privada de los hidrocarburos que puedan hallarse en el predio de propiedad de los condóminos denominado Hacienda y Ferrería de la Pradera, ubicada en los municipios de Tabio y Subachoque, en el departamento de Cundinamarca, y de oposición a la propuesta de contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos número 869 (Tabio) de la Texas Petroleum Company, uno de ellos, y el otro a la propuesta número 870 (Zipaquirá) de la misma entidad.

En el primero de los aludidos procesos, el relativo a la propuesta número 869 (Tabio), el señor procurador delegado en lo civil provocó incidente de excepciones dilatorias, invocando la de pleito pendiente, con fundamento en que ante la Corte el señor Alfredo Rueda Sarmiento adelanta otro juicio ordinario de única instancia contra la Nación, en el cual se ejercita la misma acción que en el anterior, siendo en ambos idénticas las partes litigantes, el objeto y la *causa petendi*. Sobre el particular el excepcionante se expresa así: "Siendo la Nación la parte demandada en ambos casos, se persigue la misma declaración, se intenta la misma acción de declaratoria de dominio privado del suelo, el subsuelo correspondiente a tal suelo, y los mismos minerales, bitúmenes, hidrocarburos, gases, etc., que allí se hallan, en la Hacienda y Ferrería de la Pradera, ubicada en jurisdicción del municipio de Subachoque y en el de Tabio, departamento de Cundinamarca, alinderado en ambas acciones de una misma manera que permite identificarla como la misma. Luego surge que hay pleito pendiente ya entre las mismas partes, con una misma acción intentada por la actora, y en que el objeto son el subsuelo y los 'minerales, bitúmenes, hidrocarburos, gases, etc., susceptibles de apropiación privada que en ellos se hallan', y que 'pertenecen a la comunidad formada por mi mandante y otras personas para la cual pido', como se expresa en ambas demandas, en redacción —por cierto— exactamente igual".

Tramitado el incidente respectivo, el magistrado sustanciador del negocio lo decidió en providencia que declara no probada la excepción propuesta, con fundamento en que, no obstante haberse acreditado en el respectivo término, dentro del incidente, la existencia de "otro juicio ordinario de única instancia, adelantado contra la Nación por el apoderado del actor, en relación con el predio común denominado Hacienda y Ferrería de la Pradera, por las mismas *lindes generales descritas en las dos* demandas", los procesos se refieren a "distintas propuestas de

contrato de la Texas Petroleum Company, distinguidas con los números 869 —Tabio— y 870 -Zipaquirá-, que afectan, según decir del actor, porciones o parcelas distintas del predio *pro indiviso* antes nombrado; por tanto si las acciones ejercitadas en ambos libelos son las mismas, si las partes las mismas y la naturaleza del juicio también igual, no ocurre lo mismo con el objeto físico, propio de cada uno de los juicios, como quiera que atañe a parcelas o porciones distintas del todo, cuya exclusión se suplicó en cada una de las demandas; en otras palabras, como cada una de las propuestas no afecta sino a una porción del predio total, el objeto o parte es distinto en los dos dichos juicios, por lo menos en forma abstracta".

Contra esta providencia recurrió en súplica el excepcionante, ante el resto de los magistrados que integran la Sala de Decisión, por lo cual se procede a revisarla, no sin advertir que en nuevo escrito el recurrente reitera el concepto de que el objeto en ambas demandas es idéntico, opinión que expone así: "El actor en ambos juicios, Alfredo Rueda Sarmiento, por intermedio de su apoderado o procurador judicial, no intentó las acciones por la sola parte o porción de un todo constituído por los terrenos de la comunidad Hacienda y Ferrería La Pradera, como estima el honorable magistrado, en cada demanda. En cada una de sus demandas textualmente pidió: que mediante los trámites de un juicio 'ordinario' de mayor cuantía se declarara contra la Nación como demandada, representada por el procurador delegado en lo civil, lo siguiente: 'A) Que los terrenos que componen la Hacienda y Ferrería La Pradera, el subsuelo de ellos correspondiente y los minerales, bitúmenes, hidrocarburos, gases, etc., susceptibles de apropiación privada que en ellos se hallen, salieron del patrimonio del Estado por virtud de las adjudicaciones que de ellos se hizo con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no han sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o cualquiera otra causa legal; B) Que pertenecen a la comunidad formada por mi mandante y otras personas por lo cual pido; Que en consecuencia el Estado debe abstenerse de contratar sobre la exploración y explotación de petróleos propuesta por la Texas Petroleum Company, sociedad de negocios y oficinas regularmente establecidas en el país, a que se refiere la propuesta distinguida con el número 869 — Tabio—, o con cualquiera otra persona y si ha contratado el respectivo contrato debe declararse terminado en cuanto a dicho inmueble'. No puede ser más claro el actor en cada una de sus demandas, en las que intenta la acción de declaratoria de dominio privado por los terrenos que componen la Hacienda y Ferrería La Pradera, y el subsuelo a ellos correspondiente, así como también el dominio privado de 'los minerales, bitúmenes, hidrocarburos, gases, etc., susceptibles de apropiación privada que en ellos se hallan'. Y esto en ambas demandas, dirigidas contra la Nación como demandada. La interpretación limitativa que hace el honorable magistrado sustanciador, interpretando de este modo restrictivo lo que bien claro expresó el actor en sus demandas o libelos, constituye equivocación, lo cual lo llevó a estimar que no se trataba de un mismo objeto físico 'al menos en forma abstracta' ".

Puede proponerse la excepción de pleito pendiente, según el artículo 334 del Código Judicial, "en el caso de que se siga otro juicio sobre la misma acción y en que el excepcionante figure como parte". Ha dicho esta Sala a propósito de la expresada excepción que ella requiere, a tenor del artículo citado, "que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trate de idéntica controversia entre las mismas partes. La excepción de litispendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias distintas de la de paralizar la segunda demanda". (G. J. XLIX, 708).

La figura procesal de la litispendencia se subordina, así, al concepto que se tenga de la acción, acerca de la cual es confuso y un poco arbitrario el criterio del Código Judicial, pues que en ocasiones la confunde con el derecho subjetivo material que se deduce en el juicio, mientras que en otras la identifica con la pretensión procesal.

No cabe duda que en el artículo 334 del Código Judicial se la toma en este último sentido, pues que la excepción de pleito pendiente se propone evitar la multiplicidad de fallos sobre el mismo asunto, o sea, que tiene estrecha relación con la cosa juzgada, y para que la cosa juzgada surta efecto es menester, según el artículo 474, que se presente identidad entre los litigantes, el objeto y la *causa petendi*, esto es, entre los elementos que los procesalistas señalan como constitutivos de la pretensión procesal.

De tales elementos, conviene en este caso concreto tener presente el concepto de *causa petendi*, fundamento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituída por "*los acaecimientos de la vida en que se apoya*, no para

justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad a que la pretensión se refiere", de modo que ella "no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse" (Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pg. 243).

En el caso concreto que es sujeta materia de esta súplica, la parte actora ha solicitado declaración de propiedad privada de los hidrocarburos existentes en el predio común, en ejercicio de la acción civil que en los siguientes términos consagra el artículo 2º del decreto 3050 de 1956:

"El que se considere propietario del petróleo que pueda existir *dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta,* deberá demandar a la Nación en juicio ordinario de una sola instancia y de mayor cuantía, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre *en los terrenos materia de la propuesta*"... (los subrayados de la Sala).

Dedúcese claramente de esta disposición que la existencia de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos es uno de los elementos fácticos individualizadores y dilimitadores de la pretensión que se formula, indispensable para fundamentarla, y particularmente, para "delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad" a que ella se refiere.

Ahora bien: en la relación de hechos de cada una de las demandas presentadas contra la Nación por Alfredo Rueda Sarmiento, en nombre de la comunidad en la cual es condómino, sobre propiedad privada de los hidrocarburos que puedan encontrarse en la Hacienda y Ferrería La Pradera, como causa ocasional o de hecho de la pretensión se invoca la formulación de una propuesta de contrato por la Texas Petroleum Company; pero no de la misma en ambos casos, sino de distintas propuestas, la distinguida con el número 869 (Tabio) en el uno, y la distinguida con el número 870 (Zipaquirá) en el otro, lo que quiere decir que no se presenta en los dos procesos la identidad de causa de pedir que es necesaria para que se configure la litispendencia; ni tampoco la identidad de objeto, puesto que del texto del artículo 2º del decreto 3050 se desprende que la propuesta circunscribe el ámbito de la acción, la que no puede versar sino sobre los petróleos que puedan encontrarse "dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta", de manera que si se invocan propuestas diferentes que comprenden, cada una, partes o porciones distintas de un mismo inmueble, las pretensiones se refieren a objetos también distintos. Hasta tal punto es ello exacto, que si promovida demanda sobre propiedad particular de los hidrocarburos que puedan encontrarse en un determinado predio, se establece, en la inspección ocular, que la propuesta de contrato no comprende la totalidad del inmueble, en el fallo debe hacerse la exclusión del área o zona que quede fuera con el fin de que la declaración correspondiente no recaiga sobre ella.

En consecuencia, no es el caso de revocar la providencia objeto del recurso, sino que, por el contrario, se confirma.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES.—EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

1. La acumulación de acciones prevista en el artículo 209 del Código Judicial tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada. — 2. Acumulación de autos en juicios sobre petróleos. — 3. Incapacidad procesal del menor y su capacidad para ser parte. Indebida acumulación de acciones del menor y su representante legal y consecuencial ineptitud de la demanda.

1. Para que la acumulación objetiva de acciones pueda llevarse a efecto, dentro de las normas legales (209 del Código Judicial), se requiere que se trate de las mismas personas, con pretensiones respecto del mismo objeto del litigio; pero si esto no ocurre, la acumulación resulta del todo inadmisible; y así, por ejemplo, si Pedro detenta, sin derecho alguno, dos inmuebles, uno de propiedad de Juan y otro de Diego, los dos propietarios no podrán ejercitar la acción de reivindicación contra aquél, en un solo juicio, sino que cada uno de ellos debe proponerlo en forma separada e independiente.

Con razón esta Sala en sentencia de fecha 4 de octubre de 1932, se expresó así: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del Código Judicial abolido, que corresponde al 209 del actual". ("Gaceta Judicial", T. XLI, pág. 124).

2. Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, sobre la exploración y explotación de los petróleos subyacentes, por razones de simple economía procesal, se admite la acumulación de autos en el caso previsto en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial; pero para esto se requiere la presentación del título invocado, pues no basta la simple y escueta afirmación de que "salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", sino que es menester aducirlo al proceso, pues toda decisión judicial debe fundarse en los hechos legalmente probados, dice el artículo 593 del Código antes citado; y aun más, el título presentado debe referirse a un inmueble debidamente especificado o determinado, mediante la descripción de las lindes y ubicación (art. 222 del C. J.; art. 34, inciso 4º del Decreto 1056 de 1953).

El hecho de que el área de la propuesta afecte o comprenda los dos predios, no puede invocarse como causal de acumulación, porque esta circunstancia puramente extrínseca, accidental y ocasional no establece ninguna relación sustancial entre los litigantes, y, en consecuencia, tampoco puede existir el riesgo de sentencias contradictorias por dividirse la continencia de la causa, ni tampoco la razón de la economía procesal, como quiera que los títulos y los demás hechos básicos son distintos en los respectivos procesos.

3. Si bien es verdad que la menor no tiene capacidad procesal, sí la tiene para comparecer como parte, una vez que como persona puede

ser sujeto de derechos y obligaciones, aun cuando necesite la representación de su padre; pero no por esto, las dos personas naturales se convierten en una sola desde el punto de vista sustantivo; así, en el memorial poder que obra en el presente negocio, después de conferirlo el actor en nombre propio, al final agregó: "como representante legal de mi hija confiero el poder para pedir la declaración de propiedad del subsuelo a su favor".

Por otra parte, el derecho del padre a gozar del usufructo de los bienes de la hija, como la obligación de pagar los impuestos, tampoco modifican la situación de derecho, en cuanto se trata de dos personas naturales distintas, cada una de las cuales demanda la declaración de propiedad del subsuelo respecto de dos predios, vale decir, sobre dos objetos distintos.

Se encuentra, pues, probada la excepción de inepta demanda, por cuanto se acumularon indebidamente las acciones que corresponden al padre y las que corresponden a la hija.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Clodomiro Ruiz Isaza y de María Lucía Ruiz Páez, según mandato conferido por el primero de los nombrados en su propio nombre y como representante legal de la segunda, en su calidad de padre legítimo, demandó a la Nación para que, en juicio ordinario de única instancia, se declarara que la propiedad del subsuelo petrolífero de los predios Germania y Villa Lucía pertenece a los actores, en virtud de haber salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Al efecto, en los hechos, además de indicar las lindes de cada uno de los predios, hace expresa enumeración de los distintos títulos de adquisición, para probar la propiedad actual en forma independiente y exclusiva, por parte de Clodomiro Ruiz Isaza y de María Lucía Ruiz Páez, respecto de los inmuebles Germania y Villa Lucía, respectivamente.

En el hecho séptimo dice: "En el curso del juicio demostraré que los predios alinderados en la parte primera petitoria de esta demanda, salieron del patrimonio de la Nación desde antes de entrar en vigencia el Código Fiscal de 1873"; sin embargo, en ninguna parte mencionó siquiera cuál o cuáles eran aquellos títulos, menos aún especificó o individualizó el predio o los predios que salieron del dominio del Estado, antes de la fecha citada, para cumplir con las exigencias del artículo 222 del Código Judicial.

Admitida la demanda por auto de 20 de febrero de este año, el señor Procurador 2º Delegado en lo civil propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, con el fundamento a que alude en los párrafos siguientes:

"Estando dentro del término hábil, en nombre y representación de la Nación demandada, antes de dar contestación en el fondo a tal demanda, formulo la excepción de INEPTA DEMANDA prevista en el numeral 3º del artículo 370 del Código Judicial. Hago consistir dicha excepción que propongo en que los demandantes (o más precisamente el señor Clodomiro Ruiz Isaza en su propio nombre para sí, y asimismo para la menor María Lucía Ruiz Páez en cuyo favor incoa acción declarativa de dominio como su representante legal) han elevado en una sola demanda acciones distintas, siendo también distintos los sujetos activos de la relación jurídico-procesal, acumulando indebidamente de hecho dichas acciones". (fs. 3 y 4 C. Nº 2).

Más adelante, el mismo funcionario agrega:

"Cuarto.— De lo visto se desprende en forma evidente que los actores o sujetos activos en la relación jurídico-procesal son distintos, y diferentes son igualmente los objetos de sus demandas, o mejor, de sus acciones, puesto que dichos actores tienen dominio actual señaladamente en diversos globos de terreno, siendo apenas el señor Clodomiro Ruiz Isaza con respecto a la titular del derecho de propiedad en el inmueble llamado antes 'Germania' y hoy 'Villa Lucía' el representante legal, con tutoría legítima sobre ella; pero esto no hace que se confundan sus derechos de dominio, ni que por el hecho de que sea él el tutor y consiguientemente el representante legal de la menor de edad y tenga —como dice en el hecho octavo— 'por ministerio de la ley administra los bienes de su hija, y en consecuencia tiene facultad legal suficiente para demandar a la Nación a nombre de ella y en ejercicio de la patria potestad', sus derechos se confundan en comunidad, ni pueda en una sola demanda demandar conjuntamente ejercitando en un solo libelo tanto su acción personal con respecto a un objeto determinado, como la de la menor de edad representada por él con respecto a otro objeto determinado". (fs. 6 ib.).

El apoderado de los actores, al descorrer el traslado, se opuso a que se declarara probada la excepción dilatoria de inepta demanda; y en

cuanto atañe a los argumentos del Procurador Delegado, dijo:

"Esta aseveración no está de acuerdo con la realidad procesal. Efectivamente, en virtud de que el señor Ruiz Isaza tiene o ejerce la representación legal de la menor María Lucía, no puede afirmarse con precisión jurídica que son dos personas distintas. La menor carece de autonomía para valerse así misma (sic.), y para todos los efectos civiles está representada por su progenitor. Existe vinculación o conexión jurídica entre el actor y su hija.

"No son distintas las acciones, y la causa de ellas que es la propuesta número 958, es una. Se trata de un juicio declarativo del dominio del subsuelo de un inmueble cuya propiedad plena pertenece al actor, y de otro, el peculio adventicio ordinario de la menor, sobre el cual tiene el derecho real de usufructo. En estas condiciones no hay acumulación indebida de acciones, toda vez que en ambos predios tiene derecho el demandante". (fs. 15 ib.).

Además, alude a la obligación que tiene el padre de la menor, como usufructuario de los bienes de su hija, "... no sólo a conservar la forma sustancia de la cosa y a devolverla, sino que debe proteger la propiedad o integridad del inmueble, máxime cuando al hacerlo aumenta el valor venal en busca del aumento de los frutos ...."

"Mi mandante —añade el apoderado— está obligado a pagar todos los impuestos que gravan el predio de Villa Lucía, ya que recoge los frutos que produce. En este orden de ideas el patrimonio de dicho señor es uno solo con el derecho de usufructo".

Termina el memorial, así: "Solicito, pues, que en el caso de que la excepción prospere, en el fallo respectivo, se decrete que el juicio debe seguir en relación con el predio de LA GERMANIA, ya que sobre él, tiene mi mandante la plena propiedad, y además es distinto al de Villa Lucía".

Durante el término probatorio del incidente se trajeron a los autos dos certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja, en los cuales consta que los actores son actuales poseedores inscritos de los predios objeto del litigio, cuyos títulos enumera en un lapso mayor al de veinte años.

Por demás está advertir que no había necesidad alguna de pedir que se tuviesen como pruebas los documentos acompañados a la demanda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 207 del Código Judicial, ni menos todavía considerarlos como prueba "trasladada" en tratándose del mismo juicio en cual ya obran.

Con el objeto de resolver la excepción alegada por el Procurador Delegado, se anteponen las siguientes consideraciones.

Para que la acumulación objetiva de acciones pueda llevarse a efecto, dentro de las normas legales (art. 209 C. J.), se requiere que se trate de las mismas personas, con pretensiones respecto del mismo objeto del litigio; pero si esto no ocurre, la acumulación resulta del todo inadmisible; y así, por ejemplo, si Pedro detenta, sin derecho alguno, dos inmuebles, uno de propiedad de Juan y otro de Diego, los dos propietarios no podrán ejercitar la acción de reivindicación contra aquel, en un solo juicio, sino que cada uno de ellos debe proponerlo en forma separada e independiente.

Con razón, esta Sala, en sentencia de fecha 4 de octubre de 1932, se expresó así: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del Código abolido, que corresponde al 209 del actual". (G. J. Tomo XLI página 124).

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, sobre la exploración y explotación de los petróleos subayacentes, por razones de simple economía procesal, se admite la acumulación de autos en el caso previsto en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial; pero para esto se requiere la presentación del título invocado, pues no basta la simple y escueta afirmación de que "salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", sino que es menester aducirlo al proceso, pues toda decisión judicial debe fundarse en los hechos legalmente probados, dice el artículo 593 del Código antes citado: y aún más, el título presentado debe referirse a un inmueble debidamente especificado o determinado, me-

diante la descripción de las lindes y ubicación (art. 222 del C. J.; art. 34 inciso 4º del Decreto 1056 de 1953).

El hecho de que el área de la propuesta afecte o comprenda los dos predios, no puede invocarse como causal de acumulación, porque esta circunstancia puramente extrínseca, accidental y ocasional no establece ninguna relación sustancial entre los litigantes, y, en consecuencia, tampoco puede existir el riesgo de sentencias contradictorias por dividirse la continencia de la causa, ni tampoco la razón de la economía procesal, como quiera que los títulos y los demás hechos básicos son distintos en los respectivos procesos.

Si bien es verdad que la menor no tiene capacidad procesal, sí la tiene para comparecer como parte, una vez que como persona puede ser sujeto de derechos y obligaciones, aun cuando necesite la representación de su padre; pero no por esto, las dos personas naturales se convierten en una sola desde el punto de vista sustantivo; así, en el memorial poder, después de conferirlo el actor en nombre propio, al final agregó: "Como representante legal de mi hija María Lucía Ruiz Páez confiero el poder para pedir la declaración de propiedad del subsuelo a su favor".

Por otra parte, el derecho del padre a gozar del usufructo de los bienes de su hija, como la obligación de pagar los impuestos, tampoco modifican la situación de derecho, en cuanto se trata de dos personas naturales distintas, cada una de las cuales demanda la declaración de propiedad del subsuelo respecto de dos predios, vale decir, sobre dos objetos distintos.

La última solicitud del apoderado, en cuanto a que el juicio se adelante respecto del predio Germania, resulta del todo extemporánea para entrar a decidirla en esta misma providencia, encaminada exclusivamente a resolver sobre la excepción dilatoria alegada.

En mérito de lo expuesto, se declara probada la excepción de inepta demanda alegada por el Procurador Segundo Delegado en lo Civil en el juicio ordinario de única instancia promovido por el apoderado de Clodomiro Ruiz Isaza y María Lucía Ruiz Páez respecto de los predios Germania y Villa Lucía.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Efrén Osejo Peña.

Jorge García Merlano, Secretario.

POSESION DE BUENA Y DE MALA FE. — RESTITUCION DE FRUTOS

1. La calidad de poseedor de buena o mala fe, bien puede tenerla una persona jurídica. 2. El poseedor de buena fe y el de mala fe, en relación con la restitución de frutos.

1. No se alcanza a comprender por qué la calidad de poseedor de mala fe no pueda atribuírse, llegado el caso, a la Nación o, en general, a cualquier persona jurídica. Como las personas jurídicas obran por medio de sus órganos, al frente de los cuales aparecen personas naturales, no hay inconveniente alguno en predicar de dichas entidades cualesquiera situaciones jurídicas en que factores subjetivos entren en juego y que no sean incompatibles con la naturaleza propia de ellas. La calidad de poseedor de buena o mala fe, bien puede, pues, tenerla una persona jurídica. Tanto más cuanto que no se trata en esta hipótesis de situaciones en que lo objetivo no desempeñe papel alguno. Como ha dicho la Corte, "la bona fides ha de considerarse como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trata de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho sicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y en el porqué se cree". (G. J., T. XLVII, pág. 465).

2. En el tratamiento que al poseedor de mala fe confiere el artículo 964 del Código Civil respecto a los frutos, no va envuelta en realidad la idea de una punición, sino tan sólo el reconocimiento de los normales efectos del derecho de propiedad que se reconoce en cabeza del reivindicante, a quien, como dueño de la cosa, pertenecen también los frutos percibidos y deben, por tanto, restituírseles, y si por negligencia no los percibió el poseedor, es apenas justo que éste indemnice al dueño del correspondiente lucro cesante. Sólo la buena fe hace cambiar las cosas, pero en virtud del efecto creador de derecho que a tal situación se le reconoce.

En el caso concreto, la Nación no exhibió título alguno para justificar la posesión que ejercía sobre el inmueble de la demandante. Era, pues, poseedora de mala fe. "La falta de título —ha dicho la Corte—, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe" (G. J., T. LXXV, 546; LXXXII, 251).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Se revisa por vía de consulta la sentencia de 22 de noviembre de 1960 del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, proferida en el juicio reivindicatorio que JAEL ECHEVERRI, vecina de Medellín, había instaurado contra la Nación con relación a un inmueble ubicado en la mencionada ciudad.

La parte resolutiva de la providencia en referencia es del siguiente tenor:

"Primero.— Declárase que la señora Jael Echeverri es titular del dominio del siguiente inmueble: De un lote de terreno con sus mejoras y anexidades, situado en esta ciudad, en el barrio Manrique Oriental, distinguido en el plano con el número 24, con un área de ciento sesenta y dos (162) varas cuadradas y que linda: 'Por el norte, en veintiuna varas, sesenta centésimas (21,60), con el lote número 23; por el sur, en veinte varas, treinta y cuatro centésimas de vara (20,34), con terrenos de la Nación; por el oriente, en siete varas, setenta y nueve centésimas (7,79), con la carrera 36; por el occidente en siete (7) varas, con terrenos de la Nación.

"En consecuencia del pronunciamiento anterior una vez entre a ejecutoria esta sentencia, el Estado Colombiano, representado por quien corresponda legalmente, está obligado a restituir a la misma señora Jael Echeverri, el inmueble cuyas especificaciones y linderos han sido descritos en el ordinal que antecede.

"Segundo.— En los términos en que se ha decretado la reivindicación, la Nación Colombiana está obligada a pagar por concepto de frutos percibidos o que hubiere podido percibir con mediana inteligencia la demandante señora Jael Echeverri, la suma de cincuenta pesos ($ 50.oo) mensuales si hubiere estado el inmueble en su poder, o sea desde el dos (2) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), hasta el día en que la entrega que aquí se ordena se lleve a efecto.

Tercero.— Sin costas.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en esta segunda instancia, en su alegato de fondo manifiesta estar de acuerdo con la condena que hace el Tribunal a la Nación a restituír el inmueble objeto del pleito, por considerar que en el curso del juicio la demandante comprobó la existencia de los elementos configuradores de la acción que había instaurado, y pide que sea confirmada esa parte del fallo. En cambio manifiesta su inconformidad con la condena al pago de la suma de $ 50.oo mensuales a favor de la demandante "por concepto de frutos percibidos o que hubiera podido percibir con mediana inteligencia la demandante.... si hubiera estado el inmueble en su poder". Finalmente observa el señor Procurador Delegado que "no está demás anotar que la Nación, como entidad de derecho público, no puede ser considerada poseedora de mala fe, como lo afirmó la demandante en el libelo respectivo y parece haberlo acogido el Tribunal".

La demandante no presentó alegato.

Para resolver se considera:

Efectivamente, como anota el señor Procurador Delegado, los extremos de la acción reivindicatoria se encuentran comprobados en relación con el inmueble objeto del pleito. Con la escritura pública número 8.379 de 22 de octubre de 1952, de la Notaría Cuarta de Medellín, debidamente registrada, acompañada de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre vigencia del último registro y haberse realizado tradiciones del inmueble durante más de treinta años, acredita la demandante su mejor derecho al inmueble frente a la Nación, que ninguna prueba pudo presentar para justificar su derecho a poseer el lote. Esta posesión, por otra parte, también aparece establecida, así como que corresponde al inmueble especificado en la escritura.

También tiene razón el señor Procurador Delegado en cuanto a los reparos que hace a la fijación que hizo el Tribunal de la suma mensual que debía ser entregada a la demandante a título de frutos percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado, como más adelante se demostrará. No así en cuanto a la escueta afirmación que hace de que la Nación no podía ser considerada como poseedora de mala fe, como de hecho la consideró el Tribunal al condenarla a pagar el valor de frutos en los términos que para los poseedores de tal calificación consagra el inciso 1º del artículo 964 del Código Civil.

No se alcanza a comprender por qué la calidad de poseedor de mala fe no pueda atribuírse, llegado el caso, a la Nación, o en general a cualquier persona jurídica. Como las personas jurídicas obran por medio de sus órganos, al frente de los cuales aparecen personas naturales, no hay inconveniente alguno en predicar de dichas entidades cualesquiera situaciones jurídicas en que factores subjetivos entren en juego y que no sean incompatibles con la naturaleza propia de ellas. La calidad de poseedor de buena o mala fe, bien puede, pues, tenerla una persona jurídica. Tanto más cuanto que no se trata en esta hipótesis de situaciones en que lo objetivo no desempeñe papel alguno. Como ha dicho la Corte *"la bona fides* ha de considerarse como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trata de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho sicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y en el por qué se cree". (G. J. T. XLVII pág. 465).

Por otra parte en el tratamiento que al poseedor de mala fe confiere el artículo 964 del Código Civil respecto a los frutos no va envuelta en realidad, la idea de una punición, sino tan sólo el reconocimiento de los normales efectos del derecho de propiedad que se reconoce en cabeza del reivindicante, a quien, como dueño de la cosa, pertenecen también los frutos percibidos y deben, por tanto, restituírseles, y si por negligencia no los percibió el poseedor, es apenas justo que éste indemnice al dueño del correspondiente lucro cesante. Sólo la buena fe hace cam-

biar las cosas, pero en virtud del efecto creador de derecho que a tal situación se le reconoce.

Como ya se dijo, la Nación no exhibió título alguno para justificar la posesión que ejercía sobre el inmueble de la demandante. Era, pues, poseedora de mala fe. "La falta de todo título —ha dicho la Corte—, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del Código Civil, requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confiere originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tiene otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero dueño". (G. J. T. LXXV, pág. 546; LXXXII, pág. 251).

Siendo poseedora de mala fe, la Nación tenía que responder por los frutos naturales y civiles del inmueble, y no solamente de los percibidos, sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado teniendo la cosa en su poder (art. 964 del C. C.). En principio, pues, la condena que a pagar frutos hizo la sentencia apelada tiene plena justificación. Pero no el monto acordado.

Porque como bien indica el señor Procurador Delegado, no puede aceptarse la suma de $ 50.oo que los peritos señalaron como valor de los frutos civiles que el inmueble habría podido producir por mes. Paladinamente dijeron los peritos sobre el particular que "no encontramos en el expediente elementos de juicio que nos permitan deducir lo que se nos pregunta". "Pero —agregan— habida consideración a que la ubicación del inmueble y su pequeña área no lo hacen apto para la agricultura sino que está destinado casi exclusivamente para la construcción de la vivienda, podemos afirmar que el lote aquel hubiera podido producir, en proporción a su valor comercial (que sería el de cuatro mil ochocientos pesos si se tiene en cuenta que la vara cuadrada se cotiza allí a treinta pesos) cincuenta pesos mensuales".

Tales consideraciones distan mucho de constituír la "debida fundamentación" que debe tener todo dictamen pericial, como se infiere de los artículos 716, 721, 722 y 723 del Código Judicial. Del valor del inmueble, que estiman en $ 4.500.oo deducen los peritos el del posible canon de arrendamiento, que señalan en $ 50.oo. Pero en nada se apoyan para justificar la proporción entre los dos guarismos. Además, la misma estimación de la base tomada para valuar el inmueble carece de fundamentación objetiva, pues se limitan a afirmar que la vara cuadrada se cotiza allí a $ 30.oo, sin exponer razón alguna del aserto.

En consecuencia si debe quedar en pie la condena a la Nación a pagar los frutos civiles que el lote hubiera podido producir de haber estado en manos de su dueña, debe revocarse la estimación concreta que hizo en $ 50.oo mensuales, para que el monto de tales frutos sea fijado mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. Como bases para tal estimación se deberán tener en cuenta las posibilidades que hubo para arrendar lotes desocupados de las características del reivindicado y los precios de tales arriendos. En ningún caso el precio podrá ser fijado en suma superior a $ 50.oo mensuales, ya que la demandante no apeló del fallo. Por esta misma razón tampoco podría entrarse a dilucidar si el lote pudo producir frutos naturales. Los cómputos se harán a partir de la misma fecha fijada en la sentencia: 2 de octubre de 1956, que es la única fecha cierta desde la que se puede contar la ocupación del inmueble por parte de la Nación, según se desprende de la comunicación del señor Comandante de la 4ª Brigada al Comandante del Batallón Girardot, que la demandante acompañó al libelo, y en la que se ordenaba la entrega del inmueble a su dueño, la cual no tuvo efecto.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Resuelve:

1º— Confírmase el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2º— Modifícase el ordinal 2º, el cual quedará así:

Condénase a la Nación a pagar a la demandante el valor de los frutos civiles que el inmueble anteriormente descrito habría producido con mediana inteligencia y cuidado de su dueño, a partir del 2 de octubre de 1956 hasta el día en

que se lleve a efecto su entrega a la dicha demandante. El importe de tales frutos se fijará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

CADUCIDAD DE LA ACCION

La acción de oposición en procesos sobre petróleos está sujeta a caducidad si no se promueve eficazmente dentro del año del plazo legal. No se interrumpe con la sola presentación de la demanda sino con la admisión de la misma. Recursos inadmisibles tendientes a prorrogar el plazo después de vencido. Al artículo 472 del Código Judicial no puede dársele una interpretación tan extensa que llegue a vulnerar los derechos de la contraparte.

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato sobre la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, tal acto debe cumplirse ante el Ministerio de Minas y Petróleos dentro del plazo de dos meses a partir del cumplimiento de las formalidades señaladas en el inciso 1º del artículo 34 del Código de Petróleos; sin embargo, si no se presenta oposición en la dicha oportunidad, el presunto propietario dispone del plazo de un año para iniciar, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, el correspondiente juicio ordinario, el cual —obviamente se comprende— debe llenar las exigencias previstas en los artículos 205, 209, 222, etc., del Código Judicial; en caso contrario, es decir, si no llena tales requisitos, el magistrado puede desechar o no admitir la demanda de plano; y si esto no ocurre, el procurador delegado podrá alegar la adecuada excepción dilatoria o, en fin, si nada de esto se ha hecho, advertida la falta de un presupuesto procesal, el fallo será inhibitorio para terminar con el proceso o juicio, mas no con la acción, por regla general.

Sin embargo, en los procesos sobre petróleos, la regla general sufre una excepción en cuanto la acción está sujeta a caducidad, si no se ha promovido eficazmente dentro del año a que alude el Decreto número 3050 de 13 de diciembre de 1956, en el primer inciso del artículo 2º, con estas palabras textuales: "Este juicio únicamente podrá iniciarse dentro del año siguiente a la publicación en el 'Diario Oficial' del extracto de la propuesta...".

Aun cuando por sentencia de la Corte Plena de 15 mayo de 1944, se declaró inexequible el artículo 2º del Decreto extraordinario número 756 de 1942 (G. J., LVII, 318), como antecedente resulta sumamente interesante transcribir el 2º inciso del dicho artículo, que disponía: "Se entiende oportunamente iniciada una acción ordinaria y por tanto interrumpida la prescripción de corto tiempo establecida para estos casos por las leyes de petróleos, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción".

Según puede apreciarse, la caducidad de la acción no se interrumpía con la sola presentación de la demanda sino con la admisión; por tanto, si no se la admite, la presentación no produce el efecto antes mencionado; sin embargo, no sobra advertir que no se trata de una verdadera prescripción, sino de una caducidad; y, además, la inexequibilidad de la disposición transcrita se decretó por cuanto el Ejecutivo, al dictar el Decreto 756 de 1942, excedió las facultades concedidas por la Ley 128 de 1941.

Antes del artículo 2º, inciso 2º del Decreto número 756 de 1942, el artículo 87 de la Ley 167 de 1941, dispuso: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción".

La admisión de la demanda, cuando existe plazo para ejercitar determinada acción, tiene por función interrumpir la caducidad; pero si no se admite, aquél fenómeno ya no se produjo por el solo hecho de la presentación; y si la falla o defecto del libelo implica la necesidad

de un nuevo acto de postulación, y ya se halla vencido el plazo, a este nuevo acto no se le puede dar efecto retroactivo con el fin de considerar como interrumpido un término que realmente no lo fue en la oportunidad legal, ni aun ocurriendo al expediente de desistir de una acción o de corregir la demanda, porque ninguno de estos aparentes remedios puede operar respecto de lo que no existe; porque es posible desistir cuando existe juicio o pleito, por la notificación de la demanda al demandado, mas no cuando el libelo ha sido desechado; y asimismo, tampoco se puede corregir una demanda que ha sido también desechada por indebida acumulación de acciones. En tal caso se requiere una nueva demanda, presentada dentro del plazo fijado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956; pero si este plazo ya se ha vencido, como ocurre en el presente asunto, no puede ampliarse o prorrogarse mediante el arbitrio de ocurrir al imposible desistimiento de una acción o a la enmienda de la demanda, con el fin de evadir la presentación de un nuevo libelo, el cual resultaría también inadmisible por expiración del término legal.

Al artículo 472 del Código Judicial no puede dársele una interpretación tan extensa que llegue a vulnerar los derechos de la contraparte, como sucedería en este caso, si se admitiera el supuesto desistimiento parcial para cohonestar la indebida acumulación objetiva de acciones hecha en la demanda. Finalmente, la Sala de Decisión estudió a espacio esta materia en auto de fecha 14 de abril de este año (XCV, 730 y ss.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto primero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Con el fin de resolver el recurso de súplica, interpuesto contra el auto de seis de junio de este año por el apoderado de Bernardo Vargas Marroquín, en el juicio ordinario promovido contra la Nación por la propiedad del subsuelo petrolífero de varios inmuebles, se mencionan estos antecedentes procesales, indispensables para la exacta inteligencia del problema.

a) El agente oficioso de Bernardo Vargas Marroquín y de Mercedes Rocha de Vargas demandó a la Nación, en juicio ordinario de única instancia, con el fin de que se declare que pertenece a los dueños de la superficie, el petróleo del subsuelo de varios inmuebles, unos del primero de los nombrados, y otros, conocidos con los nombres de San Carlos y San Francisco, de la segunda.

b) Como se tratara de dos propietarios distintos, sin título de propiedad original común, el Magistrado ponente, por auto de 20 de febrero de este año, por indebida acumulación de acciones, no admitió la demanda, y el cual, recurrido en súplica, fue confirmado según providencia de 27 de abril de este año.

c) El 25 de febrero, el apoderado de los actores presentó dos memoriales: el uno, con el fin de interponer el memorado recurso de súplica; y el otro para manifestar que desiste "de las acciones instauradas a nombre de la señora Mercedes Rocha de Vargas...".

d) El Magistrado ponente, en el auto suplicado ahora, no admitió el desistimiento por estos motivos:

"Desechada la demanda por contener una acumulación objetiva irregular de las acciones, la manifestación que ahora se formula a fin de que sólo quede vigente respecto del demandante Vargas Marroquín y en relación con los terrenos que allí se indican, implica un cambio sustancial en la parte actora y en el objeto de acción y, por lo tanto, un replanteamiento del litigio, es decir, una demanda distinta, propuesta fuera del término que la ley ha fijado para hacerlo, por lo cual es inadmisible" (Fs. 63 vto. a 64).

e) El apoderado de la parte actora, en el memorial de súplica, después de afirmar la diferencia entre el desistimiento y la reforma de la demanda autorizada por el artículo 208 del C. J. "el cual no mereció atención alguna en el auto reclamado", continúa así su argumentación:

"Si la demanda no se admitió inicialmente por razón de una acumulación irregular objetiva de acciones, la circunstancia o causa que vedaba dicha admisión, desaparece con el desistimiento, y se contempla ahora una situación distinta que no tiene por qué sufrir las consecuencias de hacer una ficción procesal para considerarla inadmisible. Las acciones ejercidas en la demanda respecto de Bernardo Vargas son independientes de las de Mercedes Rocha de Vargas, y no tienen por qué sufrir consecuencias o afectarse por el desistimiento, ni por cualquier otra circunstancia. En el auto reclamado se dice que 'el nuevo libelo presentado por el

apoderado de la parte actora éste modificó su demanda', dando a entender que se trata de una nueva demanda, y cae el auto en el error de considerar como modificación formal de la demanda un simple desistimiento de una de las acciones en ella ejercitadas, sin tener en cuenta tampoco las razones expuestas en el salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Araújo Grau, ante la nueva situación planteada, como son las relativas al artículo 472 del C. J., que dispone que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos consagrados por la ley sustantiva y que con tal criterio deben aplicarse e interpretarse las normales procesales". (Fs. 65 vto. a 66).

Expuestos los antecedentes, la Sala considera:

Desde luego, la argumentación del recurrente resulta confusa o contradictoria, porque a la vez que sostiene, con todo fundamento, la distinta naturaleza del desistimiento y la de la reforma, aclaración o enmienda de la demanda, si ocurrió al primer medio, o sea, al desistimiento, innecesario era estudiar en el auto suplicado la segunda cuestión, no planteada entonces, como ahora lo hace en el aludido escrito, que impondrá a la Sala considerarla en esta providencia.

Agrega el mandatario de la parte actora que, si bien la irregular acumulación de acciones vedaba la admisión de la demanda, *"desaparece con el desistimiento; y se contempla ahora una situación distinta que no tiene por qué sufrir las consecuencias de hacer una ficción procesal para considerarla inadmisible"*. Si la situación es distinta, tal planteamiento no podía hacerse mediante el expediente de un desistimiento, sino con la presentación de una nueva demanda, puesto que, por sustracción de materia, no podía desistirse de algo que ya no existía desde el momento mismo de inadmisión de la demanda primitiva; y de ahí que sería una verdadera "ficción procesal" admitir un desitimiento respecto de un proceso o demanda o de acciones jurídicamente inexistentes.

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato sobre la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, tal acto debe cumplirse ante el Ministerio de Minas y Petróleos dentro del plazo de dos meses "a partir del cumplimiento de las formalidades señaladas en el inciso" 1º del artículo 34 del C. de P.; sin embargo, si no se presenta oposición en la dicha oportunidad, el presunto propietario dispone del plazo de un año para iniciar, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, el correspondiente juicio ordinario, el cual —obviamente se comprende— debe llenar las exigencias previstas en los artículos 205, 209, 222, etc., del C. J.; en caso contrario, es decir, si no llena tales requisitos, el magistrado puede desechar o no admitir la demanda de plano; y si esto no ocurre, el procurador delegado podrá alegar la adecuada excepción dilatoria o, en fin, si nada de esto se ha hecho, advertida la falta de un presupuesto procesal, el fallo será inhibitorio para terminar con el proceso o juicio, mas no con la acción, por regla general.

Sin embargo, la regla general, en los procesos sobre petróleos, sufre una excepción en cuanto la acción está sujeta a caducidad, si no se ha promovido eficazmente dentro del año a que alude el Decreto número 3050 de 13 de diciembre de 1956, en el primer inciso del artículo 2º, con estas palabras textuales: "Este juicio únicamente podrá iniciarse dentro del año siguiente a la publicación en el *Diario Oficial* del extracto de la propuesta...".

Aun cuando por sentencia de la Corte Plena de fecha 15 de mayo de 1944, se declaró inexequible el artículo 2º del Decreto extraordinario número 756 de 1942 (G. J. Tomo LVII, pág. 318), como antecedente resulta sumamente interesante transcribir el 2º inciso del dicho artículo, que disponía: "Se entiende oportunamente iniciada una acción ordinaria y por tanto interrumpida la *prescripción de corto tiempo* establecida para estos casos por las leyes de petróleos, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción".

Según puede apreciarse, la caducidad de la acción no se interrumpía con la sola presentación de la demanda, sino con la admisión; por tanto, si no se la admite, la presentación no produce el efecto antes mencionado; sin embargo, no sobra advertir que no se trata de una verdadera prescripción, sino de una caducidad; y, además, la inexequibilidad de la disposición transcrita se decretó por cuanto el Ejecutivo, al dictar el Decreto número 756 de 1942, excedió las facultades concedidas por la Ley 128 de 1941.

Antes del artículo 2º, inciso 2º, del Decreto número 756 de 1942, el artículo 87 de la Ley 167 de 1941, dispuso: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción".

La admisión de la demanda, cuando existe plazo para ejercitar determinada acción, tiene por función interrumpir la caducidad; pero si

no se admite, aquel fenómeno ya no se produjo por el solo hecho de la presentación; y si la falla o defecto del libelo implica la necesidad de un nuevo acto de postulación, vale decir, de una nueva demanda, si ya se halla vencido el plazo, a este nuevo acto no se le puede dar efecto retroactivo con el fin de considerar como interrumpido un término que realmente no lo fue en la oportunidad legal, ni aun ocurriendo al expediente o arbitrio de desistir de una acción o de corregir o enmendar la demanda, porque ninguno de estos aparentes remedios puede operar respecto de lo que no existe; porque es posible desistir cuando existe juicio o pleito, por la notificación de la demanda al demandado, mas no cuando el libelo ha sido desechado; y asímismo, tampoco se puede corregir o enmendar una demanda que ha sido también desechada por indebida acumulación de acciones.

Cuando la demanda no se admite por indebida acumulación de acciones, para enmendar el error se requiere un nuevo acto de postulación, una nueva demanda, presentada dentro del plazo fijado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956; pero si este plazo ya se ha vencido, como ocurre en este asunto, no puede ampliarse o prorrogarse mediante el arbitrio o expediente de ocurrir a un imposible desistimiento de una acción o a la corrección o enmienda de la demanda, con el fin de evadir la presentación de un nuevo libelo, el cual resultaría también inadmisible por expiración del término legal.

Al artículo 472 del C. J. no puede dársele una interpretación tan extensa que llegue a vulnerar los derechos de la contraparte, como sucedería en este caso, si se admitiera el supuesto desistimiento para cohonestar la indebida acumulación objetiva de acciones hecha en la demanda. Finalmente, la Sala de Decisión estudió a espacio esta materia en auto de fecha 14 de abril de este año, en el juicio de Manuel Antonio Cuéllar Durán y otros contra la Nación, transcrito íntegramente en varias providencias.

Por las consideraciones precedentes, se confirma el auto suplicado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

MANERA DE ALLEGAR AL JUICIO DOCUMENTOS PUBLICOS

Necesidad de indicar de manera precisa el instrumento o los instrumentos cuya copia debe solicitarse al funcionario respectivo.

Con el objeto de decidir el recurso interpuesto por el Procurador contra la providencia que accedió a decretar las pruebas pedidas por el demandante, la Sala antepone las siguientes consideraciones:

a) El artículo 636 del Código Judicial indica la manera regular de allegar documentos públicos al juicio, cuando no han sido presentados con la demanda, la contestación, memoriales de excepciones o con el escrito sobre pruebas, o sea, dispone que "se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento..."; pero este ordenamiento presupone como condición esencial, la precisa determinación del instrumento, porque el empleado no puede dedicarse a una labor investigativa, para copiar los documentos que él estime conducentes; ni la contraparte estaría en capacidad de conocer, en momento oportuno, los elegidos o seleccionados por el dicho funcionario, con el fin de presentar las contrapruebas necesarias.

b) En tratándose de negocios sobre la propiedad del subsuelo petrolífero, cuando se hace oposición ante el Ministerio, el opositor tiene la obligación de presentar los títulos de propiedad; pero si en lugar de esta facultad prefiere, dentro del plazo legal, promover el correspondiente juicio ordinario, si no los presenta con la demanda, por lo menos debe citarlos en forma precisa; y en todo caso, en el memorial de pruebas debe determinarlos exactamente, como antes se dijo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, once de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado del Excelentísimo señor Obispo de la Diócesis de Tunja, en el juicio ordinario adelantado contra la Nación, sobre la propiedad del subsuelo del predio denominado Santa Elena, en el cuarto aparte del memorial de pruebas, solicitó: "Que se libre Despacho al Director o Secretario del Centro de Historia de Tunja, para que expida copia de todos los documentos que se encuentren en dicho Archivo, relacionados con la Estancia denominada 'Tamayos', jurisdicción del Corregimiento de Soracá, del Municipio de Tunja". (Fs. 1 vto. C. Nº 2º).

Mediante auto de fecha 28 de junio de este año, el señor Magistrado ponente, resolvió: "Líbrese despacho al Director o Secretario del Centro de Historia de Tunja, para que expida copias de todos los documentos que se encuentren en dicho Archivo, relacionados con la Estancia denominada 'Tamayo', jurisdicción del Corregimiento de Soracá, del Municipio de Tunja". (Fs. 2 vto. ib.).

Contra esta providencia interpuso, el señor Procurador 2º Delegado en lo Civil, el recurso de súplica, el cual fundó en estas razones:

"En el caso de autos, esos documentos 'todos los documentos que se encuentren en dicho Archivo, relacionados con la estancia denominada 'Tamayos' jurisdicción del Corregimiento de Soracá, del Municipio de Tunja' enunciados en forma abstracta, vaga y generalizada 'todos los documentos', impiden por esta vaguedad y por ser desconocidos al enunciarse en el memorial, saber de qué clase de documentos o títulos se trata, qué se establecería con ellos, qué pretende la parte actora comprobar con su expedición por el Director o Secretario del Centro de His-

toria de Tunja, si se trata de títulos en favor de particulares expedidos legalmente constitutivos actualmente de propiedad privada en los hidrocarburos objeto del litigio, o simplemente titularidad sobre el terreno o superficie posterior a la reserva fiscal de los hidrocarburos, si se trata de tradiciones de la propiedad en la Estancia denominada 'Tamayos', en cabeza de quién pueda estar actualmente o en épocas pretéritas esa 'Estancia', qué clase de bien es éste, su especificación o determinación siquiera por sus linderos. Todo esto no podría ser conocido sino posteriormente, por la parte demandada, cuando fueran expedidos y remitidos para allegarlos al proceso, en forma sorpresiva para dicha parte y cuando estuviera en completa imposibilidad de contradecirlos o haber allegado otros que destruyeran su valor o sus efectos en el establecimiento de derechos en favor de quien solicita se aduzcan al juicio. Por ejemplo, si se tratara de documentos o instrumentos públicos en virtud de los cuales la propiedad en el globo o 'Estancia' llamada 'Tamayos' hubiera salido del dominio del Estado legalmente con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o demostrativos de prescripción adquisitiva anterior a esta fecha en favor de particulares y contra el Estado, en virtud de la cual éstos hubieran adquirido el dominio en esa Estancia, la Nación hoy demandada estaría cuando fueran aducidos al proceso en incapacidad completa de aportar otros en virtud de los cuales se demostrara qué esos terrenos habían vuelto al dominio estatal por justa causa". (Fs. 5 y 6 ib.).

Con el objeto de decidir el recurso interpuesto, la Sala antepone las siguientes consideraciones:

a) El artículo 636 del C. J. indica la manera *regular* de allegar documentos públicos al juicio, cuando no han sido presentados con la demanda, la contestación, memoriales de excepciones o con el escrito sobre pruebas, o sea, dispone que "se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia *del instrumento*..."; pero este ordenamiento presupone, como condición esencial, la precisa determinación del instrumento, porque el empleado no puede dedicarse a una labor investigativa, para copiar los documentos que él estime conducentes; ni la contraparte estaría en capacidad de conocer, en momento oportuno, los elegidos o seleccionados por el dicho funcionario, con el fin de presentar las contrapruebas necesarias, si fuere del caso, como lo anota el procurador delegado.

b) En tratándose de negocios sobre la propiedad del subsuelo petrolífero, cuando se hace oposición ante el Ministerio, el opositor tiene la obligación de presentar los títulos de propiedad; pero si en lugar de esta facultad prefiere, dentro del plazo legal, promover el correspondiente juicio ordinario, si no los presenta con la demanda, por lo menos debe citarlos en forma precisa; y en todo caso, en el memorial de pruebas debe determinarlos exactamente, como antes se dijo.

Por los motivos expuestos, se revoca el aparte II del auto de fecha 28 de junio del año en curso, objeto del recurso de súplica.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Zambrano, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS

Manera de allegarlos al juicio cuando el documento ya no reposa en la oficina de origen.

El artículo 636 del Código Judicial, en que se apoya la resolución judicial que se revisa, dispone que los instrumentos públicos no acompañados a la demanda o a su contestación, o a los memoriales de excepciones, deben allegarse al proceso mediante "despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo Registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro".

Es claro que, como tantas veces lo ha dicho la Corte, esta norma constituye una garantía de autenticidad del instrumento, esto es, que establece un medio de asegurarse de que procede del funcionario u oficina que lo produjo o emitió; y siendo ello así, no se ve ciertamente dificultad en que, cuando el documento ya no reposa en la oficina de origen, por lo cual se hace imposible solicitar la copia que exige el artículo 636, sino que es custodiado en otra distinta o ha sido protocolizado en una notaría, se le reconozca y examine por el juez, mediante inspección ocular, con el fin de suplir por este medio, en cuanto sea ello posible, la garantía de autenticidad que implica la expedición de la copia por el funcionario que lo expidió o la oficina donde tuvo origen, mayormente cuando la diligencia de inspección ocular se propone, conforme al artículo 724 del Código Judicial, el reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", y en este caso el reconocimiento tiene por objeto una cosa relacionada con el debate: el documento público que se pretende utilizar. Ni se ve tampoco inconveniente para que se tome copia del instrumento en el acto de la diligencia, puesto que el examen y reconocimiento que de él se hace suponen precisamente que de su texto se tome nota y quede constancia en el acta respectiva.

No hay duda, pues, de la idoneidad del medio para traer a los autos la copia de instrumentos públicos que no reposan en la oficina de origen, cuando se solicita que esa copia se tome mediante una inspección ocular destinada a examinar y reconocer el documento, sin perjuicio de que al hacer en la sentencia valoración de la prueba así allegada a los autos se califiquen su mérito y su eficacia para acreditar el hecho que se pretende demostrar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En este juicio promovido contra la Nación por las señoras María Josefa Trespalacios Santodomingo, Ana Paz Trespalacios y otros, sobre propiedad privada de hidrocarburos en el predio denominado Santa Bárbara de las Cabezas, el representante judicial de la parte actora pidió la práctica de inspecciones oculares en las Notarías de Mompós y primera y tercera de Barranquilla con el fin de efectuar el examen y reconocimiento y tomar copias de varios documentos, protocolizados por medio de las escrituras públicas que se citan en las series A), G) y J) del memorial de pruebas.

Esta solicitud fue denegada en auto de veintidós de febrero del presente año, por cuanto, en concepto del Magistrado sustanciador del negocio, las partes, "cuando se trata de instrumentos públicos, deben allegarlos al juicio en la forma prevista en el artículo 636 del Código Judicial, si no están en su poder", negativa que movió a la parte interesada a recurrir en súplica, contra la providencia mencionada, para

ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión.

El artículo 636 del Código Judicial, en que se apoya la resolución judicial que se revisa, dispone que los *instrumentos públicos* no acompañados a la demanda o a su contestación, o a los memoriales de excepciones, deben allegarse al proceso mediante "despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". Es claro que, como tantas veces lo ha dicho la Corte, esta norma constituye una garantía de autenticidad del instrumento, esto es, que establece un medio de asegurarse de que procede del funcionario u oficina que lo produjo o emitió; y siendo ello así, no se ve ciertamente dificultad en que, cuando el documento ya no reposa en la oficina de origen, por lo cual se hace imposible solicitar la copia que exige el artículo 636, sino que es custodiado en otra distinta o ha sido protocolizado en una notaría, se le reconozca y examine por el juez, mediante inspección ocular, con el fin de suplir por este medio, en cuanto sea ello posible, la garantía de autenticidad que implica la expedición de la copia por el funcionario que lo expidió o la oficina donde tuvo origen, mayormente cuando la diligencia de inspección ocular se propone, conforme al artículo 724 del Código Judicial, el reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", y en este caso el reconocimiento tiene por objeto una cosa relacionada con ese debate: el documento público que se pretende utilizar. Ni se ve tampoco inconveniente para que se tome copia del instrumento en el acto de la diligencia, puesto que el examen y reconocimiento que de él se hace suponen precisamente que de su texto se tome nota y quede constancia en el acta respectiva.

No hay duda, pues, de la idoneidad del medio para traer a los autos la copia de instrumentos públicos que no reposan en la oficina de origen, cuando se solicita que esa copia se tome mediante una inspección ocular destinada a examinar y reconocer el documento, sin perjuicio de que al hacer en la sentencia valorización de la prueba así allegada a los autos se califiquen su mérito y su eficacia para acreditar el hecho que se pretende demostrar.

En consecuencia, se reforma el auto de veintidós de febrero del año en curso, en el sentido de decretar, como en efecto se decreta, la práctica de sendas inspecciones oculares en la Notaría de Mompós y en las Notarías primera y tercera de Barranquilla, con el fin de hacer el examen y reconocimiento de los documentos que se expresan a continuación, de los cuales se tomarán copias que deben ser agregadas a los autos, así: 1) en la Notaría de Mompós, de los instrumentos protocolizados por medio de las escrituras públicas números 25 de 8 de marzo de 1918; 74 de 22 de agosto de 1919; 28 de 22 de abril de 1924; 52 de 6 de mayo de 1937 y 28 de 22 de marzo de 1939, el relativo al hierro con que el Marqués de Santa Coa marcaba los ganados de El Paso del Adelantado. 2) en la Notaría primera de Barranquilla, de los protocolizados por medio de la escritura pública número 374 de 9 de febrero de 1951; y en la Notaría tercera de la misma ciudad, de los protocolizados por medio de la escritura pública número 295 de 3 de febrero de 1944.

Estas diligencias se llevarán a cabo con testigos actuarios, y para practicarlas se comisiona, con treinta días de término, para la de la Notaría de Mompós al Juez Civil del circuito mencionado, y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil, para las de las Notarías primera y tercera del nombrado circuito.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES.—EXCEPCION DE PRESCRIPCION. PRESCRIPCION DE LA ACCION CIVIL Y DE LA ACCION PENAL

1. Correcta acumulación de acciones con fundamento en la comunidad de la causa petendi. 2. Término de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual indirecta. No puede ser declarada oficiosamente la excepción de prescripción. — 3. Caso en que la prescripción de la acción penal no afecta la correspondiente acción civil de perjuicios.

1. El artículo 209 del Código Judicial exige para la eficaz acumulación objetiva de acciones, la identidad de los sujetos del proceso, tanto respecto del demandante como del demandado; pero si esto no ocurre, si al juicio deben comparecer varios actores o varios demandados, las acciones no pueden acumularse, salvo que ocurra alguno de los eventos previstos en el artículo 398 del Código Judicial, porque si los procesos pueden acumularse cuando se hallan ya en tramitación, nada se opone para que se lleve a efecto desde su iniciación, pues así se cumple la finalidad de la ley con la acumulación, que consiste en evitar sentencias contradictorias y, además, de obtener la secundaria ventaja de la consiguiente economía procesal, en cuanto implica el común aprovechamiento de pruebas, diligencias y demás elementos procesales.

Sin embargo, la acumulación de procesos o autos no puede llevarse a efecto ad libitum, sino cuando la relación jurídica, objeto del juicio, tiene alguna conexión entre los diversos elementos que la integran, en la forma descrita en alguno de los casos previstos en el artículo 398 del Código Judicial, como "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos (o bien muchos contra uno, o varios contra varios) y haya, por consiguiente, diversidad de personas", según palabras textuales del numeral 4º del artículo memorado.

En el caso sub judice, si bien existe diversidad de personas, la relación jurídica tiene de común el nexo, vale decir, la causa petendi o el hecho que justifica el derecho invocado, el cual consiste en que el mismo accidente o siniestro, imputable al chofer del Terminal Marítimo, ocasionó varios daños en las personas y en los bienes de los actores, cuya indemnización demandan de la Nación con fundamento en una responsabilidad indirecta, según el artículo 2347 del Código Civil; por tanto, según lo dicho antes, procede la acumulación de las acciones desde la iniciación del juicio, en la demanda misma.

Respecto a los juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, a algunos de los cuales se refiere el procurador delegado en lo civil en el alegato presentado en esta segunda instancia, las acumulaciones demandadas se han negado, precisamente, porque no han aducido una causa petendi común, que consiste en derivar sus derechos de propiedad sobre las distintas parcelas de un mismo título antiguo, emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873; porque no basta que el área de la propuesta afecte a varios predios, pues como elemento extrínseco, no integra la relación jurídica sobre propiedad del subsuelo, aun cuando sí opere como causa ocasional para establecer el interés jurídico actual en el ejercicio de la acción de oposición a la propuesta de contrato de exploración y explotación de los hidrocarburos subyacentes.

En consecuencia, no es aceptable la falta de demanda en forma, por indebida acumulación de acciones, según alegación del procurador delegado en lo civil.

2. En el caso de autos, de acuerdo con las pretensiones expuestas en la demanda, la obligación del Estado de indemnizar los daños causados por el accidente de tránsito, se funda en el primer inciso del artículo 2.347 del Código Civil,

en cuanto allí se establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

Además, el aparte transcrito, guarda relación con el inciso 2º del artículo 2358 del mismo Código, el cual dispone: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

No puede ponerse en tela de juicio que el Estado responde, en este caso, por actos ajenos, vale decir, le incumbe una responsabilidad indirecta por el hecho culposo de su agente, el chofer conductor del camión que ocasionó el siniestro; y así, pues, la prescripción de la acción se consuma en tres años.

De acuerdo con las pruebas presentadas, la demanda se notificó al fiscal cuando se había consumado la prescripción de la acción, por haber transcurrido más de los tres años a contar de la fecha en que ocurrió el accidente, prescripción que no se interrumpe sino por la oportuna notificación de la demanda, como así lo dispone el artículo 2524 del Código Civil.

El artículo 343 del Código Judicial, en armonía con el 2513 del Código Civil, dispone que las excepciones perentorias probadas en un proceso, deben ser declaradas por el juez, aun cuando no se hayan alegado, salvo la prescripción "que debe siempre proponerse o alegarse", y la segunda disposición citada añade; "el juez no puede declararla de oficio"; por tanto, ante ordenamientos tan terminantes, no puede procederse de oficio a reconocer o declarar probada la excepción de prescripción de la acción, pues no cabría aplicar por analogía el artículo 170 del Código Judicial, en cuanto prohibe a los agentes del Ministerio Público "desistir de las acciones intentadas sino a virtud de autorización de la entidad representada...", aun cuando el silencio o la abstención de alegar la dicha excepción pudiera considerarse como un desistimiento tácito, no obstante que ya desde los tiempos romanos se decía "reus excipiendo fit actor", concepto ratificado por el profesor uruguayo Eduardo Couture, así: "El derecho de defensa en juicio se nos parece, entonces, como un derecho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción del demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 91).

Por consiguiente, no procede la declaración oficiosa de la excepción de prescripción de la acción.

3. Aunque el proceso penal adelantado contra el chofer responsable del accidente y de sus consecuencias, terminó con la declaración de prescripción, no por eso se afecta la acción civil sobre indemnización de perjuicios, porque a más de tratarse de una actividad peligrosa, en la cual se presume la culpa civil, obra en este caso concreto el antecedente de que el juez penal encontró probados los elementos necesarios para dictar auto de vocación a juicio, vale decir, el cuerpo del delito de homicidio culposo, como la responsabilidad del sindicado, fáciles de establecer también en este proceso civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

En grado de consulta debe revisarse la sentencia de fecha 1º de febrero de 1960, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Ismael E. Quintero, Berta Monsalvo de Quintero y Andrés F. Molina V. contra la Nación, sobre responsabilidad extracontractual, según el libelo de fecha 17 de octubre de 1951, en el cual se demandan las siguientes declaraciones y condenas:

I. "a) Que la Nación es civilmente responsable de la muerte violenta del menor Ismael Quintero Monsalvo, hijo legítimo de Ismael E. Quintero R., y Berta Monsalvo de Quintero, acaecida el día 18 de octubre de 1948, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido ese día, ocasionado por el autobús distinguido con la placa número 0308, matrícula de esta ciudad y de propiedad del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

"b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, la Nación está obligada a pagar a los señores Ismael E. Quintero R., y Berta Monsalvo de Quintero, padres legítimos del menor Ismael Quintero Monsalvo, los perjuicios morales y materiales causados.

"c) Que la Nación es civilmente responsable de las lesiones causadas al señor Andrés F. Molina V., de los daños ocasionados al automóvil de propiedad de éste, marca Chevrolet, matriculado en Barranquilla bajo el número 9650, el

día 18 de octubre de 1948, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido ese día, ocasionado por el autobús distinguido con la placa número 0308, matrícula de Barranquilla, y de propiedad del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

"d) Que como consecuencia de la declaración anterior, la Nación está obligada a pagar al señor Andrés F. Molina V., los daños causados en el automóvil de propiedad de éste, a que se refiere la declaración anterior, y demás perjuicios consecuenciales, tanto morales como materiales". (Fs. 9 C. Nº 1º).

El apoderado de los actores narró los hechos en esta forma:

"1º El día 18 de mayo de 1945 nació en esta ciudad el niño Ismael Quintero Monsalvo, hijo legítimo de Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero.

"2º El día 18 de octubre de 1948, alrededor de las siete y media de la noche, se encontraba el niño Ismael Quintero Monsalvo haciendo compañía a la señorita Martina Cabrera Padilla, parado con ésta en el quicio de la puerta de la casa marcada con el número 32-07 de la calle 30 (Avenida Boyacá).

"3º A la misma hora que se menciona en el hecho anterior, transitaba de Sur a Norte, por la Avenida Boyacá y a excesiva velocidad, el autobús número 0308, matrícula de esta ciudad, de propiedad del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, dependencia del Ministerio de Obras Públicas, manejado por el chofer Jorge E. de la Rosa, empleado del mencionado Terminal. Debido a esa excesiva velocidad, en calle de mucho tráfico de vehículos, después de hacer varios zig zags, se estrelló violentamente contra el automóvil Chevrolet matriculado en esta ciudad bajo el número 9650, manejado por su dueño, señor Andrés F. Molina V., en dirección Norte a Sur, sobre su derecha y a velocidad mínima.

"4º Como consecuencia del choque relacionado anteriormente, el automóvil conducido por el señor Andrés F. Molina V. fue totalmente destrozado, su dueño sufrió lesiones que lo incapacitaron por varios días, pues el autobús número 0308, arremetió con tanta fuerza, que después de este primer encontronazo subió al andén, tumbó un árbol de matarratón arraigado en el Bulevard, se estrelló contra la casa número 32-07 de la Avenida Boyacá, mató instantáneamente al menor Ismael Quintero Monsalvo y causó lesiones de alguna gravedad a la señorita Martina Cabrera Padilla.

"5º El autobús número 0308, matrícula de esta ciudad, pertenecía al Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla en el momento del accidente a que se hace mención en los puntos anteriores.

"6º El chofer Jorge de la Rosa, conductor del autobús número 0308 era, en el momento del accidente, empleado nacional, como chofer oficial al servicio del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

"7º) Los señores Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero han sufrido perjuicios morales y materiales como consecuencia de los hechos relatados anteriormente.

"8º El señor Andrés F. Molina V., también ha sufrido perjuicios morales y materiales como consecuencia de los mismos hechos relatados". (Fs. 9 vto. a 10 ib.).

Citó como aplicables los artículos 1494, 2341, 2342, 2347, 2349, 2356 y 2357 del C. C., como los artículos 734 y siguientes del C. J.

II. El Fiscal 1º del Tribunal contestó la demanda, así:

"Me opongo a las pretensiones de la demanda en sus puntos a), b), c) y d).

"Los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la demanda, no me constan, que los demuestren.

"Los fundamentos de derecho invocados, los niego como consecuencia de las negativas anteriormente manifestadas". (Fs. 13 ib.).

El dicho funcionario, en el alegato de conclusión de primera instancia, dijo:

"Desde un comienzo, acompañándolas a la demanda y posteriormente durante el término de prueba, la parte actora trajo diversas pruebas testimoniales y de documentos por medio de los cuales ha acreditado, a mi juicio, que el día 18 de octubre de 1948 en el sitio indicado en autos ocurrió un accidente de tránsito al chocar el autobús distinguido con la placa número 0308, matrícula de esta ciudad y al servicio del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, dependencia del Ministerio de Obras Públicas, con el automóvil marca Chevrolet con placa número 9650 ocupado por el señor Andrés F. Molina V., desviándose el autobús en su marcha a consecuencia del choque, yendo a dar violentamente contra la casa número 32-07 de la calle 30. De aquel accidente resultaron víctimas el menor Ismael Quintero Monsalvo, de

tres años de edad, quien perdió la vida instantáneamente, hijo legítimo de Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero; y el señor Andrés F. Molina V. con lesiones personales. Además, el automovil que ocupaba el señor Molina fue destruído por el choque entre los dos vehículos mencionados.

"Por varias declaraciones de testigos sabemos que el bus placa número 0308 venía a excesiva velocidad por lo que se produjo el accidente.

"Aceptando el principio de que la Nación es responsable del perjuicio ocasionado a terceros por culpa de sus empleados en desempeño de sus funciones de tal, hay que admitir que en el presente caso la entidad nombrada es responsable civilmente de los perjuicios causados a las víctimas del accidente y debe pagarlos.

"Ahora bien, en cuanto se relaciona a los puntos a) y b) de la parte petitoria de la demanda, considero que la Nación debe pagar solamente perjuicios morales a los señores padres del menor Ismael Quintero Monsalvo; por cuanto que los perjuicios materiales no se han causado ya que materialmente no sufrieron ellos perjuicios en su economía. Cualquier beneficio económico que los señores padres del menor Ismael Quintero Monsalvo hubieran podido recibir de éste, si el accidente fatal no se produce, con el correr del tiempo, es algo eventual e incierto que no puede tenerse como base sólida para producir una condena". (Fs. 21 ib.).

III. El Tribunal, en la sentencia citada al principio, decidió el litigio en esta forma:

"1º Declarar a la Nación civilmente responsable de la muerte violenta del menor Ismael Quintero Monsalvo, de tres años de edad, hijo legítimo de Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero, acaecida el día 18 de octubre de 1948, como consecuencia del accidente de tránsito causado ese día por el bus de placa número 0308, matrícula de esta ciudad y de propiedad del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, dependencia del Ministerio de Obras Públicas.

"2º Condenar a la Nación a pagar a los señores Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero, en su expresada calidad de padres legítimos del menor Ismael Quintero Monsalvo, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal a cada uno, valor de los perjuicios morales causados por la muerte de dicho menor.

"3º Absolver a la Nación de todos los demás cargos de la demanda.

"4º Consúltese la presente sentencia con el Superior, si no fuere apelada". (Fs. 54 ib.).

IV. Como ninguna de las partes interpuso el recurso de apelación, el Secretario del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3º de la sentencia, remitió el expediente para que se surtiera la consulta ordenada, en cuanto a la parte que perjudica a la Nación.

El procurador 2º delegado en lo civil, en el alegato presentado en esta segunda instancia, dice:

"Si el representante de la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la primera instancia, fue de parecer que existen pruebas suficientes del hecho dañoso, de la culpa del chofer empleado de la Nación y de la relación de causalidad entre ese hecho y los daños morales sufridos por los actores Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero, con causa en el accidente de tránsito en que perdió la vida el menor Ismael Quintero Monsalvo, su hijo legítimo. Y si a ello se agrega que habiendo el Tribunal hallado fehacientes tales pruebas al proferir la sentencia, de ella no recurrió el Fiscal, se atuvoo (sic) a ella en lo que desfavorecía a la Nación al ser condenada al pago de los perjuicios de índole moral que se demanda por parte de dichos Quihteror (sic) y Monsalve (sic) de Quintero, sería el caso de pedir que se confirmara en todas sus partes la susodicha sentencia del Tribunal.

"Sin embargo, esta Procuraduría formula en esta segunda instancia del juicio la EXCEPCION PERENTORIA DE INEPTA DEMANDA SUSTANTIVA, o la de CARENCIA DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA, que afecta lo sustancial de las acciones incoadas, con base en que en el juicio se hizo por quien formuló las demandas de Ismael E. Quintero y Berta Monsalve (sic) de Quintero, y de Andrés F. Molina V. contra la Nación acumulación indebida de acciones, de hecho, no procedente". (Fs. 11 C. Nº 3º).

V. El artículo 209 del C. J. exige para la eficaz acumulación objetiva de acciones, la identidad de los sujetos del proceso, tanto respecto del demandante como del demandado; pero si esto no ocurre, si al juicio deben comparecer varios actores o varios demandados, las acciones no pueden acumularse, salvo que concurra alguno de los eventos previstos en el artículo 398 del C. J., porque si los procesos pueden acumularse cuando se hallan ya en tramitación nada se opone para que se lleve a efecto desde su

iniciación, pues así se cumple la finalidad de la ley con la acumulación, que consiste en evitar sentencias contradictorias y, además, de obtener la secundaria ventaja de la consiguiente economía procesal, en cuanto implica el común aprovechamiento de pruebas, diligencias y demás elementos procesales.

Sin embargo, la acumulación de procesos o "autos" no puede llevarse a efecto *ad libitum,* sino cuando la relación jurídica, objeto del juicio, tiene alguna conexión entre los diversos elementos que la integran, en la forma descrita en alguno de los casos previstos en el artículo 398 del C. J., como "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos (o bien muchos contra uno, o varios contra varios) y haya, por consiguiente, diversidad de personas", según palabras textuales del numeral 4º del artículo memorado.

En el caso *sub judice,* si bien existe diversidad de personas, la relación jurídica tiene en común el nexo, vale decir, la causa petendi o el hecho que justifica el derecho invocado, el cual consiste en que el mismo accidente o siniestro, imputable al chofer del Terminal Marítimo, ocasionó varios daños en las personas y en los bienes de los actores, cuya indemnización demandan de la Nación con fundamento en una responsabilidad indirecta, según el artículo 2347 del C. C.; por tanto, según lo dicho antes, procede la acumulación de las acciones desde la iniciación del juicio, en la demanda misma.

Respecto a los juicios, sobre propiedad del subsuelo petrolífero, a algunos de los cuales se refiere el procurador delegado en lo civil, las acumulaciones demandadas se han negado, precisamente, porque no han aducido una causa petendi común, que consiste en derivar sus derechos de propiedad sobre las distintas parcelas de un mismo título antiguo, emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873; porque no basta que el área de la propuesta afecte a varios predios, pues, como elemento extrínseco, no integra la relación jurídica sobre propiedad del subsuelo, aun cuando sí opere como causa ocasional para establecer el interés jurídico actual en el ejercicio de la acción de oposición a la propuesta de contrato de exploración y posterior explotación de los hidrocarburos subterráneos.

En consecuencia, no es aceptable la falta de demanda en forma, por indebida acumulación de acciones, según alegación del procurador delegado en lo civil.

VI. De acuerdo con las pretensiones expuestas en la demanda, la obligación del Estado de indemnizar los daños causados por el accidente de tránsito, se funda en el primer inciso del artículo 2347 del C. C., en cuanto allí se establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

Además, el aparte transcrito, guarda relación con el inciso 2º del artículo 2358 del mismo Código, el cual dispone: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

No puede ponerse en tela de juicio que el Estado responde, en este caso, por actos ajenos, vale decir, le incumbe una responsabilidad indirecta por el hecho culposo de su agente, el chofer conductor del camión que ocasionó el siniestro; y así, pues, la prescripción de la acción se consuma en tres años, a contar de la fecha del acontecimiento hasta la notificación de la demanda al fiscal del tribunal.

De acuerdo con las pruebas presentadas, el accidente se verificó el 18 de octubre de 1948, como a las siete de la noche; la demanda se presentó el 17 de octubre de 1951, la cual, admitida el 25 del mismo mes, solamente se notificó al Fiscal el 30 de octubre del dicho año de 1951, o sea, cuando se había consumado la prescripción de la acción, que no se interrumpe sino por la oportuna notificación de la demanda, como así lo dispone el artículo 2524 del C. C.

El artículo 343 del C. J., en armonía con el artículo 2513 del C. C., dispone que las excepciones perentorias, probadas en un proceso, deben ser declaradas por el juez, aun cuando no se hayan alegado, salvo la prescripción, "que debe siempre proponerse o alegarse", y la segunda disposición citada añade: "el juez no puede declararla de oficio"; por tanto, ante tan terminantes ordenamientos, no puede procederse de oficio a reconocer o declarar probada la excepción de prescripción de la acción, pues no cabría aplicar por analogía el artículo 170 del C. J., en cuanto prohibe a los agentes del Ministerio Público "desistir de las acciones intentadas sino a virtud de autorización de la entidad representada...", aun cuando el silencio o la abstención de alegar la dicha excepción pudiera considerarse como un desistimiento tácito, no obstante que ya desde los tiempos romanos se decía "reus excipiendo fit actor", concepto ratificado por el profesor uruguayo Eduardo Couture, así: "El derecho de defensa en juicio se nos parece, entonces, como un de-

recho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción del demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda''. (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, página 91).

Por consiguiente, si no procede la declaración oficiosa de la excepción de prescripción de la acción, se debe revisar la sentencia consultada en la parte desfavorable al Estado, condenado a pagar los perjuicios morales a los padres de la víctima.

Según las pruebas aportadas por la parte actora, está demostrado el siniestro o accidente de tránsito, en el cual perdió la vida el menor Ismael Quintero Monsalvo, hijo legítimo de Ismael E. Quintero R. y Berta Monsalvo de Quintero; asimismo que ''el bus 0308 de placa de Barranquilla en el año de 1948 pertenecía y pertenece al Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla'', según el certificado de 6 de mayo de 1949, expedido por el Administrador respectivo. (Fs. 8 C. Nº 1º).

El mismo funcionario transcribe el siguiente testimonio, tomado de los archivos de la empresa:

'' 'Barranquilla, 25 de febrero de 1949.—Señores Jefe de Personal y Jefe de la Oficina de Tiempo, Ciudad.—Para su información y fines a que haya lugar, comunico a ustedes que el señor Jorge de la Rosa, chofer que fue del bus número 32 y quien tuvo un accidente en octubre 18 del año pasado, ha sido enviado por esta Administración a prestar servicio de Tractorista eventual de 2ª clase en el muelle desde el día 22 de los corrientes de 1 p. m., en donde deberá permanecer hasta tanto las autoridades competentes lleguen a definir si tiene alguna responsabilidad penal del accidente mencionado''. (fs. 28 C. Nº 2º).

El proceso penal, adelantado contra el chofer responsable, terminó con la declaración de prescripción, de conformidad con la sentencia de 17 de enero de 1958, en la cual se lee: ''El Homicidio culposo tiene señalado en el Código Penal una pena máxima de cuatro años de prisión. Ese término ha transcurrido con exceso y no ha sido posible el juzgamiento del procesado ante los jueces populares, porque el juicio ha sufrido innumerables inconvenientes de orden procesal, que pueden ser apreciados a través de las lecturas de los autos y de las atestaciones secretariales recaídas a los señalamientos de días y horas para llevar a cabo la audiencia pública. Esta diligencia, en síntesis, no pudo llevarse a cabo y así llegó a operarse el fenómeno jurídico de que se viene hablando''. (Fs. 33 C. Nº 1º).

Desde luego, la declaración de prescripción de la acción penal no afecta a la civil, sobre indemnización de perjuicios, porque, a más de tratarse de una actividad peligrosa, en la cual se presume la culpa civil, obra en este caso concreto el antecedente de que el juez penal encontró probados los elementos necesarios para dictar auto de vocación a juicio, vale decir, el cuerpo del delito u homicidio culposo, como la responsabilidad del sindicado, fáciles de establecer también en este proceso civil con las declaraciones de los testigos que dan cuenta de la excesiva velocidad del vehículo oficial, como sobre el hecho de haber sido atropellado el menor en la acera de la casa de habitación de sus padres.

La muerte del menor como su calidad de hijo legítimo de los actores, se demuestran con las respectivas partidas primero, y luégo la causa del deceso, con las declaraciones de los testigos que presenciaron el accidente y con el concepto de los médicos legistas que practicaron la autopsia en el cadáver de la víctima, en el cual hallaron una ''amplia herida abdominal con amputación del tronco y proyección hacia afuera de las vísceras abdominales y toráxicas''.

Respecto de la cuantía de los perjuicios morales, descartados los materiales, el Tribunal los fijó en la suma de dos mil pesos aplicando el artículo 95 del C. P., que atribuye al juez facultad de fijarlos prudencialmente ''hasta la suma de dos mil pesos'', para cada uno de los padres de la víctima.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia en la parte objeto de la consulta.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA NACION POR DAÑOS CAUSADOS EN UN ACCIDENTE FERROVIARIO. — INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES

1. Cuál fue, según la ley, la naturaleza del extinguido Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — 2. Alcance de la norma que dispuso que la Nación asumiera el pasivo del citado Consejo. — 3. Obligación de indemnizar los perjuicios morales futuros pero ciertos.

1. De conformidad con la Ley 29 de 1931, creadora del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, éste disfrutaba "de las prerrogativas y derechos de una persona autónoma", "ejercía todas sus funciones con completa independencia", podía "presentarse ante los Tribunales o autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción que considerare conveniente o necesaria para la buena administración o desarrollo de los bienes confiados a su cuidado"; pero no tenía absoluta libertad en cuanto a disposición de los bienes que administraba (por ejemplo: según el artículo 11 de dicha ley, deducidas las reservas y gastos allí expresados, el resto del producto neto de la explotación debía consignarse en la Tesorería General de la República), y el Contralor General debía hacer "anualmente una revisión de los libros, registros y cuentas de los Ferrocarriles administrados por el Consejo y rendirá el informe correspondiente al Presidente de la República" (art. 3º).

Era, pues, un organismo administrativo, creado por la ley dentro del principio de la descentralización por servicios, para administrar con gran autonomía un determinado sector del patrimonio nacional, pero no era una persona jurídica privada, independiente del Estado, a la que éste le hubiera transpasado, mediante el cumplimiento de las formalidades legales del caso, la propiedad de los bienes que estaba llamada a administrar.

Tal calidad de órgano de la administración fue acentuada mediante el Decreto 1420 de 1943 que declaró que la "dirección y administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, quien la ejercerá por delegación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales creado por la Ley 29 de 1931". Otro tanto hizo el Decreto 2645 del mismo año, pues si en su artículo 2º insistió en dar al Consejo "las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el administrador general", que ejercerá todas sus funciones con una completa independencia, al mismo tiempo preceptuó que el Consejo "tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios".

De las disposiciones legales antes aludidas fluye esta consecuencia importante: que respecto a los litigios que surgieran con ocasión de la gestión del Consejo, las demandas debían dirigirse contra éste, representado por su administrador general, y que sólo los bienes objeto de dicha gestión debían quedar afectos a las resultas de tales juicios.

Estas conclusiones, por lo demás, fueron las deducidas por la jurisprudencia más constante de la Sala ("Gaceta Judicial", Tomo LXVIII, pág. 674, y LXXVIII, 820).

Pero si era al Consejo a quien debía demandarse para deducir obligaciones surgidas con ocasión de la administración de los ferrocarriles y sólo los bienes sometidos a tal administración debían quedar afectados a las resultas de los juicios, nada podía oponerse, sin embar-

go, a que un litigante dirigiera también su demanda contra la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, como acaeció en el caso de estudio, porque la considera deudora solidaria del Consejo, lo que llevaría implícita la pretensión de que ella debía hacer frente a la obligación demandada con los elementos comunes y generales del patrimonio nacional.

Por consiguiente, no era inepta la demanda que dio lugar a este juicio por haberse dirigido tanto contra el Consejo, representado por su Administrador, como contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público.

2. Debe dilucidarse lo relacionado con la legitimación de la Nación para ser sujeto pasivo de la obligación cuya declaración se demandó en el presente libelo, que tuvo por causa un accidente ferroviario que ocasionó la muerte de un hombre, punto aquel negado por el señor Procurador Delegado.

Durante la tramitación del juicio, iniciado en 1952, se expidió el Decreto 3129 de 1954, en desarrollo de la Ley 17 de 1952, que entre otras cosas, dispuso las siguientes:

"Artículo 1º A partir del primero de diciembre de 1954 queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931, y por el Decreto número 1695 de 1931".

Artículo 2º Créase, a partir del primero de diciembre de 1954, una empresa denominada 'Ferrocarriles Nacionales de Colombia', destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial, y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que se regirá por los siguientes estatutos...".

"Artículo 5º El patrimonio de la Empresa estará integrado por todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y de los que posteriormente adquiera la Empresa".

"Parágrafo. El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

Resulta, pues, que uno de los sujetos de la relación jurídico-procesal, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, dejó de existir por obra del legislador durante la secuela del juicio, y que dicho legislador, sin duda en atención a la naturaleza especial de tal organismo dispuso que la Nación asumiera la totalidad del pasivo del Consejo existente en el momento en que los bienes que éste administraba pasaron a la empresa "Ferrocarriles de Colombia", o sea, en primero de diciembre de 1954.

El señor Procurador le da un sentido restringido, estrictamente contable, según parece, a la palabra pasivo, y no admite en consecuencia, que a la Nación pueda hacérsele efectiva una obligación cuya declaración judicial sólo podía producirse con posterioridad a la mencionada fecha; mientras que el Tribunal estimó que por no haber hecho distinción el legislador, tal vocablo debía comprender también las obligaciones "en potencia de existir concretamente mediante su reconocimiento judicial".

Dada la naturaleza del Consejo, de ser un organismo descentralizado en grado sumo pero que no era una persona privada independiente del Estado, con bienes que a su disolución subsistieran como específica prenda común de sus acreedores, considera la Sala que la interpretación del Tribunal es la más aceptable y por consiguiente, la disposición legal en examen hizo referencia no solo a las obligaciones que en la fecha antes indicada, aparecieran como ciertas en la contabilidad del Consejo, sino a todas aquéllas que aunque pudieran ser objeto de una declaración judicial posterior a tal fecha, tuvieran su causa en hechos acaecidos antes del mencionado momento.

Ahora bien, los que sirven de fundamento a las pretensiones de las demandantes, ocurrieron en el año de 1952; luego no hay inconveniente en que puedan deducirse a la Nación las correspondientes obligaciones, caso de que realmente hubieran surgido a cargo del Consejo. No es que se viole regla alguna sobre relación de dependencia entre el autor del daño y la persona llamada a responder por él, sino que habiéndose producido un caso de sucesión procesal, en virtud del cual la Nación, por mandato legal expreso, vino a ocupar el lugar del Consejo, se puede declarar contra aquélla una obligación nacida a cargo de éste.

La aludida sucesión procesal quedó facilitada al máximo por la circunstancia de haber sido demandada desde un principio la Nación juntamente con el Consejo, por lo que bien pudo proseguirse normalmente el trámite del juicio no obstante la desaparición de dicho organismo.

Queda sentado que la Nación está legitimada para ser sujeto pasivo de la posible obligación cuya declaración se impetra.

3. Dos magistrados del Tribunal salvaron su voto, porque si bien la sentencia condena a pagar perjuicios morales a favor de la viuda de la víctima del accidente ferroviario, se abstiene de hacer condenación por igual concepto a favor de la hija del mismo, por causa de la menor edad de ésta. Sobre el particular se considera que la menor, que en ese entonces apenas contaba diez meses de edad, seguramente no experimentó un dolor análogo al que sufrió la esposa del accidentado; pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por falta de un padre. Contrariamente, pues, a lo sostenido por la mayoría de la Sala falladora del Tribunal, debe admitirse que la menor a que se refieren estos autos también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material. Bien sabido es que, según la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, el perjuicio futuro, pero cierto es indemnizable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

La señora LILIA E. GARZON Vda. de TORRES, vecina de Zipaquirá, en su propio nombre y como representante legal de su menor hija Nancy Elvira Torres Garzón, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la Nación, representada por el señor Fiscal del Tribunal, y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su administrador, para que previo los trámites de un júicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"a).— Que se declare: que las entidades demandadas son civil y solidariamente responsables de los perjuicios materiales y morales, causados a mis representados, con motivo de la muerte del señor LUIS FELIPE TORRES BURGOS, acaecida el día diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cincuenta y-dos (1952), en el accidente sucedido a eso de las cuatro y media de la tarde en el pasa-nivel, o lugar donde la línea férrea, Ferrocarril Central del Norte, atraviesa la carretera que de Zipaquirá conduce a Cogua y Ubaté, o mejor: el ramal que une las carreteras que de Zipaquirá conduce a Cogua y de Zipaquirá conduce a Ubaté, cuando el tren que viajaba de Sur a Norte, de Zipaquirá a Barbosa e intermedias, arrolló el camión de cuatro toneladas de placas números 28109 de Zipaquirá, produciendo la muerte casi instantánea de su conductor el señor Luis Felipe Torres Burgos, la destrucción del vehículo, y lesiones de alguna gravedad al señor José Garzón R.

"b).— Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a las entidades demandadas, solidariamente, a pagar a mis representados Lilia Elvira Garzón Cañón y la menor Nancy Elvira Torres Garzón, dentro del término de la ejecutoria de la sentencia, la suma o cantidad en que se fije o determine los perjuicios materiales y morales, que se les causaron con la muerte del señor Luis Felipe Torres Burgos, esposo y padre, respectivamente, de las personas citadas, según la estimación o avalúo que de tales perjuicios se hagan por peritos designados dentro del juicio en la forma legal, o que se evidencien o demuestren dentro del plenario.

"c).— Subsidiaria.— Que, subsidiariamente a las peticiones formuladas en la letra b) inmediatamente anterior, se declare que las mismas entidades demandadas están obligadas solidariamente, y así se les condene, a pagar a la sucesión de Luis Felipe Torres Burgos, constituída o representada hoy por mis mandantes la señora Lilia Elvira Garzón Cañón y su hija Nancy Elvira Torres Garzón, la suma de pesos que se fije como valor de la indemnización correspondiente a los perjuicios materiales y morales causados a las mismas con motivo de la muerte del señor Luis Felipe Torres Burgos, en las condiciones ya dichas.

"d).— Subsidiaria.— Que, subsidiariamente de las peticiones contenidas en las letras b) y c) inmediatamente anteriores, se condene a las entidades demandadas a pagar a mis representados, en su doble carácter de perjudicados directamente con la muerte del señor Luis Felipe Torres Burgos y como herederos de éste, en forma indeterminada, los perjuicios materiales y morales que se le causaron por la muerte del citado Torres Burgos, para que se avalúen y determinen en la forma prevenida en el artículo 553 del Código Judicial.

Los fundamentos de hecho de tales peticiones los sintetizó el Tribunal de la manera siguiente:

"La colisión que determinó el accidente, se produjo en el momento mismo en que las ruedas delanteras del camión se acercaban a los rieles del ferrocarril, en forma tal que la locomotora

del tren lo arrolló por su parte delantera, arrojándolo a gran distancia y produciendo su volcamiento y destrozo total, lo mismo que el lanzamiento de sus ocupantes, el ya citado Burgos, y un ayudante suyo, quienes, como consecuencia, recibieron graves lesiones, especialmente el primero, quien falleció poco después.

"El cruce o pasa-nivel, en donde se sucedió el accidente de que se trata, es paso obligado para los vehículos que se dirigen de Zipaquirá a Cogua y Ubaté; y se afirma que carece de toda visibilidad para los vehículos que transitan por la carretera, de manera que un tren que se dirija de sur a norte, no puede ser visto por los vehículos que transiten por ésta. Se afirma igualmente, que el día del accidente, el cruce en referencia, no tenía aparato de seguridad o guardavía que indicara el paso de los trenes, y que el que produjo el accidente, pasó a gran velocidad y sin anunciarse con el pito, razones éstas por las cuales el conductor del camión accidentado, no pudo darse cuenta de que en el momento en que trataba de atravesar la vía férrea, se acercaba el tren que lo arrolló, y, por lo tanto, no hubo de su parte culpa alguna en el accidente.

"El conductor del camión, señor Torres Burgos, era chofer profesional al servicio de la "Empresa de Transportes Alianza S. A.", en donde gozaba de plena confianza "por su responsabilidad y cuidado en la conducción de vehículos", y el día del accidente, que era de descanso, conducía el camión accidentado con un cargamento de cepas de árboles y raíces destinados a los expendios de carne de un pariente suyo.

"Torres Burgos había nacido el 7 de abril de 1928, de modo que en la fecha de su muerte, tenía 24 años cumplidos, era de buena contextura y capacidad física, y gozaba de salud completa. Estaba casado con la señora Lilia Elvira Garzón Cañón, de cuyo matrimonio nació una niña a quien bautizaron con el nombre de Nancy Elvira.

"Como los esposos Torres Garzón, carecían de bienes de fortuna, los gastos íntegros del hogar eran sufragados con lo que ganaba Torres Burgos como chofer de la "Empresa de Transportes Alianza S. A.", y que ascendía a la suma de $ 240.oo mensuales, más las correspondientes primas y bonificaciones. Por consiguiente, su muerte produjo el completo desamparo de la señora Lilia Elvira, de su hija Nancy, y del hijo que estaba por nacer, pues aquélla se encontraba en estado de gravidez para la época del accidente en que perdió a su esposo".

El señor Fiscal Tercero del Tribunal contestó el traslado de la demanda diciendo no constarle los hechos, negando el derecho invocado y solicitando la absolución de la Nación.

El señor apoderado del Consejo aceptó unos pocos hechos y pidió la absolución de la entidad que representaba.

La presentación de la demanda, su notificación y contestación tuvieron lugar en el año de 1952.

La primera instancia se tramitó con intervención del aludido Fiscal y el apoderado nombrado por el señor administrador del Consejo o su sustituto, hasta el proferimiento del auto de 13 de noviembre de 1957, en el cual, basado el Tribunal en que por decreto 3129 de 1954 quedó extinguido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, en que el mismo decreto creó la "Empresa de los Ferrocarriles Nacionales", y en que en el parágrafo del artículo 5º dispuso que "el Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales", declaró que "la actual empresa de los Ferrocarriles Nacionales es ajena a este negocio y, por tanto, no es necesario que se hagan notificaciones a sus personeros".

Con fecha de 20 de mayo de 1960 el Tribunal dictó la sentencia que puso fin a la primera instancia y en cuya parte resolutiva decidió:

"Primero.— Declárase que la Nación Colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales causados a Lilia Elvira Garzón Cañón de Torres Burgos y a la menor Nancy Elvira Torres Garzón, y responsable de los perjuicios morales causados a la primera con motivo de la muerte del señor Luis Felipe Torres Burgos, acaecida el día diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), en el accidente sucedido a eso de las cuatro y media de la tarde en el pasa-nivel, o lugar donde la línea férrea, Ferrocarril Central del Norte, atraviesa la carretera que de Zipaquirá conduce a Cogua y Ubaté, o mejor: el ramal que une las carreteras que de Zipaquirá conduce a Cogua y de Zipaquirá conduce a Ubaté, cuando el tren que viajaba de sur a norte, de Zipaquirá a Barbosa e intermedias, arrolló el camión de cuatro toneladas de placas números 28109 de Zipaquirá, produciendo la muerte casi instantánea de su conductor el señor Luis Felipe Torres Burgos, la destrucción del vehículo, y lesiones de alguna gravedad al señor José Garzón R.".

"Segundo.— En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana a lo siguiente:

a).— A pagar a las nombradas Lilia Elvira Garzón Cañón de Torres Burgos y Nancy Elvira Torres Garzón representada por aquélla, los perjuicios materiales sufridos por ellas a causa de la muerte del citado señor Luis Felipe Torres Burgos, y consistentes en la falta de ayuda económica que éste les prestaba.

"Parágrafo.— El monto de estos perjuicios se determinará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta las observaciones consignadas al respecto en la parte motiva de este fallo.

b).— A pagar a la señora Lilia Elvira Garzón Cañón de Torres Burgos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.oo) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales de orden subjetivo.

"Tercero.— No hay lugar a condenar en costas".

Dos magistrados salvaron el voto en cuanto la sentencia se abstuvo de hacer condenación respecto a perjuicios morales a favor de la menor.

De tal providencia apelaron tanto el señor Fiscal del Tribunal como el señor apoderado de la demandante.

Ante esta corporación se han surtido los trámites propios de la segunda instancia.

En su extenso alegato el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación, afirma que el accidente en el cual perdió la vida Luis Felipe Torres Burgos se debió a culpa del conductor de la locomotora "quien según las pruebas aportadas al expediente ni redujo la velocidad al acercarse al sitio del cruce con la carretera, ni indicó la presencia del tren con el pito"; y que "a la negligencia o descuido de dicho conductor como agente o funcionario al servicio del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se agregan la de esta entidad o persona jurídica de no haber cumplido antes con la obligación de mediana prudencia, y legalmente establecida, de colocar en ese sitio guarda vías o empleado que diera aviso y estorbara a los conductores o transeúntes cuando se acercaran trenes en marcha". Pero niega que a la Nación pueda hacérsele responsable de tales hechos, ya que el maquinista en referencia no era dependiente de ella sino del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, "entidad autónoma de derecho privado con personería legal suficiente y con capacidad para comparecer en juicio como demandada".

Por otra parte, considera que no podía demandarse solidariamente a la Nación y al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales puesto que, el conductor de la locomotora que causó la muerte a Luis F. Torres no era empleado del servicio de la Nación. Que no es verdad, como lo afirma el Tribunal, que al quedar suprimido desde el primero de diciembre de 1954 el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y reemplazado por la "Empresa de los Ferrocarriles Nacionales" hubiera asumido no solamente la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso, para cubrirlo ella, sino también el que "en potencia de existir pudiera presentársele en el futuro mediante reconocimiento judicial", puesto que tal alcance no tuvo el decreto 3129 de 1954. Que "no basta para conferirle personería sustantiva como parte demandada con capacidad para ser parte por pasiva a la Nación el hecho de que se la haya demandado y haya figurado en el juicio procesal"; que "la Nación carece de personería sustantiva para figurar como demandada o capacidad para ser parte, que se resuelve en la ilegitimidad de la personería sustantiva como tal"; que "el Tribunal ha debido examinar la ocurrencia de los presupuestos procesales y haber concluído que sólo existía el de la capacidad procesal". Termina su alegato afirmando que: "todo lo dicho conduce a la meta de la necesidad de revocar la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar decidir: a) Absolver a la Nación de los cargos declarados en las condenas proferidas contra ella por el Tribunal fallador; b) o previamente declarar que faltan los presupuestos procesales indicados en los apartes precedentes".

El apoderado de la parte demandante no presentó alegato.

Se considera:

De conformidad con la ley 29 de 1931, creadora del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, éste disfrutaba "de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma", "ejercía todas sus funciones con completa independencia", podía "presentarse ante los Tribunales o autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción que considerare conveniente o necesaria para la buena administración o desarrollo de los bienes confiados a su cuidado"; pero no tenía absoluta libertad en cuanto a disposición de los bienes que administraba (por ejemplo: según el art. 11 de dicha ley, deducidas las reservas y gastos allí

expresados, el resto del producto neto de la explotación debía consignarse en la Tesorería General de la República), y el Contralor General debía hacer "anualmente una revisión de los libros registros y cuentas de los Ferrocarriles administrados por el Consejo y rendirá el informe correspondiente al Presidente de la República". (Art. 3º). Era, pues, un organismo administrativo, creado por la ley dentro del principio de la descentralización por servicios, para administrar con gran autonomía un determinado sector del patrimonio nacional, pero no era una persona jurídica privada, independiente del Estado, a la que éste le hubiera traspasado, mediante el cumplimiento de las formalidades legales del caso, la propiedad de los bienes que estaba llamada a administrar.

Tal calidad de órgano de la administración fue acentuada por el Decreto 1420 de 1943 que declaró que la "dirección y administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, quien la ejercerá por delegación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales creado por la ley 29 de 1931". Otro tanto hizo el decreto 2645 del mismo año, pues si en su artículo 2º insistió en dar al Consejo "las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el administrador general", que ejercerá todas sus funciones con una completa independencia, al mismo tiempo preceptuó que el Consejo "tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios".

De las disposiciones legales antes aludidas fluye esta consecuencia importante: que respecto a los litigios que surgieran con ocasión de la gestión del Consejo, las demandas debían dirigirse contra éste, representado por su administrador general, y que sólo los bienes objeto de dicha gestión debían quedar afectados a las resultas de tales juicios.

Estas conclusiones, por lo demás, fueron las deducidas por la jurisprudencia más constante de la Sala. "Se deduce, pues, de lo dicho que dentro de las características que la ley quiso asignarle a este establecimiento, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si dependiente del Estado en cuanto a la forma y términos como cumple su función puramente administrativa, es sin embargo en el campo de la vida civil una persona jurídica independiente y autónoma, capacitada como tal para comprometer sólo su personal responsabilidad en los bienes que administra, mas no los de la Nación en el patrimonio general de que fue expresamente separado" (G. J. T. LXVIII Nº 2089-2090 y 2091, pág. 674), dijo en una ocasión. Y en otra: "... Se agrega que en todo lo que tiene relación con los bienes dados a él en administración por el Estado, hay personería privativa en el Consejo. Bien sea que los bienes estén o hayan estado bajo su guarda, y siempre que se trate de algo referente a ellos, como su posesión, su reivindicación, los créditos activos o pasivos originados en el manejo de tales bienes..." (G. J. T. LXXVIII, Nº 2146 pág. 820).

Pero si era al Consejo a quien debía demandarse para deducir obligaciones surgidas con ocasión de la administración de los ferrocarriles y sólo los bienes sometidos a tal administración debían quedar afectados a las resultas de los juicios, nada podía oponerse, sin embargo, a que un litigante dirigiera también su demanda contra la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, como acaeció en el caso de estudio, porque la considera deudora solidaria del Consejo, lo que llevaría implícita la pretensión de que ella debía hacer frente a la obligación demandada con los elementos comunes y generales del patrimonio nacional.

Por consiguiente no era inepta la demanda que dió lugar a este juicio por haberse dirigido tanto contra el Consejo, representado por su Administrador, como contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público. Como tampoco lo era por razón del trámite a que fue sometida, ya que se estaba en presencia de pretensiones deducibles por la vía ordinaria. En cuanto a competencia, el Tribunal Superior de Bogotá era el juez de primera instancia de la Nación, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial; y también lo era del Consejo, bastando para fundamentar ésto indicar que el artículo 2º del decreto 2645 dejó claramente establecido que el Consejo gozaría "en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación".

Respecto a la capacidad para ser parte y la procesal, es obvio que la tenía la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público; e igualmente el Consejo, representado por su Administrador, de conformidad con las disposiciones legales arriba transcritas, que le reconocieron los atributos de la personalidad.

Se encontraban, por tanto, satisfechos los presupuestos procesales en el presente juicio, con-

trariamente a lo sostenido por el señor Procurador Delegado, por lo que hizo bien el Tribunal en darle curso a la demanda y proferir en su oportunidad una sentencia de mérito.

Entrando al fondo del negocio, debe en primer lugar dilucidarse lo relacionado con la legitimación de la Nación para ser sujeto pasivo de la obligación cuya declaración se demandó en el libelo, cosa negada por el señor Procurador Delegado, como ya se dijo.

Durante la tramitación del juicio, iniciado en 1952, se expidió el Decreto 3129 de 1954, en desarrollo de la ley 17 de 1952, y entre otras cosas, dispuso las siguientes:

"Artículo 1º— A partir del primero de diciembre de 1954 queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la ley 29 de 1931, y por el Decreto número 1695 de 1931".

"Artículo 2º— Creáse a partir del primero de diciembre de 1954 una empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia", destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial, y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que se regirá por los siguientes estatutos..."

"Artículo 5º— El patrimonio de la Empresa estará integrado por todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y de los que posteriormente adquiera la Empresa".

"Parágrafo.— El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

Resulta, pues, que uno de los sujetos de la relación jurídico procesal, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, dejó de existir por obra del legislador durante la secuela del juicio, y que dicho legislador, sin duda en atención a la naturaleza especial de tal organismo dispuso que la Nación asumiera la totalidad del pasivo del Consejo existente en el momento en que los bienes que éste administraba pasaron a la empresa "Ferrocarriles de Colombia", o sea, en primero de diciembre de 1954. El señor Procurador le da un sentido restringido, estrictamente contable, según parece, a la palabra pasivo, y no admite, en consecuencia, que a la Nación pueda hacérsele efectiva una obligación cuya declaración judicial sólo podía producirse con posterioridad a la mencionada fecha; mientras que el Tribunal estimó que, por no haber hecho distinción el legislador, tal vocablo debía comprender también las obligaciones "en potencia de existir concretamente mediante su reconocimiento judicial". Dada la naturaleza especial del Consejo, de ser un organismo descentralizado en grado sumo, pero que no era una persona privada independiente del Estado, con bienes que a su disolución subsistieran como específica prenda común de sus acreedores, considera la Sala que la interpretación del Tribunal es la más aceptable, y que por consiguiente, la disposición legal en examen hizo referencia no sólo a las obligaciones que en la fecha antes indicada aparecieran como ciertas en la contabilidad del Consejo, sino a todas aquéllas que aunque pudieran ser objeto de una declaración judicial posterior a tal fecha, tuvieran su causa en hechos acaecidos antes del mencionado momento.

Ahora bien, los que sirven de fundamento a las pretensiones de las demandantes, ocurrieron en el año de 1952; luego no hay inconveniente en que puedan deducirse a la Nación las correspondientes obligaciones, caso de que realmente hubiera surgido a cargo del Consejo. No es que se viole regla alguna sobre relación de dependencia entre el autor del daño y la persona llamada a responder por él, sino que habiéndose producido un caso de sucesión procesal, en virtud del cual la Nación, por mandato legal expreso, vino a ocupar el lugar del Consejo, se puede declarar contra aquélla una obligación nacida a cargo de éste. Aparte de que las demandantes no sólo consideraron al Consejo como responsable por el hecho del conductor de la locomotora que chocó contra el camión que conducía Luis Felipe Torres, sino que también le imputan responsabilidad por razón de la omisión de todo medio precautelativo en el paso a nivel donde ocurrió el accidente. Desde luego, la cuestión de la solidaridad desaparece de la litis por sustracción de materia.

La aludida sucesión procesal quedó facilitada al máximo por la circunstancia de haber sido demandada desde un principio la Nación juntamente con el Consejo, por lo que bien pudo proseguirse normalmente el trámite del juicio no obstante la desaparición de dicho organismo.

Sentado, como queda, que la Nación está legitimada para ser sujeto pasivo de la posible obligación cuya declaración se impetra en el libelo, es del caso entrar a considerar la existencia de dicha obligación.

En autos aparecen comprobados los siguientes factores:

A).— *Unos perjuicios sufridos por las demandantes.*— De copias de las respectivas partidas notariales resulta que Lilia E. Garzón Cañón estaba casada con Luis F. Torres Burgos y que de ese matrimonio nació en septiembre de 1951, Nancy E. Torres Garzón. Igualmente que el mencionado Luis F. Torres Burgos murió el 19 de julio de 1952, como consecuencia de un fuerte traumatismo craneal en accidente de tránsito, el ocurrido al chocar una locomotora con el camión que él conducía.

De las declaraciones de Rafael María González, Carlos A. Baquero, Alfonso Páramo y Pedro Mendoza M. aparece que Luis Felipe Torres era el único sostén de su familia y que trabajaba como chofer en la "Empresa de Transportes Alianza". Cae de su peso que la muerte de éste constituyó un perjuicio cierto de orden material para su señora y su hija. Además que su esposa debió sufrir un gran dolor por su desaparición. La menor Nancy, que en ese entonces apenas contaba diez meses de edad, seguramente no experimentó un dolor análogo; pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por la falta de un padre. Contrariamente, pues, a lo sostenido por la mayoría de la Sala falladora del Tribunal, debe admitirse que la menor Nancy también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material de que se acaba de hablar. Bien sabido es que, según la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, el perjuicio futuro, pero cierto es indemnizable.

B).— *Una culpa.*— Admitió el señor apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales al contestar la demanda, que en el lugar en que la línea férrea de Zipaquirá a Bogotá intercepta a la carretera que de aquella ciudad conduce a Cogua y Ubaté no existía talanquera ni cadena ni aparato de seguridad ni guarda vía, ni cosa alguna que indicara o señalara a los conductores de automóviles la aproximación de trenes o autoferros, si bien alegó que los ferrocarriles no tenían obligación de tomar tales precauciones, "por tratarse de un camino municipal que da acceso a propiedades particulares, que no tenía la categoría de carretera nacional, departamental o vía pública cuando fue construído el ferrocarril". Tal ausencia de medios precautelativos aparece corroborada por lo observado en la diligencia de inspección ocular que se practicó en el sitio. De las declaraciones de testigos recibidas en la misma diligencia y del dictamen pericial rendido sobre las causas del accidente, se concluye que en las inmediaciones del cruce de la línea férrea con la carretera, ésta estaba bordeada de árboles y maleza que hacían imposible notar la aproximación de un tren al conductor de un vehículo automotor. De la misma inspección y de un informe que la Secretaría de Obras Públicas Departamentales rindió al Departamento Legal de los ferrocarriles, allegado en copia debidamente auténticada al expediente a solicitud del apoderado del Consejo, resulta que la carretera en referencia es una vía pública, si bien municipal, que "enlaza la carretera troncal que de Zipaquirá conduce a Ubaté con la que de Cogua empalma con la anterior en el sitio de San Carlos". No era, pues, una simple vía de acceso a propiedades particulares como afirma el señor apoderado del Consejo.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 76 de 1920, "en todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos se establecerán barreras que deban cerrarse, si posible, automáticamente, con la debida anticipación antes del paso de los trenes y abrir después de que éste se efectúe". Y a tenor del artículo 26 *ibidem* las "empresas férreas están obligadas a estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes".

Es por demás evidente que la omisión por parte del Consejo de las medidas de precaución ordenadas en las anteriores disposiciones legales constituyó una culpa del mismo, tanto más grave cuanto que las condiciones especiales del paso a nivel las exigían imperiosamente, como quiera que, como se vió, la carretera estaba allí bordeada de árboles y malezas que quitaban toda visibilidad sobre la línea férrea.

C).— *Un nexo causal entre la culpa y el daño.* — De las declaraciones de Antonio Díaz, Tránsito Díaz, Eusebio Díaz y otros se infiere sin duda alguna que el 19 de julio de 1952 un camión que era conducido por Luis F. Torres fue arrollado por la locomotora de un tren que viajaba de sur a norte en el cruce o paso a nivel a que se ha hecho referencia anteriormente, a resultas del cual accidente quedó gravemente lesionado, y posteriormente falleció, el aludido Luis F. Torres. Esto, por lo demás, fue aceptado por el apoderado del Consejo al descorrer el traslado de la demanda.

Dadas las circunstancias ya anotadas de que en el paso a nivel no existía medio alguno para dar aviso a los transeúntes de la aproximación de trenes, y que la visibilidad sobre la línea fé-

rrea era nula, es por demás obvio concluír que fue la ausencia de tales medios precautelativos la causa de la colisión entre el tren y el camión que conducía Luis F. Torres Burgos, y de la cual éste perdió la vida.

Ahora bien, el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre esta y aquél son precisamente los elementos configurativos de la responsabilidad civil, a que hace referencia el artículo 2341 del Código Civil. Por consiguiente, se imponía declarar responsable a la Nación, como sucesora del Consejo, de los perjuicios ya anotados que sufrieron las demandantes, y, por lo tanto, condenarla a efectuar la indemnización correspondiente. A este respecto actuó bien el Tribunal *a-quo,* con la salvedad ya indicada respecto a los perjuicios morales sufridos por la menor Nancy Elvira.

Conviene anotar que como ya se dijo, las demandantes responsabilizan al Consejo por razón de la actuación del maquinista de la locomotora, y que el Tribunal, al estudiar este aspecto, entra en consideraciones en torno tanto a la peligrosidad de la actividad de conducción de trenes como a la de la conducción de vehículos automotores que transitan por carreteras. Pero, apareciendo cierto como se vió, que el Consejo incurrió en culpa por no haber cumplido con las prescripciones legales respecto a medidas de precaución en los pasos a nivel, y que esa culpa fue la causante del daño, resulta innecesario, para los fines de la decisión de este litigio, entrar a estudiar tales consideraciones del fallador de primer grado.

La indemnización.— Para fijar el importe de la reparación de los perjuicios que sufrieron las demandantes, el apoderado de éstas hizo practicar un dictamen pericial, según el cual la Nación debía pagar un total de $ 57.224, por perjuicios materiales y morales. El Tribunal sin embargo rechazó tal peritación por carecer de una debida fundamentación.

Los peritos tomaron como base de sus cálculos la suma de $ 240.oo que según pruebas allegadas al juicio, era la suma mensual que devengaba Luis F. Torres B. Esta suma la aumentaron en un 15 por ciento, para adaptarla "al decreto legislativo vigente"; dedujeron luego $ 40.oo, en que estimaron lo que Torres hubiera podido destinar a gastos personales distintos de alojamiento y alimentación y sostenimiento de su esposa e hija, y así determinaron lo que habría podido devengar en los 26 años, que, según ellos, le quedaban de vida. A ese total le dedujeron un 25 por ciento, "para promediar ingresos y descuentos, para compensar tanto el hecho de que si la sentencia es favorable a la demandante va a recibir de una vez ese producido y no por mensualidades, como también la posible devaluación de la moneda". En cuanto a los perjuicios morales los estimaron en la suma de $ 2.000.

Indudablemente tal dictamen carece de la debida fundamentación que habría requerido, de conformidad con los artículos 716, 721 y 723 del Código Judicial.

En primer lugar, no es aceptable el aumento del salario en un 15 por ciento, pues lo que aparece probado en autos es que el salario que devengaba al mes era de $ 240.oo. Tampoco lo es la reserva de $ 40.oo para gastos estrictamente personales del difunto, lo que apenas representaría un 16 por ciento del sueldo.

De otra parte es completamente arbitraria la deducción de un 15 por ciento sobre la suma total, "para promediar ingresos y descuentos". En realidad la deducción ha debido ser de las utilidades que para las demandantes iba a producir el recibo anticipado de todas las mensualidades que habrían percibido del occiso, o sea, que han debido descontarse los intereses de tales sumas; ya que habiendo sido sucesivo el daño, si la obligación indemnizatoria se satisface en un solo acto, anticipándose todas las prestaciones sucesivas, "es lo más natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones", puesto que "la indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción económica adecuada tampoco quiere ir mas allá, enriqueciendo indebidamente al patrimonio lesionado". (G J. T. LV números 1996 y 1997, pág. 413).

Las anteriores observaciones son suficientes para concluír con el Tribunal, que la peritación debe ser desechada. En consecuencia, el monto de la reparación deberá ser fijada mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial tal como se dispuso en la sentencia.

Como base de los cálculos se tomará la suma de $ 240.oo mensuales. Para gastos estrictamente personales del occiso se calculará un 33 por ciento. El Tribunal señaló un 25 por ciento considerándolo como el acordado por la jurispru-

dencia para tales gastos. En la providencia por él citada se señaló ese porcentaje, pero en vista de la situación concreta que allí se contempló: una familia supérstite integrada por la esposa y nueve hijos. Como en el caso *sub-judice* las obligaciones de Luis F. Torres estaban reducidas a su esposa y una niña, parece justo reservar para gastos personales de éste el referido 33 por ciento. La vida probable de éste se calculará según los datos que al respecto suministran las compañías de seguro de vida, para los habitantes de la región del país en la que vivía, Zipaquirá, teniendo en cuenta su profesión, chofer de bus. La suma total, con deducción de los intereses que ella produciría, se calculará de conformidad con lo que al respecto establecen las tablas de Garuffa.

Por lo que hace a la indemnización de los perjuicios morales subjetivos, se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 95 del Código Penal, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte, como en consecuencia se fija en $ 2.000.oo para la cónyuge y en $ 1.000.oo para la hija.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º— Declárase que el Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por LILIA ELVIRA GARZON CAÑON DE TORRES y la menor NANCY ELVIRA TORRES GARZON por razón de la muerte violenta de Luis Felipe Torres Burgos, acaecida el 19 de julio de 1952, como consecuencia del accidente ocurrido en el cruce del Ferrocarril Central del Norte con el ramal de carretera que une la carretera que de Zipaquirá conduce a Cogua con la que de Zipaquirá conduce a Ubaté, y al cual se ha hecho referencia en esta providencia.

2º— Condénase al Estado colombiano a pagar a Lilia Garzón Cañón de Torres y a la menor Nancy Torres Garzón, representada por aquélla, los perjuicios materiales sufridos por ellas a causa de la muerte del citado Luis F. Torres Burgos y consistentes en la falta de la ayuda económica que éste les prestaba. El monto de estos perjuicios se determinará mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases dadas en la parte motiva de este fallo.

3º— Condénase al Estado colombiano a pagar la suma de $ 2.000.oo a la expresada Lilia E. Garzón de Torres y $ 1.000.oo a la menor Nancy E. Torres Garzón, como indemnización de los perjuicios morales subjetivos.

En los anteriores términos queda modificada la sentencia apelada.

Sin costas.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA

El contrato de obra pública debe recaer, como condición esencial, sobre un inmueble. El contrato de suministros, por el contrario, tiene por objeto cosas muebles. Distintos sistemas de fijación del precio en los contratos de obras pública. En qué consiste el denominado de administración delegada. Por regla general el contratista no tiene la representación de la administración.

El contrato de obra pública, celebrado por la Administración con personas naturales o jurídicas, tiene por objeto la construcción, reparación, mantenimiento, etc., de una obra destinada a satisfacer una necesidad del servicio público, la cual debe recaer, como condición esencial, sobre un inmueble, mediante el señalamiento de un precio ajustado entre los contratantes.

Como el contrato sobre obra pública debe tener por objeto un inmueble, como la construcción de un edificio, carretera, etc., o cuando menos un inmueble por destinación, no puede confundirse o asimilarse al de suministros, que tiene por objeto la entrega de cosas muebles directamente a la Administración por un precio previamente acordado.

El precio respecto del contrato de obra se fija en forma global, habida consideración de la importancia de ella; o bien por precio unitario según la categoría o naturaleza de la obra, cuya cuantía se precisa a la terminación de los respectivos trabajos; y en fin, prescindiendo de otros sistemas mixtos, por el nominado de administración delegada, **según el cual, la Administración paga el valor de la obra, más un porcentaje o una cantidad determinada al contratista en pago de sus servicios; por tanto, estos tres sistemas principales, no tienen por objeto investir al contratista de la representación de aquélla, sino el de fijar la norma o sistema para la determinación del precio respectivo.**

No obstante, pues, que la expresión "administración delegada" puede sugerir cierto grado de representación del contratista respecto de la Administración, sin embargo, en tesis general, el contrato en sí mismo no conlleva tal representación, para que ésta quedara obligada por los contratos celebrados por el contratista con destino a la ejecución de la obra.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado Ponente, doctor Efrén Osejo Peña)

El apoderado de Eduardo Mejía Mejía, con fundamento en el artículo 40 del Código Judicial, demandó a la Nación, para que, en la sentencia definitiva y previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, con citación del señor Procurador General, se la condene a pagarle la cantidad de $ 5.335.oo valor de 485 tubos de cemento suministrados a los contratistas de la construcción de la carretera "Troncal de Occidente. Cerritos-Arquía", en los meses de febrero, marzo y abril de 1954.

En cuanto a los hechos invocados como fundamento de la acción de condena ejercitada, adujo los siguientes:

"1).— Con fecha treinta de julio de 1951 se firmó en Bogotá un contrato entre la Nación, representada por los Ministros de Hacienda y de Obras Públicas, y la Raymond Concrete Pile Company of South America y la sociedad domiciliada en Medellín llamada Contratistas y Constructores Limitada, de conformidad con el cual estas dos compañías, obrando conjuntamente como contratistas de la Nación, se obligaban a ejecutar, por administración delegada, por cuenta de la Nación, las obras especificadas en la cláusula primera de dicho contrato. Entre las obli-

gaciones señaladas al contratista en la cláusula séptima está la de comprar, conseguir u obtener en el país o en el exterior el equipo, materiales y elementos necesarios para la ejecución de las obras, de acuerdo con el procedimiento que se indica en el anexo "B". El contrato en mención fue revisado por el Consejo de Estado y hallado ajustado a las autorizaciones legales por auto de 22 de noviembre de 1951.

"2).— En cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas por el contrato, y obrando como mandataria de la Nación de acuerdo con los principios elementales de los contratos de administración delegada, la compañía Raymond celebró diversos contratos de suministros, encaminados a la consecución de los elementos indispensables para la construcción de las obras que le fueron encomendadas.

"3).— El señor Charles L. Norris, actuando como representante de la Compañía Raymond y a nombre de las "Obras Públicas Nacionales", expidió durante los meses de febrero, marzo y abril de 1954 treinta órdenes de compra dirigidas al señor Eduardo Mejía Mejía de Chinchiná (Caldas). Dichas órdenes de compra versaban sobre tubos de cemento de 24 pulgadas, con un total de 485 tubos, a un precio unitario de $ 11.00 lo que da un valor total de cinco mil trescientos treinta y cinco pesos ($ 5.335.00) moneda corriente.

"4).— Los 485 tubos sobre que versaban las órdenes de compra firmadas por el señor Norris, empleado de la Compañía Raymond, a nombre de "Obras Públicas Nacionales", fueron oportunamente entregados al señor Jorge Arango, encargado de su transporte "por cuenta de la Compañía", tal como reza la indicación que figura en las órdenes.

"5).— La aclaración puesta en las órdenes de compra, de que los tubos deberían ser pagados por el señor Jorge Arango, hace presumir que entre la Raymond y el mencionado señor Arango se había celebrado un sub-contrato para la ejecución de alguna parte de las obras. Pero de ese contrato no hay constancia alguna, y aunque la hubiera la situación jurídica no cambiaría en lo más mínimo, ya que el contrato de suministro fue celebrado entre el señor Eduardo Mejía y la Compañía Raymond, obrando esta última en representación de las "Obras Públicas Nacionales". La indicación de que los tubos deberían ser pagados por el señor Arango no tiene ninguna fuerza vinculante para el vendedor Mejía.

"6).— Hasta el día de hoy el señor Eduardo Mejía Mejía, quien verificó los suministros a que se refieren las órdenes de compra antes mencionadas, no ha recibido el valor de los tubos ni de la Raymond ni del señor Jorge Arango, quienes no han negado los hechos en que se apoya esta demanda. Pero la Compañía alega que es al señor Arango a quien corresponde cancelar el valor de los suministros, mientras que éste sostiene que es la Compañía la que debe efectuar ese pago.

"7).— Como tanto la Compañía Raymond como el señor Arango, en caso de que hubiera habido un sub-contrato entre éste y aquélla, actuaban por delegación de las "Obras Públicas Nacionales", es lógico que al no producirse el pago por parte de los mandatarios se demande a la Nación, como mandante y beneficiaria de los suministros efectuados por mi representado, el señor Eduardo Mejía Mejía". (fs. 38 vto. a 39 vto. C. Nº 1).

Como fundamento de derecho de la acción citó el Título XXVIII del Libro IV del Código Civil, en especial —dice— el artículo 2186 del mismo Código.

Con la demanda presentó varias pruebas, como un ejemplar del Diario Oficial número 27821 de 5 de febrero de 1952, debidamente autenticado, que contiene el contrato celebrado por el Gobierno con las empresas contratistas, base del litigio según se verá más adelante; además, treinta órdenes de compra de los tubos de concreto, presentadas por el actor con el fin de probar la obligación de la Nación de pagar el precio de los dichos materiales.

El Procurador Segundo Delegado en lo Civil, a nombre de la Nación, contestó la demanda así: "Manifiesto que me opongo a que se hagan las condenaciones a cargo de la Nación que solicita el actor, porque no hallo que ellas tengan fundamento válido en hechos pertinentes debidamente comprobados. Niego en términos generales los hechos en que dice apoyarse dicho actor, y por consiguiente también las razones de derecho que afirma dan base a sus pretensiones".

Durante el término legal, tanto el actor como el procurador delegado, en representación de la Nación, solicitaron pruebas; y las que fueron practicadas se considerarán más adelante, en cuanto fueren necesarias para la solución del litigio.

En el alegato de conclusión, el procurador segundo delegado hace dos observaciones, a saber: primero, que las órdenes de suministro presentadas con la demanda, como documentos privados, emanados de un tercero, no son oponibles a la Nación; y segundo que, por carencia de las

estampillas de timbre, "Considera esta Procuraduría que han debido remitirse esos documentos introducidos con la demanda a la Administración de Hacienda Nacional respectiva, para que allí se examinara si era el caso de aplicar sanciones de orden fiscal a quien introdujo en juicio documentos sin el lleno de las disposiciones respectivas". (fs. 58 C. Nº 1º).

Las dos objeciones del procurador delegado inciden en petición de principio, porque el *supuesto de la pretensión* del actor consiste, precisamente, en que las órdenes de suministro de los tubos de concreto fueron expedidas por la compañía contratista, en su calidad de mandataria de la Nación; por tanto, si este supuesto resulta exacto, la Nación estaría en la obligación de pagar el precio de los tubos, según los artículos 1505 y 2186 del Código Civil, a la vez que tales documentos no estarían, como oficiales, sujetos al impuesto de timbre, según las normas legales coetáneas a la celebración del dicho contrato.

Por consiguiente, la Sala debe decidir si las empresas constructoras de obras públicas, mediante el sistema de *administración delegada*, actúan como simples mandatarias de la Nación, a quien obligan en los contratos por ellas celebrados; o si por el contrario, no tienen tal representación ni la obligan, en consecuencia, con los pactos celebrados a lo largo de la ejecución de la obra contratada.

I.— *Caracteres Generales del contrato.*— El contrato de obra pública, celebrado por la Administración con personas naturales o jurídicas, tiene por objeto la construcción, reparación, mantenimiento, etc., de una obra destinada a satisfacer una necesidad del servicio público, la cual debe recaer, como condición esencial, sobre un inmueble, mediante el señalamiento de un precio ajustado entre los contratantes.

Como el contrato sobre obra pública debe tener por objeto un inmueble, como la construcción de un edificio, carretera, etc., o cuando menos un inmueble por destinación, no puede confundirse o asimilarse al de suministros, que tienen por objeto la entrega de cosas muebles directamente a la Administración por un precio previamente acordado.

El precio respecto del contrato de obra se fija en forma global, habida consideración de la importancia de ella; o bien por precio unitario según la categoría o naturaleza de la obra, cuya cuantía se precisa a la terminación de los respectivos trabajos; y en fin, prescindiendo de otros sistemas mixtos, por el nominado de *"administración delegada"*, según el cual, la Administración paga el valor de la obra, más un porcentaje o una cantidad determinada al contratista en pago de sus servicios; por tanto, estos tres sistemas principales, no tienen por objeto investir al contratista de la representación de aquélla, sino el de fijar la norma o sistema para la determinación del precio respectivo.

No obstante, pues, que la expresión de *"administración delegada"* puede sugerir cierto grado de representación del contratista respecto de la Administración, sin embargo, en tesis general, el contrato en sí mismo no conlleva tal representación, para que ésta quedara obligada por los contratos celebrados por el contratista con destino a la ejecución de la obra.

II.—*Estipulaciones del contrato de obra celebrado por la Nación.*— Si en general, el contratista no asume la representación de la Administración, en el presente caso, según las estipulaciones expresas y claras del contrato de fecha 11 de octubre de 1951, tampoco las dos compañías contratantes quedaron con la facultad de representar a la Nación en la construcción y mejoramiento del sector de carretera especificado, como pasa a demostrarse.

En la cláusula primera, además de fijar el objeto del contrato, se determinó la forma, o sea, por "administración delegada", de acuerdo con las estipulaciones y reglamentaciones contenidas en el propio documento. Según la tercera, se autorizó al contratista para celebrar subcontratos, con esta expresa limitación: "Estos subcontratos se celebrarán bajo la exclusiva responsabilidad del Contratista, a precio unitario fijo, serán adjudicados mediante licitaciones privadas", con la sola aprobación del Interventor si el valor fuese hasta de cinco mil pesos; si fuera mayor con la necesaria aprobación del Ministerio de Obras Públicas.

Sobre el nombramiento de personal, en la cláusula sexta, se dice: "El Contratista organizará y administrará el trabajo en la forma que considere más aconsejable y económica. Por tanto, queda facultado para determinar el personal de las obras y podrá libremente nombrar, remover, reducir o suprimir el personal de empleados técnicos o administrativos, y obreros, que a su juicio requieren los trabajos, ya sea este personal colombiano o extranjero, sujetándose a la lista que adelante se habla..."

En la séptima se regula las obligaciones especiales del Contratista; y así, en el aparte b), se lee: "A comprar, conseguir u obtener en el país o en el exterior el equipo, materiales y elementos necesarios para la ejecución de las obras, de acuerdo con el procedimiento que se indica en el

anexo 'B'. Todos los descuentos, comisiones, rebajas o ventajas que obtenga el Contratista de parte de los proveedores, fabricantes o agentes de equipos, materiales, herramientas y enseres, en las compras que lleve a cabo, tantò en el país, como en el Exterior, deberán ser reconocidas a favor de la Nación para la obra..."

En el aludido anexo B se determina el procedimiento para la compra de equipos, materiales y otros elementos, con el fin de fiscalizar los precios de adquisición; y allí se ordena que el contratista presente la solicitud "de compra especificando el equipo, materiales y elementos que se van a comprar, en los siguientes casos:

a).— .....

b).— Para las compras dentro del país por un mismo materiál, equipo o elemento con destino a un mismo frente de trabajo, dentro del mismo mes, cuando su valor exceda de un mil pesos móneda corriente.

Aprobada la solicitud de compra por el funcionario competente, el Contratista debía solicitar las cotizaciones del caso, con el objeto de escoger la más favorable e impartir después la orden de compra.

En la cláusula novena, para que el Contratista pueda cumplir con las obligaciones contraídas, en el país o en el exterior, se dijo: "Los fondos se entregarán al Contratista en la siguiente forma: ..... b) Los fondos en moneda nacional para los gastos en las obras en el país, así como para el pago de la parte correspondiente a la remuneración del Contratista que debe pagarse en pesos colombianos, mediante anticipos trimestrales...", cuyas fechas enumera hasta completar un total de $ 13.090.350.oo.

Como consecuencia de estas entregas, en la cláusula décima se estipuló: "El Contratista se obliga a manejar directamente y bajo su responsabilidad los fondos que le entregue la Nación, y a rendir las cuentas correspondientes a la Contraloría General de la República y al Ministerio de Obras Públicas..."

Entre los gastos imputables al costo de las obras, en el aparte b) de la undécima cláusula, se enumeraron: "Los gastos y costos de adquisición y los que se hagan para llevar al sitio de las obras, y para poner en estado de ser usados, los equipos, materiales y elementos que se necesiten..."

En consecuencia, si el Gobierno se obligó a entregarles los fondos necesarios al Contratista, para que directamente y bajo su responsabilidad los administrara y si, además, entre los costos imputables a las obras se enumeraron los gastos de adquisición de materiales y elementos necesarios, no cabe la menor duda de que el Contratista, frente a terceros, contrataba en nombre propio, asumiendo las correspondientes obligaciones, como la de pagar el precio de las cosas muebles compradas con destino a la construcción, reparación y conservación de la carretera o sectores de las carreteras contratadas, según el documento publicado en el Diario Oficial número 27821 de fecha 5 de febrero de 1952.

III.— *Ordenes de compra expedidas al actor.* — Con la demanda presentó el actor treinta órdenes de suministro, firmadas por el gerente de la compañía contratista, Charles L. Norris, en formularios con el membrete de *"Obras Públicas Nacionales"* — "Orden de Compra", con la siguiente leyenda: "Dependencia Carreteras Nacionales — Contrato Raymond Co. Señor Eduardo Mejía M. Chinchiná — Ruego a usted suministrar al señor Contratista Jorge Arango — Los siguientes artículos con destino a Carretera Troncal de Occidente—" A continuación se ordena la entrega de distintas cantidades de tubos de cemento, todos de 24 pulgadas y al precio unitario de once pesos; pero con esta textual advertencia: "Para transportar Raymond a la obra de Contratistas — Para ser pagados por Contratista doctor Jorge Arango".

De la simple lectura de las transcripciones hechas, se deduce que la orden de compra o de suministro se hacían a favor del subcontratista, doctor Jorge Arango, quien asumía la obligación de pagar los materiales entregados, una vez que el contrato de compraventa se perfeccionaba, directamente, entre el actor, como vendedor, y el subcontratista, como comprador, por el hecho mismo de entregar, el primero, y de recibir, el segundo, los elementos cotizados y determinados en la respectiva orden de suministro o compra.

En tales condiciones, obviamente se deduce que no existe obligación, a cargo de la Nación, de pagar las distintas cantidades de tubos entregados por el actor al doctor Jorge Arango.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos formulados por el actor en la demanda presentada el 1º de julio del año de 1959.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García M., Secretario.

SALA PENAL

Los extractos de doctrinas sentadas por esta Sala durante el mes de junio fueron elaborados por el Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura; y los de los meses de julio y agosto de 1961, a cargo del señor Diego E. Cristancho M., Relator Judicial Auxiliar.

VEREDICTO Y SENTENCIA

Ni fue contradictorio el veredicto emitido por el jurado en el presente juicio por homicidio imperfecto, ni la sentencia condenatoria acusada está en desacuerdo con él. No prosperan las causales 7ª, 3ª y 1ª de casación que fueron alegadas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, ocho de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 6 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó al señor Diógenes Baca Barceló, como responsable del delito de homicidio, en el grado de frustración y que tuvo como sujeto pasivo al señor Rafael Ríos de Alba, a la pena de "seis (6) años, dos meses, veinte (20) días de presidio", y le impuso las penas accesorias del caso, fallo en el que, además, se absolvió, por el mismo delito, al señor Rómulo Rojas Donado.

HECHOS:

Entre cinco y seis de la tarde del 17 de junio de 1957 se presentó el señor Diógenes Baca, en compañía de los señores Rómulo Rojas Donado y Miguel de la Hoz, a la tienda del señor Rafael Ríos, ubicada en el barrio "El Porvenir", de la población de "Soledad", con el fin de cobrarle algún dinero del negocio de leche que existía entre los dos, cobro que dio lugar a agria disputa, la cual alcanzó a cambio de insultos entre sus protagonistas para amainar luego ante

la intervención de los amigos del señor Baca Barceló, quien con Ríos de Alba salió a la vía pública, donde reanudaron la discusión momentáneamente interrumpida, y en donde, como culminación y desenlace de ella, el predicho señor Baca Barceló disparó sobre el señor Ríos de Alba la carga de un revólver de cinco tiros que, al parecer, le facilitó el citado señor Rojas Donado, hiriéndolo en forma tan grave que solo la intervención médica y el adecuado tratamiento lograron salvarle la vida.

CALIFICACION DE LOS HECHOS:

El Juzgado Primero Superior de Barranquilla, en auto del 24 de enero de 1958, llamó a juicio a los señores Diógenes Baca Barceló y Rómulo Rojas Donado por el delito de homicidio en el grado de frustración, según se especificó en la parte motiva de esa providencia, llevado a cabo en la persona del señor Rafael Ríos de Alba, al primero como autor y al segundo como cómplice necesario, determinación que el Tribunal mencionado confirmó en proveído del 2 de marzo de 1959. Conforme a ese auto de proceder se propuso al Jurado, en la oportunidad legal, el siguiente cuestionario que conviene copiar junto con la respuesta que recibió.

"Cuestión primera: El acusado Diógenes Baca Barceló, de condiciones civiles conocidas de autos, es reponsable del delito de homicidio imperfecto en la persona de Rafael Ríos de Alba, por haber ejecutado todos los actos necesarios para producirle la muerte con el propósito de matar, pero que ésta no se produjo por circunstancias independientes de la voluntad del agente, mediante heridas producidas con arma de fuego de pequeño calibre, heridas descritas por los señores Médicos Legistas en el dictamen pericial obrante al folio 29 del cuaderno principal del expediente, hecho cometido en el Municipio de Soledad de este Departamento, el día diez y siete de junio de mil novecientos cincuenta y siete, aproximadamente entre las cinco y las seis de la tarde, todo de conformidad con el auto de proceder".

Veredicto reservado.
El Jurado responde:
Sí es responsable.

Esta respuesta del Jurado fue por unanimidad, y precisamente aparecen encima de las palabras en que se consigna los dos términos "Veredicto Reservado", exactamente como se acaba de hacer la reproducción.

El segundo cuestionario, propuesto con relación al señor Rómulo Rojas Donado, sobre la base, a su turno, de homicidio frustrado y complicidad necesaria respecto a éste, no es indispensable transcribirlo, en orden a que este sujeto nada tiene que ver con el recurso en examen, y apenas cabe advertir que la respuesta fue absolutoria y contiene el mismo mote de "Veredicto Reservado".

El expresado Juzgado, acogiendo las determinaciones del Jurado, en sentencia del 18 de diciembre de 1959, condenó, como responsable del delito de homicidio en el señor Rafael Ríos de Alba, dentro de la modalidad de frustración, al señor Diógenes Baca Barceló a la pena principal de "seis (6) años, dos (2) meses, veinte (20) días de presidio", y le impuso las penas accesorias del caso. Absolvió, en cambio y conforme al veredicto, al señor Rómulo Rojas Donado por el mismo homicidio frustrado. Este fallo, tanto en la condena como en la absolución, lo confirmó el Tribunal, sin ninguna observación ni reparo, en el suyo del 6 de agosto del año pasado, el cual corresponde y es el mismo contra el que se dirige el recurso de casación que se estudia y resuelve en esta providencia.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, elaborada conforme a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca y sustenta, dentro del mismo orden que se enuncian, las causales de casación previstas en los numerales 7º, 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la causal que se aduce en primer término, vale decir, de la séptima, el recurrente formula las consideraciones que en seguida se reproducen en lo sustancial:

"Los señores miembros del Jurado de Conciencia, en respuesta al cuestionario propuesto por el señor Juez Primero Superior de Barranquilla, dijeron por unanimidad su pensamiento sobre lo preguntado. De la lectura de este veredicto, que no es necesario hacer esfuerzo alguno mental, se llega a la conclusión de que se trata de un Veredicto Reservado, acompañado de otro público. Es decir, existe un veredicto fraccionado en dos proposiciones, una que no se ha vertido al exterior y otra que sí. Aceptando que hubiese veredicto, ¿qué es lo que ha permane-

cido en la conciencia de los señores Jurados y no ha sido vertido al exterior? ¿Será acaso esa cautela, esa guarda de una cosa, esa falta de comunicación, esa declaración que se hace en una setencia judicial de que por ella no se perjudique a alguna de las partes para que pueda deducir su derecho, como lo dice la Real Academia, lo que los Jurados se reservaron? ¿No es apenas de lógica que al existir reserva en un fallo, por lo menos asalte la duda de que esa reserva es la proposición que afirma lo que la otra proposición, la pública, afirma? ¿Siendo que es una proposición reservada puede francamente ser la contradicción de la proposición pública, acaso no se está ante la contradicción?

"Una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo. En tales condiciones, un fallo no puede ser, a la vez, reservado y público. O es lo uno o es lo otro, pero no puede participar de ambas situaciones porque entonces resalta la contradicción. Hay fallo reservado, entonces no se ha vertido al exterior, ha quedado guardado, hay cautela, hay sobre los mismos hechos fallo público y reservado; luego existe la contradicción".

En escrito presentado con destino a la audiencia pública, el recurrente insiste en las razones que se dejan transcritas, prácticamente sin introducirles modificaciones ni agregaciones.

La causal 3ª la sustenta el recurrente diciendo que la sentencia "a mi modo de entender está en desacuerdo con el veredicto puesto que no ha sido totalmente vertido al exterior, siendo por ello incompleta", apreciación que se formula con base en el planteamiento que propone la sustentación de la causal 7ª respecto a la contraposición entre un veredicto carente en absoluto de alcances, por su carácter de reservado, y otro que ha debido ser público pero que se desconoce y permaneció en la conciencia del Jurado.

"La circunstancia —dice el recurrente— de que los señores Jueces hayan dicho *veredicto reservado,* está indicando que no hay veredicto ya que éste debe ser público, y mal puede con fundamento en veredicto reservado, condenarse o absolverse.

"En ninguna de las páginas de nuestro estatuto penal se ha permitido que los Jurados de Conciencia se guarden parte del veredicto, porque no es otra cosa la reserva.

"Es decir, hay dos veredictos: uno público y otro privado.

"Así las cosas, no habiendo veredicto, el señor Juez, no podía dictar sentencia, a no ser como sucedió, fallando en desacuerdo con el veredicto. No existiendo éste por permanecer en reserva, y conste que está escrito de puño y letra de los Jurados, no podía dictarse fallo".

....

"De ahí el porqué, honorables Magistrados, resalta el que se ha producido plenamente la causal invocada, de haberse dictado sentencia en desacuerdo con el veredicto, que no lo hubo".

La tesis, sustentada con invocación de la causal 3ª, parece ser, conforme a los transcritos conceptos, acaso un poco contradictorios, la de que no existió veredicto, en orden a que ese que fue motejado de reservado, carece de significado jurídico, pero como se dictó setencia, la verdad es que ello ocurrió en desacuerdo con aquel veredicto al que se le niega vida legal, o para emplear los mismos términos del recurrente, *"que no lo hubo"*.

La causal 1ª la sustenta el recurrente, diciendo que en el proceso no aparece comprobado el propósito de matar con respecto al señor Baca Barceló, y que incluso hay dudas en relación con el hecho de que hubiera sido el autor de las lesiones que padeció el señor Ríos de Alba, dudas que deben ser absueltas a favor del procesado.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, dentro del concepto que emitió para responder al traslado que le fué corrido de la demanda que se reseñó, luego de un estudio minucioso de ella conforme a cada una de las causales invocadas, solicita se deseche el recurso de casación propuesto.

SE CONSIDERA:

Para que un veredicto pueda considerarse como contradictorio es necesario que contenga proposiciones que se nieguen entre sí. En el caso de autos en manera alguna se registra ese evento, toda vez que el veredicto con respecto al señor Baca Barceló aparece expresado, como atrás se vio en su transcripción, en una sola proposición, la cual, en verdad, es absolutamente simple, clara y precisa, circunstancia que lo sustrae a la más mínima posibilidad de contradicción.

Ese veredicto, elaborado conforme a la deliberación a que se refiere el parágrafo del artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, lo entregó el Jurado al señor Juez de la causa, quien lo leyó a con-

tinuación, en alta voz y en presencia del público que asistía a las audiencias. De todo esto se dejó constancia en el acta de ellas, así:

"El señor Presidente declara concluídos los debates e inmediatamente entrega a los jueces de conciencia el expediente y las dos preguntas que habrán de resolver instruyéndolos sobre que deben deliberar secretamente entre ellos, nombrar un presidente dentro de su seno para que dirija las deliberaciones y que el veredicto deben proferirlo por unanimidad o mayoría de votos y los invita a pasar a una sala especial adyacente al salón de audiencia separado totalmente del público. Los Jurados entraron a deliberar y siendo las 6 y 15 p. m., salen de sus deliberaciones y entregan el expediente y las cuestiones resueltas al señor Presidente, quien dispone que todo el público asistente y las partes se pongan de pie y acto seguido procede a darle lectura a las preguntas y los veredictos, en alt avoz"...

En estas condiciones resulta impropio, fuera de lugar y contrario a la realidad pretender que el veredicto con relación al señor Baca Barceló hubiera tenido el carácter de reservado. Ese veredicto, como el correspondiente al señor Rojas Donado, desde el mismo momento en que el Jurado lo colocó en manos del señor Juez, revistió el carácter de público, hecho que en manera alguna lo puede modificar, desviar y mucho menos negar la frase "Veredicto Reservado" que los juzgadores de hecho le colocaron encima, frase o remoquete sin trascendencia y sin relación con la pregunta formulada, la cual, en verdad, es como si no se hubiera escrito. Sostener cosa distinta es, indiscutiblemente, oponerse, sin ningún fundamento ni razón, a lo que en sí mismo enseñan los hechos, tozudos e insobornables en su elemental valor demostrativo. Ese veredicto, por lo demás, fue veredicto único y entonces, como es obvio, no puede buscársele contradicción con otro diferente, que ni aparece a lo largo de los autos, ni se emitió ni podía emitirse. En estos términos, como fácilmente se comprende, no puede prosperar la causal 7ª que invoca el recurrente en primer lugar.

El señor Baca Barceló, según quedó explicado atrás, fue llamado a juicio por homicidio frustrado y el cuestionario se redactó, como era de imperiosa necesidad, de acuerdo con esa modalidad delictuosa, la cual fue acogida por el Jurado en el veredicto, lacónico y preciso, que profirió. Con fundamento en ese veredicto el señor Juez dictó la sentencia que luego confirmó el Tribunal Superior en la suya, que es materia del recurso que se estudia. La condena se operó, pues, en razón de ese tipo de homicidio imperfecto y así aparecen aplicados el artículo 362 del Código Penal en concordancia con el 17 de la misma obra. En estas condiciones tampoco puede prosperar la causal 3ª de casación, puesto que hay perfecta armonía, contra lo que supone el recurrente, entre los cargos del auto de proceder, el veredicto del Jurado y la sentencia acusada.

Respecto a la causal 1ª, invocada en último término por el recurrente, se expresa así el señor Procurador:

"Sin hacer mayor esfuerzo dialéctico, se llega a la conclusión por este Despacho que el cargo es improcedente dentro de la causal primera de casación por cuanto se apoya en una cuestión relativa a la comprobación de un hecho que es elemento constitutivo del delito: *la intención de matar,* en el homicidio. Y el cual ni siquiera puede ser controvertido en casación dentro de la causal segunda, que si es la pertinente para alegar lo relacionado con la errónea valoración de dichos hechos, en procesos como éste se haría por parte de la honorable Corte una declaratoria de contraevidencia del veredicto para lo cual esta honorable Corporación no está autorizada por la ley como sí lo están los falladores de instancia (artículos 537 y 554 del C. de P. P.).

"El Jurado en este proceso emitió su veredicto en el cual quedó reconocida la comprobación del elemento la intención de matar por parte de Baca Barceló, conforme se infiere de la lectura del cuestionario sometido a su consideración por el Juzgado de la instancia. (Ver folio 156 del 2º cuaderno).

"Así las cosas, no habiéndose producido la declaratoria de contraevidencia del veredicto en esta causa, un debate sobre los hechos allí aceptados como plenamente demostrados es improcedente dentro de la causal primera de casación. El cargo, en consecuencia, debe rechazarse y así lo solicita esta Procuraduría a la honorable Corte.

"Tampoco, pues, prospera la causal primera de casación".

La Sala comparte los razonamientos de su distinguido e ilustrado colaborador, los que en su parecer son suficientes para concluír, como lo hace el señor Procurador, en que no procede la causal 1ª, invocada en último término.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el con-

cepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y de que se hace expreso mérito en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

COMPLICIDAD PROPIAMENTE DICHA Y COMPLICIDAD CORRELATIVA. — CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAMENTE AGRAVANTES Y CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD.

Las penas fijadas por el sentenciador, en este proceso por homicidio agravado, obedecen a una dosimetría ajustada a las prescripciones del Código. Motivos innobles o fútiles. La preparación ponderada del delito. La complicidad previamente concertada.

1. La complicidad propia en el delito, en sus grados de necesaria y accesoria, regida por el concurso voluntario del agente a una empresa criminal cualquiera, tiene su expresión jurídica positiva en los artículos 19 y 20 del Código Penal. La complicidad correspectiva, atípica en su integración y circunscrita por mandato de la ley a los casos de homicidio y lesiones, la establece el artículo 385 de la misma obra, pero ella no se formula sino en el evento o hipótesis de no haber lugar, de ordinario por fallas probatorias, a deducir respecto de los partícipes del delito la responsabilidad que les sea adecuada según el grado de vinculación al reato.

2. La preparación ponderada del delito (37, 5ª, del Código Penal) no es la misma premeditación, si bien aquélla puede ser elemento de ésta. La ponderación en el proceso del delito quiere significar que los autores de la empresa criminal adoptan para lograrla precauciones y medidas que aseguren el éxito, bien haciendo del delito una actividad plural, proveyéndose de armas idóneas y suficientes o recurriendo a toda clase de factores favorables para su fin.

3. La circunstancia 9ª del artículo 37 del Código Penal no es de por sí constitutiva de asesinato, aunque pueda ser evidente que en un delito de homicidio cometido por varios sujetos la pluralidad de delincuentes haga precaria o imposible la repulsa o defensa del ofendido. Esa circunstancia la establece el Código por ser indicio de mayor peligrosidad el concertar la complicidad de otro u otros ya que el concurso de delincuentes facilita la comisión del hecho y permite a autores y cómplices no correr mayores riesgos y asegurar el fin propuesto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio ocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

En Sala Penal de Decisión el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por sentencia de 10 de junio del año próximo pasado, confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior del mismo distrito, que dispuso entre otros ordenamientos, condenar a Salvador Castellanos Burgos y Misael Ruge Castellanos, como responsables del delito de homicidio (asesinato) a las penas de veinte (20) años y diez y nueve (19) años de presidio, además de las correspondientes sanciones accesorias.

Contra la decisión aludida y por lo que respecta a estos dos procesados, sus defensores interpusieron y les fue concedido el recurso extraordinario de casación, de cuyo estudio entra a ocuparse la Corte, agotados como están sus trámites.

HECHOS:

Los resume el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal a folios 25 y 26 del cuaderno número 7:

"Desde las primeras horas de la mañana del día sábado 14 de marzo de 1953, los señores Misael Ruge Castellanos, Salvador Castellanos Burgos y Martín Castellanos Burgos (éstos dos últimos hermanos entre sí y primos hermanos del primero), provistos como estaban de algunas armas de fuego y de corte pesado y liviano, se dedicaron —no se sabe si por su propia cuenta y riesgo, o si por insinuación o encargo de sus jefes políticos— a recorrer las veredas de 'Sasa' y 'Moyavita', de la jurisdicción municipal de Chiquinquirá, a fin de facilitar la concurrencia de sus copartidarios y de evitar a la vez la asistencia de sus adversarios a las elecciones políticas que al día siguiente, domingo 15 de marzo, habrían de celebrarse en la República. Se hicieron acompañar en ese recorrido, en las horas de la mañana, del joven Luis Alejandro Pinilla, y en las de la tarde, del muchacho Juan Castillo o Amador. Los actos arbitrarios y abusivos que en el curso del recorrido hecho cometieron, fueron, en primer término, dirigidos y ordenados y aun efectuados por Ruge Castellanos, a quien secundaban eficazmente los Castellanos Burgos, y sin que en los mismos actos hubieran tenido participación mayor Pinilla y Castillo.

"A la medianoche del citado sábado, los 5 individuos en cuestión se acercaron a la casa que en la vereda de 'Sasa' habitaba el anciano matrimonio formado por don José Joaquín Urazán Pineda y doña Sara Ortegón de Urazán, quienes estaban acompañados de Rosa Tulia Ortegón, María Ciriaca Forero, Trinidad Peña, estas dos muchachas del servicio, y del niñito Ismael González. Penetraron violentamente en dicha casa Ruge Castellanos y los dos Castellanos Burgos, y después de haber dejado afuera, como centinelas o vigilantes a Pinilla y a Castillo, hirieron por doce veces, con sus armas de filo y corte, livianas y pesadas, al citado señor Urazán Pineda, luego de lo cual autorizaron a Pinilla y a Castillo para separarse del grupo, emprendiendo entonces los tres principales actores un rumbo desconocido".

ACTUACION PROCESAL

El Juzgado del conocimiento, en providencia de 4 de julio de 1957 (fls. 105 a 116 del cuaderno número 5), residenció en juicio, con intervención del Jurado "a los siguientes sujetos, como autores responsables del delito de *homicidio* perpetrado en la persona de José Joaquín Urazán, quien falleció a consecuencia de heridas producidas con instrumentos cortantes y punzantes y de corte y de peso (machete o peinilla), cuya localización y estragos reseña la correspondiente diligencia de autopsia, hecho que tuvo ocurrencia en la propia casa del interfecto, situada en la vereda de 'Sasa', jurisdicción municipal de Chiquinquirá, hacia la media noche del catorce (14) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953): Misael Ruge Castellanos..., Martín Castellanos Burgos..., Salvador Castellanos Burgos..., Luis Alejandro Pinilla González..., y Juan Castillo o Amador..."

En el mismo proveído, dentro del cuerpo de la motivación, el grado de participación de los procesados y las circunstancias específicas de calificación del cargo, fueron estimados en estos términos:

"Ya se ha dicho en el auto calificatorio dictado por este Juzgado, y que posteriormente fuera invalidado, que sin lugar a dudas, y sin que para ello sea necesario ningún esfuerzo mental, se deduce claramente que este delito de homicidio fue cometido mediando circunstancias de agravación que lo colocan dentro de su especie más grave. En efecto, los mencionados sindicados estuvieron hasta cerca de la casa de la víctima a eso del medio día del sábado catorce de marzo, para volver más tarde en vista de que no encontraron a las personas que buscaban. Y desde las primeras horas de la noche estuvieron merodeando por esos contornos hasta que a eso de las doce de la noche a la una de la mañana, penetraron a la casa con el fin de cometer el delito que se proponían y fue así como después de romper la puerta de la pieza en que se encontraba José Joaquín Urazán, entraron a ella y le dieron muerte de doce puñaladas. Esto demuestra que en el ánimo de los asaltantes existía la antelada resolución homicida; que tal resolución fue madurada con frialdad y finalmente ejecutada con plena voluntariedad, ya que se llegaron hasta la casa de la víctima, realizaron todos los actos indispensables para penetrar a su habitación y le propinaron luego un número de golpes de cuchillo que revelan el firme propósito de matar que perseguían. Por otra parte, el móvil de este hecho antisocial, según parece, no fue otro sino la diversidad de pareceres políticos de la víctima y sus victimarios, que torpe y criminalmente estimulada por ciertos políticos y caciques, se desvió hacia actos de violencia con los que se pretendía —a la larga y sin resultados— coaccionar a los electores, lo que es en sí mismo un delito y configura la bajeza y antisocialidad de los móviles, que junto con la premeditación ya enunciada integran la agravante específica cons-

titutiva de asesinato, que contempla el artículo 363 del Código Penal, en su numeral 2º

"Además, el hecho de haber sido varios los antecedentes, la hora en que se consumó el asalto, la manera de realizarlo, cuando ya se encontraba la víctima recogida en su lecho, da lugar a deducir también la circunstancia agravante definida en el punto 5º de la disposición precitada, por cuanto se tomó a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, con un claro propósito de aprovechar esa situación para el cabal cumplimiento de sus finalidades criminales con el menos riesgo posible.

"La inobjetable concurrencia al hecho delictuoso, de las modalidades agravantes antes relacionadas, hizo que la Justicia Penal Militar no concediera a los sindicados la gracia de la amnistía, por considerar que ellas colocaban el homicidio de José Joaquín Urazán dentro de los delitos calificados como atroces, y por consiguiente exentos de tal beneficio.

"Sobre todas las circunstancias anotadas, debe interrogarse al jurado de conciencia a cuya calificación deban someterse estos hechos y con tal fin deberán incluírse en los respectivos cuestionarios, teniendo presente que las circunstancias agravantes —premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y al tomar a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad— obran para todos los procesados, pues todos conocieron y actuaron dentro de ellas.

"De lo dicho se concluye que hay dentro de estas diligencias sumarias suficientes elementos probatorios para dictar auto de proceder, de acuerdo con las exigencias del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, ya que el cuerpo del delito se acreditó suficientemente y la responsabilidad de los sindicados aparece nítida de las confesiones de Pinilla y Castillo o Amador y de las declaraciones citadas, de un valor y de una credibilidad, en su conjunto, que sobrepasan abundantemente el mínimo estatuído por el artículo citado".

Acordándose a los términos del auto de proceder, el Juez de la causa sometió a los miembros del Jurado, con ocasión de la audiencia pública dos cuestiones en relación con cada uno de los acusados, concebidas en igual forma. En la primera se preguntaba sobre la comisión del hecho del homicidio, causado con intención de matar, y en la segunda, acerca de las circunstancias constitutivas de asesinato, consistentes en la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y tomando a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión".

Para Ruge Castellanos y Castellanos Burgos, a los cuales se contrae el recurso de casación, el veredicto fue afirmativo en ambas cuestiones, como puede leerse a folios 191 a 192 del cuaderno número 5: "Sí es responsable en compañía de Salvador y Martín Castellanos"; "Sí en cuanto a la indefensión"; "Sí es responsable en compañía de Miguel Ruge y Martín Castellanos", y "Sí en cuanto a la indefensión".

Con base en estos pronunciamientos del Jurado se dictó la sentencia de primer grado (fls. 237 y ss. Cuad. Nº 5) el 31 de agosto de 1959, a la cual se aludió. En ella se hacen las consideraciones jurídicas pertinentes y el debido examen para determinar el grado de responsabilidad de los acusados. Por lo que interesa a la Corte para su decisión, conviene transcribir lo que sigue:

"I. Del conjunto de respuestas dadas por el jurado de conciencia a las diversas preguntas sometidas a su consideración en la presente causa, resalta a primera vista que ellas fueron iguales en todas las Cuestiones para tres de los procesados, Misael Ruge Castellanos, Martín Castellanos Burgos y Salvador Castellanos Burgos, para quienes se afirmó su responsabilidad en calidad de coautores del delito de homicidio, aceptándose también por el Jurado una de las circunstancias específicas de agravación que les fuera propuesta en la Cuestión Segunda de las respectivas Series.

"En este orden se observa, que la Cuestión Primera de cada una de las Series relativas a los procesados Misael Ruge, Martín y Salvador Castellanos y referentes a la responsabilidad de cada uno de ellos en el homicidio de José Joaquín Urazán, fue contestada por el Jurado afirmativamente, agregándose a continuación que el procesado obró en compañía de los dos restantes procesados de este grupo.

"Por esta manera, el Jurado a más de reconocer categóricamente la responsabilidad de cada uno de estos tres procesados, ratificó en forma explícita su situación de coautores en el delito, tal como se la había definido en el auto calificatorio de los hechos.

"No presenta, pues, el veredicto, en relación con estas respuestas, duda o incongruencia alguna; por el contrario, sus términos se ajustan en un todo a la realidad procesal.

"En cuanto a la Cuestión Segunda de las respectivas Series referentes a cada uno de los citados procesados, y relativas a las circunstancias específicas de agravación en que fuera co-

metido el homicidio (premeditación e indefensión de la víctima), fue contestada en idéntica forma para cada uno de ellos, así: 'Sí en cuanto a la indefensión'.

"Quiere decir lo anterior, que el Jurado de conciencia implícitamente negó que el homicidio se hubiera cometido 'con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos', una de las circunstancias de agravación sobre las cuales se preguntaba en el cuestionario en referencia, pero en cambio fue afirmativa su contestación en cuanto a las condiciones de indefensión en que fue tomada la víctima, circunstancia que de acuerdo con el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, eleva el homicidio a la categoría de asesinato".

"En cuanto a la circunstancia de haber sido cometido el delito tomando a la víctima en condiciones de indefensión, el Juzgado debe aceptar la contestación afirmativa del Jurado a este respecto, ya que con ella tan solo se reconoció un hecho planteado en la demanda enjuiciatoria y consecuencialmente propuesto a la consideración de los jueces de hecho en el cuestionario en referencia.

"Por lo dicho, la calificación dada por el Jurado de Conciencia, y relacionada con la responsabilidad de los procesados Misael Ruge C., Martín y Salvador Castellanos Burgos, de conformidad con las respuestas ya vistas, es la correspondiente a la de coautores del delito de homicidio agravado, en virtud de la circunstancia específica de la indefensión de que trata el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal".

"III. Aceptada en un todo, y con respecto a todos los procesados, el veredicto del Jurado de Conciencia en la presente causa, corresponde ahora deducir la respectiva sanción penal que a cada uno de ellos les sea legalmente imponible.

"Para este efecto, ya se dijo atrás que la responsabilidad de los procesados Misael Ruge Castellanos, Martín y Salvador Castellanos Burgos, fue calificada de acuerdo con el veredicto del Jurado como la correspondiente a demostrativas de su desadaptación para la sana convivencia social.

"También se destacan en el proceso los móviles por demás innobles que animaron a estos procesados en la consumación del delito, los cuales no fueron otros que los nacidos de la pasión política.

"Otro tanto se puede decir en cuanto a la preparación ponderada del delito, ya que estos procesados calcularon la manera más propicia para llevarlo a efecto, asegurando por todos los medios su eficaz consumación.

"En cuanto a la complicidad previamente concertada, la doctrina ha definido claramente que esta complicidad es diferente a la genérica, contemplada por los artículos 19 y 20 del Código Penal, y que tiene lugar en la concurrencia plural de autores a la consumación del ilícito, evento que tiene plena aplicación en el caso de autos.

"El artículo 38 del Código Penal, a su turno, establece las circunstancias demostrativas de una menor peligrosidad. Pero es el caso de observar que ninguna de las allí enumeradas concurren a favorecer a cualquiera de estos procesados.

"Por último, en relación con la personalidad de estos procesados, de acuerdo con los datos que obran en el proceso, aparece que se trata de campesinos, con poca o ninguna ilustración, jóvenes aún, y cuyo comportamiento posterior al delito guarda precisa proporción con su mala conducta anterior. En efecto, estos procesados trataron sistemáticamente de eludir la acción de la justicia, no solo mediante el ocultamiento, sino luego de capturados, por medio de una persistente negativa de todos los hechos que los comprometían, circunstancias que acusan en ellos una personalidad insidiosa y avesada a los procedimientos investigativos.

"Ante todos estos factores, que son los establecidos por la ley (artículo 36 del Código Penal) para proporcionar la pena en cada caso, y todos los cuales, como ya se vio, son desfavorables a los procesados, el Juzgado considera que la pena privativa de la libertad adecuada a la peligrosidad demostrada por estos delincuentes, es la de diez y nueve (19) años de presidio, más las accesorias pertinentes, para los procesados Martín y Salvador Castellanos Burgos.

"En cuanto al procesado Misael Ruge Castellanos, el Juzgado considera procedente elevar su pena en un (1) año más, de la fijada para los anteriores, por cuanto de los elementos del proceso aparece este individuo actuando como jefe o dirigente del grupo de delincuentes, reuniéndolos, repartiéndoles armas y fijando el itinerario para sus tropelías".

Por su parte el Tribunal en el fallo recurrido asienta estas apreciaciones:

"Analizadas en conjunto las respuestas de los jueces populares y armonizándolas a la rea-

lidad procesal, se llega a las siguienes conclusiones:

"1º — Que estuvo acertado el jurado cuando condenó a Misael Ruge Castellanos y a los Castellanos Burgos al responder afirmativamente que eran responsables del homicidio, *pero haciendo la aclaración de que obraron cada uno en compañía de los dos restantes procesados coautores del delito.*

"Esta respuesta no pugna contra la evidencia procesal, porque evidentemente los tres procesados, en la noche en que cometieron el homicidio penetraron al dormitorio del anciano Urazán y le dieron muerte propinándole diversa clase de heridas, unas con cuchillo y otras con machete, por manera que tuvieron una participación eficaz en la ejecución del hecho, existiendo concurso de voluntad y de acción y ante este evento hay que reconocer que el Jurado estuvo acertado en su veredicción.

"En lo concerniente a la segunda cuestión que se roza con las circunstancias específicas de la gravación del homicidio, como fueron la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, el jurado lo negó de plano, *aceptando únicamente la indefensión de la víctima.*

"Es evidente que el Jurado de Conciencia, dentro de la amplia facultad que le concede la ley para apreciar las pruebas, bien pudo considerar que la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos no tenía pleno respaldo en el expediente y seguramente, esa circunstancia obró en el ánimo de los jurados para descartarla sin que esta respuesta pueda dar fundamento legal para que el veredicto sea contraevidente o contradictorio, debiendo por consiguiente aceptarse.

"La responsabilidad de los procesados *Ruge Castellanos* y *Castellanos Burgos* la ha calificado acertadamente el Juzgado *a quo* de acuerdo con el veredicto del Jurado, porque estos tres sujetos obraron como coautores del homicidio y por consiguiente se debe dar aplicación al artículo 363, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación de que trata el ordinal 5º del Código Penal, que señala una pena básica de quince (15) a veinticuatro (24) años de presidio, pena que deberá fijarse como lo dispone el artículo 36 de la misma obra, pues no se puede desconocer que los delincuentes son de extremada peligrosidad, perpetraron el villano y repugnante delito, violentando las puertas de la casa donde dormía la indefensa víctima y aprovechándose de las sombras de la noche, le propinaron numerosas heridas según aparece en la diligencia de autopsia. Ante estas modalidades se ha dado acertada aplicación a lo dispuesto por el artículo 37 en sus numerales 3º, 5º y 9º del Código Penal, porque los sentenciados que son y han sido siempre de vida depravada y obraron por motivos innobles o fútiles, prepararon el delito y actuaron con la complicidad de otras personas y por consiguiente la pena que se le impuso al primero de veinte (20) años de presidio, por aparecer como cabecilla del grupo de delincuentes y la de diez y nueve (19) para los dos restantes, se halla legalmente aplicada".

DEMANDA DE CASACION

El recurso interpuesto en representación de los acusados, a que se ha hecho referencia, lo sustentan ante la Corte los doctores Miguel Tarazona Gutiérrez, apoderado de Salvador Castellanos Burgos y Luis Torres Quintero, que lo es del sentenciado Miguel Ruge Castellanos, en las demandas que obran de folios 9 a 14 y 15 a 19 del cuaderno número 7.

Como ambos libelos desarrollan los mismos planteamientos de hecho y de derecho y confluyen en la invocación de idénticas causales para impugnar el fallo, el estudio que a la Corte compete para decidir el recurso de casación se hará en un solo cuerpo de consideraciones.

Las causales aducidas por los recurrentes son, en el orden en que las consagra el artículo 567 de Código de Procedimiento Penal:

a) 4ª Por haberse incurrido en *nulidad constitucional* al elaborar los cuestionarios que se sometieron al Jurado;

b) 3ª Porque la sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y

c) 1ª Por ser la sentencia violatoria de la ley penal "por indebida aplicación de la misma".

Para sustentarlas se aduce:

1º — Que hay nulidad en el juicio por no haber propuesto al Jurado "una circunstancia modificadora de la responsabilidad de los tres principales acusados, que era indispensable proponer, porque ella modifica fundamentalmente esa responsabilidad, atenuándola, como es la complicidad correlativa, a que se refiere el artículo 385 del Código Penal, y el Juez del conocimiento está obligado a preguntar al Jurado, no solamente por los hechos y circunstancias que agravan la responsabilidad del acusado, sino también, y de modo preferente, agrego yo,

sobre aquellas que lo eximan o le atenúen su responsabilidad".

Estiman los demandantes "que era indispensable proponer a la consideración de los Jurados esa circunstancia", partiendo del supuesto no demostrado de que en los autos no se estableció en concreto "cuál fue la participación individual de cada uno de los acusados", lo que está indicando, en concepto de los señores apoderados, que la responsabilidad había que ubicarla perentoriamente en el artículo 385 del estatuto penal, por tratarse de una complicidad correlativa y no del ordinario concurso de delincuentes reglado en los artículos 19 y 20 ibídem.

"La prueba de que era indispensable proponer esta modificación a los Jurados —dice uno de los libelos— la vemos en el hecho de que la cuestión primera de cada serie de los cuestionarios resulta ininteligible comparada la una con la otra, porque se hace la misma pregunta para cada uno de los tres acusados, como si fuera posible que cada uno le hubiera causado las doce heridas a la víctima y ésta hubiera muerto tres veces, a consecuencia de las mismas heridas; confusión que puso de presente en la audiencia el señor defensor de Misael Ruge Castellanos, y que no hubiera ocurrido si se agrega a la pregunta que el acusado cometió el hecho en asocio de los otros dos acusados". Creen los recurrentes que los jurados salvaron esta incongruencia de los cuestionarios al vincular en cada respuesta la participación de los otros encausados, lo que no es óbice para que se afirme por los demandantes, en orden a edificar el vicio de nulidad sustantiva que se violaron los artículos 385 del Código Penal y 28 de la Ley 4ª de 1943.

Esta última disposición, que es de orden procesal, fue quebrantada, según se razona, porque el Juez "en los cuestionarios, dejó de preguntar sobre una circunstancia que era obvia en los autos y atenuante de la responsabilidad". De ahí dimana la nulidad supralegal "por inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que contraviene lo ordenado en el artículo 26 de la Carta.

2º — La causal 3ª de casación, formulada de modo subsidiario, se apoya en que la sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto del Jurado. La circunstancia de haber advertido éste en sus veredictos de que cada uno de los tres procesados principales del homicidio obró con la participación de los otros dos, no fue debidamente apreciada o interpretada por el fallador, pues se imponía entender que los jueces de conciencia habían afirmado la complicidad correlativa o correspectiva.

Es cosa cierta, para el criterio de los recurrentes, "que el veredicto debía entenderse de esta manera, porque lo que aceptaron los Jurados fue que los cinco acusados concurrieron a la consumación del delito, los tres primeros como autores principales y los dos últimos como cómplices no necesarios; pero como el proceso no arrojó luz sobre la participación individual, de cada uno de los tres acusados principales, apenas se pudo saber que todos tres tomaron parte, sin ser posible determinar su autor; y como ésta es la condición que exige el artículo 385 del Código Penal, para que se configure la complicidad correlativa, no puede dársele otra interpretación al veredicto del Jurado". Ya en las consideraciones que deba hacer la Sala sobre el mérito del recurso tendrá ocasión de examinar esta argumentación, pero cabe destacar ahora que es contradictoria, hasta el extremo de tornar inválida la invocación que se hace de la causal alegada.

3º — En lo tocante al motivo de casación, previsto como primero en el artículo 567 —errada o indebida aplicación de la ley penal— las demandas contienen dos cargos distintos:

a).— Con base en los razonamientos dados para impugnar la sentencia por no estar de acuerdo con el veredicto del Jurado, se alega el error de derecho. Se dice que "hay indebida aplicación de la ley penal, y con ello se viola el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, y en el caso concreto que nos ocupa, se violó también lo dispuesto en el artículo 385 del Código Penal, que ha debido aplicarse de preferencia al caso, en vez del artículo 19 del mismo Código".

b).— En desarrollo de la causal primera, se hace también el cargo de que hubo indebida aplicación de la ley en la individualización de la pena, porque se les dedujeron a los acusados circunstancias de mayor peligrosidad no comprobadas, de una parte, y de otra, algunas tenidas en cuenta en la sentencia como constitutivas del delito, proceder violatorio de los artículos 36 y 39 del Código Penal.

En este particular la demanda del doctor Torres Quintero hace las siguientes apreciaciones:

"El fallador interpretó erróneamente la ley penal, en cuanto a que algunas circunstancias constitutivas del asesinato a que se refiere el artículo 363 del Código Penal fueron tenidas

en cuenta para la agravación de la pena y además esas mismas circunstancias sirvieron de base para aumentar la dosimetría penal de acuerdo con el artículo 37 del Código Penal.

"Por ejemplo, el Jurado negó la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, pero en cambio en la sentencia se le agravó la pena teniendo en cuenta el ordinal 3º del referido artículo 37. También el fallador proclamó la preparación ponderada del delito, como circunstancia de mayor peligrosidad, siendo así que el Jurado la descartó al negar la premeditación, que consiste precisamente en la presencia de esa circunstancia. También fue aplicado el numeral 9º del referido artículo, sin estar demostrado con pruebas fehacientes la complicidad previamente concertada; pero en el supuesto de que lo estuviera, entonces sería elemento constitutivo de asesinato conforme al artículo 363 del Código Penal, porque en virtud de haber sido varios los asaltantes, fue como la justicia consideró que se había puesto la víctima en condiciones de indefensión".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al dar respuesta a las demandas de casación sintetizadas en el precedente capítulo, se ocupa por separado de ellas y muy en extenso, para concluír que de las causales alegadas prospera la *primera,* parcialmente, en favor de ambos acusados, observando además el señor representante del Ministerio Público "que si bien es cierto que el procesado Martín Castellanos Burgos, no recurrió en casación, a pesar de encontrarse en idénticas circunstancias, en cuanto a la causal que prospera, a las de los recurrentes, es lógico y justo que la invalidación del fallo, en cuanto a la individualización de la sanción de presidio, debe igualmente cobijarlo". No indica la vista fiscal cuál es la reducción que debe hacerse a la pena privativa de la libertad, "pues estima que tal graduación corresponde hacerla al fallador, según su propio criterio".

Su oposición a que el recurso prospere con base en las otras causales está fundada en estos razonamientos:

"Indudablemente que el demandante parte de un error jurídico sustancial, como es el consistente en creer que el cuestionario propuesto al Jurado, corresponde al pliego de cargos formulados al acusado.

"El pliego de cargos lo contiene el auto de proceder, tanto en su parte motiva como en la resolutiva que es una condensación legal de aquélla.

"Ahora bien: en los términos en que está concebido el auto de proceder, se basan los cuestionarios que se someten a la consideración del Jurado, cuando la decisión sobre la responsabilidad de un acusado está deferida a esa institución.

"Los cuestionarios sometidos en este proceso al Tribunal popular, fueron bien concebidos en concepto de este Despacho, y la objeción que se les hace por no haberse en ellos contemplado la figura de la complicidad correlativa, es absolutamente improcedente, si se tiene en cuenta que si fueron calificados como coautores Ruge Castellanos y los hermanos Castellanos Burgos, es porque la Corte Militar de casación había dicho lo siguiente que está muy puesto en razón:

'No una simple complicidad correlativa, pues los tres procesados Ruge y Castellanos Burgos penetraron al dormitorio del anciano Urazán, y allí lo ultimaron con doce golpes producidos con dos clases distintas de armas, cuchillo y machete, como puede verse en la diligencia de autopsia...

'1. .....

"Es imposible sostener que se trata de una complicidad correlativa, cuando nos encontramos en presencia de una coparticipación criminosa, de una participación eficaz y punible en la ejecución del hecho, existiendo concurso de voluntad, y concurso de acción, concurso que es, *tanto en la acción física como en la acción psíquica,* para usar la expresión afortunada del profesor Gutiérrez Gómez. La complicidad correlativa se refiere a la ignorancia de saberse quién causó el homicidio o las lesiones, cuando varias personas intervinieron en el caso, habiendo sido una sola la que mató o hirió.

"En el caso de estudio, los tres procesados penetraron al dormitorio del anciano Urazán y allí le dieron muerte mediante diversas clases de heridas, con cuchillo y con machete, como lo atestigua la indagatoria.

"Las demás circunstancias que anota el señor abogado demandante, tienen más relación con la causal tercera de casación (que también invoca) que con la que se está analizando. De modo, pues, que lo aquí dicho, también valdrá cuando se examine la causal tercera alegada.

"Carece de fundamento el hecho de afirmar que los cuestionarios fueron antitécnicamente redactados y que la contestación del Jurado a la primera pregunta, lleve *envuelta implícitamente* la circunstancia de la complicidad correlativa.

"Ninguno de los defensores de los acusados, durante el curso de las audiencias alegaron la 'complicidad correlativa', lo que se comprueba con la lectura de las actas del debate oral.

"Así, pues, que ni el Juzgado, en su fallo de primera instancia, ni el honorable Tribunal, en su sentencia que es hoy objeto de acusación, tenían por qué entrar a considerar la ficción legal mencionada, por no haber sido considerada tampoco en ninguna de las fases del proceso.

"La ficción legal de la complicidad correlativa, sólo puede predicarse de la muerte o las lesiones personales ocasionadas con una sola herida, habiendo tomado parte en la comisión de uno u otro de esos hechos, varias personas, sin que sea posible determinar el autor. Lo cual no ocurre en el presente asunto, pues las heridas mortales inferidas a la víctima, fueron múltiples y realizadas con diversas armas, de las cuales eran portadores cada uno de los imputados.

"Además, téngase en cuenta que la honorable Corte ha dicho lo siguiente:

"La complicidad correlativa en procesos con Jurado, de acuerdo con la doctrina, requiere, además de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el juez en el auto de proceder y el jurado en el veredicto (éste en todo caso). (Sentencias de 5 de julio de 1949, LXVI, 399; 2 septiembre de 1949, LXVI, 657; 11 septiembre 1951, LXX, 524. Citadas todas por Ortega Torres a continuación del artículo 385 del C. P.

"Con la anterior réplica, considera este Despacho que la causal tercera de casación carece igualmente de fundamento y, por lo mismo, debe ser desechada".

Para prohijar, al menos en parte, la invalidación del fallo por error de derecho, argumenta el señor Procurador:

"Es posible afirmar con sobrado fundamento que el sentenciador erró cuando al graduar la sanción principal, no tuvo en cuenta que el Jurado aceptó solamente una de las circunstancias constitutivas de asesinato que le fueron sometidas a su consideración.

"Siendo esto así, mal podía el Tribunal hablar de que los acusados cometieron el homicidio inspirados en motivos innobles y fútiles y que prepararon el delito, desde luego que al negar los jueces de hecho la existencia de la premeditación, tácitamente descartaban la preparación ponderada del delito, lo mismo que los motivos innobles o fútiles.

"Por consiguiente, el Tribunal al recurrir a los ordinales 3º y 5º del artículo 37 del Código Penal, se colocó en abierta pugna con la decisión del Jurado.

"A su vez, el fallo desconoció el veredicto al estimar como circunstancia de mayor peligrosidad, el hecho de haber obrado los acusados 'en compañía', como lo dijeron los Jurados, siendo lo cierto que por haber actuado en concierto, cada uno de los homicidas fue considerado como coautor, lo cual lógicamente impedía valorar doblemente, para efectos de la represión, esas circunstancias de la asociación transitoria formada para dar muerte a José Joaquín Urazán.

"Lo que acaba de argüirse, pone de manifiesto que el recurrente tiene razón al alegar que ha sido violada la ley penal sustantiva con motivo de la imposición de la pena principal impuesta a su representado.

"En realidad, la agravación de la pena principal impuesta a los tres procesados mencionados, es injusta a la par que antijurídica, precisamente porque nada más que una causal de mayor peligrosidad, es posible tener en cuenta. Dicha causal es la contemplada por el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal.

"Por lo demás, obsérvese que si a Ruge Castellanos se le señaló un año más que a sus primos, ello es justo y debido al hecho de haber sido el cabecilla de los otros homicidas.

"En consecuencia, la cuantía de la pena debe rebajarse en forma proporcionada a las causales de agravación desechadas por el Tribunal del pueblo".

CONSIDERA LA CORTE:

1º— La pretendida nulidad constitucional a que se alude al invocar la causal 4ª de casación, entendiéndose que hubo quebranto de las *formas propias del juicio* en este proceso porque en las cuestiones propuestas al Jurado no se incluyó, como circunstancia específica de aminoración de la responsabilidad, el haber obrado los acusados principales del homicidio en complicidad correlativa, es un cargo inane contra la sentencia.

La complicidad propia en el delito, en sus grados de necesaria y accesoria, regida por el concurso voluntario del agente a una empresa criminal cualquiera, tiene su expresión jurídica positiva en los artículos 19 y 20 del Código Penal. La complicidad correspectiva, atípica en su integración y circunscrita por mandato de la ley a los casos de homicidio y lesiones, la es-

tablece el artículo 385 de la misma obra, pero ella no se formula sino en el evento o hipótesis de no haber lugar, de ordinario por fallas probatorias, a deducir respecto de los partícipes del delito la responsabilidad que les sea adecuada según el grado de vinculación al reato.

2º— En este negocio, desde el auto de calificación, de modo claro y preciso, de acuerdo con la prueba de cargo, se afirmó que tres de los implicados en el homicidio (entre ellos los dos a que el recurso de casación se refiere) habían obrado como coautores del delito, vinculados en la intención y en la acción, y los dos restantes en calidad de cómplices necesarios. El juicioso planteamiento contenido en esa providencia está apoyado con exactitud en el artículo 19 nombrado, y acorde con sus términos a los señores Jueces de conciencia se les sometieron las cuestiones de rigor.

3º— El haber individualizado en cada cuestión principal la responsabilidad de los coautores no contraviene ningún ordenamiento procedimental, como ninguna confusión por ello podía sufrir el Juri. Prueba evidente en este sentido brindan los veredictos emitidos, pues mientras para los autores principales afirmó la responsabilidad, aunando cada conducta con la de los copartícipes usando la expresión *"en compañía"*, para Luis Alejandro Pinilla y Juan Castillo o Amador, llamados a juicio en condición de cómplices necesarios, el Jurado tuvo a bien condenarlos como cómplices no necesarios, distinción ésta que pone más de bulto el criterio que informa los veredictos proferidos y su lógico acoplamiento a las normas comunes de complicidad.

4º— Es obvio que no habiendo sido materia sometida al debate la complicidad correlativa, por ningún concepto el juez de la causa estaba constreñido a incluírla en las cuestiones que debía someter al Jurado. Es más, no podía proponer esa modalidad atenuante, pues los cuestionarios se elaboran en armonía con el auto de proceder.

Así las cosas, aparece claro que el juzgamiento fue correcto y que no hay lugar a impugnar la sentencia recurrida por haber recaído en un juicio viciado de nulidad.

5º— La causal 3ª, que se hace consistir en estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, tampoco prospera, y para decidirlo así obran las mismas razones atrás consignadas. Los términos inequívocos del veredicto no dan asidero racional para aseverar que hubo el reconocimiento de la complicidad correlativa. En él simplemente se acepta la coautoría de los tres principales partícipes de la infracción, y si se confronta este pronunciamiento, según ya lo anotó la Sala, con lo resuelto respecto a los cómplices, aparece indudable el pensamiento del Jurado.

Hay, vale decirlo, términos que se repelen por contradictorios en las demandas. Si se afirma que no se propuso al Jurado la complicidad correlativa, omisión determinante de nulidad, y desacuerdo de la sentencia con el veredicto, una de las dos causales eliminaría la otra por inconciliables. La primera supone que hubo un veredicto más allá del pliego de cargos, que no le permitió a los jueces populares pronunciarse sobre la complicidad correlativa; la segunda, que esa complicidad fue reconocida en el veredicto y no estimada por el juez de derecho.

6º— Resta examinar los cargos que se asientan en la causal primera de casación.

De ellos permite ser considerado únicamente el que toca con la errada o indebida aplicación de la ley penal en cuanto que el fallador al individualizar la pena privativa de la libertad personal, estimó en contra de los acusados circunstancias de mayor peligrosidad no demostradas en el proceso o ya evaluadas como constitutivas del delito o específicamente agravantes de la responsabilidad.

Cabe anotar, en primer término, que para fijar las sanciones el Tribunal, conforme con la decisión de primera instancia, tuvo en cuenta la calificación de *asesinato* dada al homicidio en el auto de vocación a juicio y reconocida por el Jurado al aceptar que el hecho se cometió "tomando a la víctima en condiciones de indefensión". Colocado así el delito dentro del artículo 363, por concurrir circunstancias de indefensión, determinadas por el modo de comisión del ataque (ordinal 5º del citado artículo), a los autores les fueron cargadas estas circunstancias, de las previstas en el artículo 37 del Código Penal:

"a).— Sus antecedentes de depravación y libertinaje". Se deducen, según lo expresa la sentencia del "de las constancias sobre varias sindicaciones que por delitos graves pesan sobre estos procesados (folios 101, 102, 104, 109 del cuaderno 1º y 189 del cuaderno 6º)". En esas constancias dadas por oficinas judiciales se da cuenta de sumarios pendientes por delitos como homicidio e incendio, índice estimable de depravación de los procesados tenido en cuenta por las instancias con pleno derecho para los

fines de los artículos 36 y siguientes del Código Penal.

"b).— El haber obrado por motivos innobles o fútiles". Si es verdad que el Jurado negó la circunstancia específica de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, no por esa determinación quedaba inhibido el Juez de derecho para valorar los motivos determinantes del delito y definir si los acusados obraron por factores anímicos o causas indicativas de bajeza moral, o si procedieron por motivos fútiles, que a fuerza de ser una sin razón en la conducta criminal ponen siempre de bulto la peligrosidad social de los delincuentes, o, en último término que actuaron no por motivos egoístas, sino nobles y generosos.

En el caso *sub júdice* los motivos determinantes —así lo pregona el proceso— no fueron nobles ni altruístas. Admítase que la pasión política movió a los acusados a cometer depredaciones, a atemorizar a las gentes de determinadas ideas en esa materia para que dejaran de concurrir a un certamen electoral, no por ese fanático fervor, ni por fidelidad a un partido, podía revestirse de altruísmo el asesinato consumado con furia y sin piedad sobre un humilde campesino, a quien se sorprendió y ultimó en su propio lecho.

La decisión del Jurado en torno a la premeditación apenas si quitó al delito una circunstancia de asesinato, pero todo fallador en materia penal está autorizado por la ley para estimar las modalidades que puedan servir para la correcta individualización de las sanciones. El artículo 37 del Código consagra como norma de equidad que las circunstancias de mayor peligrosidad agravan la responsabilidad del agente "en cuanto no se haya previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito", pues si en tal carácter entran a jugar para la sanción, mal podrían tomarse como motivos genéricos de agravación.

Si la conducta de los procesados obedeció a razones innobles o fútiles y de marcado sentido antisocial, con todo derecho las instancias acogieron la circunstancia 3ª del artículo 37. Y mal cabría argumentar que por este aspecto la casación prospera.

"c).— La preparación ponderada del delito", —otra de las circunstancias de mayor peligrosidad ameritada en la sentencia— consideran los demandantes y el Ministerio Público que era error deducirla porque equivale a la premeditación, sobre la cual el Jurado se pronunció negativamente.

La preparación ponderada del delito no es la misma premeditación, si bien aquélla puede ser elemento de ésta. La ponderación en el proceso del delito quiere significar que los autores de la empresa criminal, adoptan para lograrla precauciones y medidas que aseguren el éxito, bien haciendo del delito una actividad plural, proveyéndose de armas idóneas y suficientes o recurriendo a toda suerte de factores favorables para su fin.

En el caso de autos basta reparar en las gravísimas circunstancias en que se perpetró el homicidio; la manera como obraron de consuno autores y cómplices bajo la dirección de uno de ellos, provistos de armas distintas y tras de sembrar el terror en los pacíficos moradores de la casa.

No es aberrante, ni se contravienen los artículos 36 y concordantes del Código Penal el afirmar la sentencia recurrida que hubo preparación ponderada del delito.

e).— La circunstancia 9ª del artículo 37 no es de por sí constitutiva de asesinato, aunque pueda ser evidente que en un delito de homicidio cometido por varios sujetos la pluralidad de delincuentes haga precaria o imposible la repulsa o defensa del ofendido. Esa circunstancia la establece el Código por ser indicio de mayor peligrosidad el concertar la complicidad de otro u otros ya que el concurso de delincuentes facilita la comisión del hecho y permite a autores y cómplices no correr mayores riesgos y asegurar el fin propuesto.

Es sofístico sostener que por haber tomado parte en el hecho varios sindicados reconoció el Jurado la indefensión de la víctima. Esa indefensión, de acuerdo con lo que expresa la parte motiva del auto de proceder, es la mencionada en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal y que resulta de cometerse el delito con el empleo de "cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

7º— Concluye la Sala de todas las observaciones formuladas en cuanto a la individualización de las penas por el fallador que ellas obedecen a una dosimetría ajustada a las prescripciones del Código, sin que por aspecto alguno del proceso aparezca que hubo errada o indebida aplicación de la ley, en lo que toca con los recurrentes, pues respecto a los demás acusados la Corte está excusada de todo examen.

DECISION:

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Z.

Pioquinto León, Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

Aplicación indebida de las ritualidades señaladas en el Decreto 0012 de 1959 a un proceso por delito de homicidio. Irretroactividad de los procedimientos desfavorables en materia penal.

El delito de homicidio por el cual se juzgó y condenó en segunda instancia al procesado, se consumó el día 15 de mayo de 1957, época en que regía un procedimiento penal, de orden general, para todo el territorio del país, más favorable a la defensa del sindicado que el consagrado por el Decreto 0012 de 1959, así que al haberse aplicado al juzgamiento, en el caso de autos, el procedimiento restrictivo y especial establecido en el mencionado decreto, se violó en forma notoria y grave el principio consagrado expresamente por el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio quince de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia del dos de junio de mil novecientos sesenta, condenó a Guillermo Fajardo Bautista a la pena principal de diecisiete años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de un delito de homicidio agravado, consumado en la persona del señor Juan Botero Jaramillo.

Contra esta sentencia el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, el que fue oportunamente sustentado por medio de abogado inscrito en la Corte.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La Sala acoge, por estar ceñidos a la realidad procesal, la relación de los hechos, que en el fallo recurrido se resumen así:

"El día 15 de mayo de 1957 se dirigía Juan Gregorio Botero Jaramillo y otros de su casa de habitación a una bañadera, y en el momento en que Jesús Rincón abría una puerta, Botero Jaramillo recibió una descarga con arma de fuego, que lo dejó instantáneamente muerto. Los hechos ocurrieron en la finca de 'La Meseta', corregimiento de Anaime, en jurisdicción del municipio de Cajamarca".

La investigación penal correspondiente la inició la Inspección de Policía y Tránsito de Cajamarca. Posteriormente, la Sexta Brigada del Ejército designó como funcionario de instrucción a un Juez Penal Militar, quien adelantó la investigación decretando la detención preventiva de varios individuos, entre ellos el sindicado Fajardo Bautista.

El Juez Cuarto Superior de Ibagué, a quien le correspondió dictar el fallo de primer grado, por auto de 24 de agosto de 1959, dispuso continuar la tramitación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0012 de 1959, y así ordenó poner el expediente a disposición de las partes para la presentación de sus alegatos.

El 17 de octubre de 1959, el Juez del conocimiento dictó auto de sobreseimiento temporal a favor de todos los sindicados, incluyendo al recurrente Fajardo Bautista.

El Tribunal Superior de Ibagué, al revisar, por consulta, el sobreseimiento temporal, reformó este proveído para condenar al recurrente a la pena principal de diecisiete años de presidio, en el fallo impugnado en casación.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente, en demanda que se ajusta a la técnica del recurso de casación, invoca las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, analizando y alegando como principal la última, y como subsidiarias las restantes.

Por este motivo y por razones de técnica se procederá a estudiar de preferencia la causal cuarta, pues de prosperar y decretarse la nulidad invocada, se impondría la decisión de reponer la actuación desde el momento en que fueron quebrantadas las formas propias del procedimiento que debió aplicarse.

La expresada causal cuarta, la sustenta el recurrente en la forma siguiente:

"El proceso está afectado de nulidad porque en él se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, al juzgar a Guillermo Fajardo Bautista, de conformidad con disposiciones procedimentales que no existían cuando tuvo lugar el acto imputado.

"En efecto, honorables Magistrados: el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional dice que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes *preexistentes* al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'. De la misma manera, la mentada disposición constitucional establece que 'en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"Está demostrado que la muerte violenta de don Juan Gregorio Botero Jaramillo, acto imputado a Guillermo Fajardo Bautista, tuvo lugar el miércoles 15 de mayo de 1957, aproximadamente a la una de la tarde, en el corregimiento de Anaime, jurisdicción municipal de Cajamarca, cuando aún no existían las disposiciones restrictivas y desfavorables del Decreto 0012 de 1959.

"Al haberse juzgado a Guillermo Fajardo Bautista por trámites diferentes a los que la ley establecía al tiempo del acto imputado, se contrarió y violó el mandato constitucional que ordena juzgar a los ciudadanos únicamente conforme a las leyes preexistentes al hecho que se imputa.

"Ya lo ha dicho la honorable Corte, en casación de 19 de febrero de 1943 (G. J. LV, 629):

'Según los principios generales que en Colombia están aceptados y promulgados por los artículos 26 de la Constitución, 43 a 45 de la Ley 153 de 1887, 1º y 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal, constituye nulidad sustancial en el procedimiento penal el hecho de llamar a juicio a un sindicado y seguir causa con aplicación de leyes posteriores al delito y a la iniciación del proceso. Los mandatos de la Constitución no pueden ser normas muertas e ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana —dijo la Corte en ocasión anterior— y agregó: Por algo ha establecido el legislador que en los procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad 'sustancial' en el procedimiento. Y si hay un vicio de nulidad que pueda llamarse 'sustancial', esto es, que afecte la sustancia misma del procedimiento, es haberse tramitado éste de acuerdo con una ley que, por mandato constitucional, no podía aplicarse por no ser preexistente al delito".

"El 15 de mayo de 1957 se cometió un delito de homicidio, en la persona de don Juan Gregorio Botero Jaramillo; en esa misma fecha se abrió la correspondiente investigación criminal, encaminada a establecer imputabilidad y responsabilidad por aquel acto punible; se le ha imputado a Guillermo Fajardo Bautista la comisión de este hecho y se le ha declarado responsable y condenado por él, pero de conformidad con disposiciones legales y procedimentales que no existían cuando se produjo el hecho imputado.

"Si bien es verdad que la honorable Corte, en auto de 15 de diciembre de 1950 (G. J. LXVIII, 817) ha dicho que 'la garantía constitucional de no ser juzgado sino de acuerdo con la ley preexistente al hecho, se refiere a los delitos y a las penas, pero no a la competencia ni al procedimiento, y menos en cuanto a los últimos en estado de sitio o de perturbación del orden público', no es menos cierto que esta doctrina no tiene aplicación en el caso de Guillermo Fajardo Bautista porque a éste se le ha aplicado una ley odiosa y restrictiva, de vigencia posterior al hecho que se le imputa, lo cual quiere decir que, de modo alguno, podía aplicársele esta posterior, no por serlo, sino por no ser la permisiva o favorable.

"Es evidente, honorables Magistrados, que la tramitación señalada por el Decreto 0012 de 1959, es una tramitación odiosa, claramente desfavorable al sindicado y a sus derechos fundamentales. Constituye ella un verdadero 'garrote' legal que disminuye, hasta casi hacerlos desaparecer, los medios de defensa. Ha creado este Decreto 0012 una mentalidad, una especial manera de sentir y de obrar en los instructores y

juzgadores que a sus trámites se atienen, de insólita gravedad que amenaza y pone en serio peligro la recta y ponderada administración de justicia. Se parte, con ella, de una presunción de criminalidad que ha traído como funesta consecuencia la apertura de un ancho camino a través del cual campean las injusticias. Es tan evidente que el procedimiento del Decreto 0012 es restrictivo y desfavorable, que bastaría colocar al procesado en condiciones de elegir la forma de su juzgamiento, entre estos trámites y los ordinarios. Nadie duda que el sindicado escogería el procedimiento penal, simplemente porque es permisivo y favorece sus recursos de defensa.

"Sobre este particular, es doctrina de la honorable Corte, marcadamente reiterada (Sentencias, 13 de septiembre de 1945, LIX, 539; 27 de julio de 1951, LXX, 138; 28 de noviembre de 1952, LXXIII, 828; 23 de enero de 1953, LXXIV, 140; 30 de octubre de 1953, LXXVI, 704; Autos, 22 de septiembre de 1950, LXVIII, 232; 29 de septiembre de 1950, LXVIII, 271):

" 'Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto *cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado*: de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría, en perjuicio de éste".

" 'A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que *ni siquiera lo que se refiere a procedimiento* debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior".

"De ahí que no pueda alegarse la especial circunstancia del estado de sitio o perturbación del orden público como fundamento de la legalidad del procedimiento.

"Es lo cierto que Guillermo Fajardo Bautista fue juzgado con pretermisión del mandato constitucional, por cuanto lo fue, no conforme a leyes preexistentes al acto imputado, sino de conformidad con unas posteriores, lo cual quiere decir que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio criminal.

"Pero, es más, honorables Magistrados: se le aplicó una ley procedimental posterior que, además, no era permisiva o favorable a sus medios de defensa, sino evidentemente odiosa, restrictiva y desfavorable".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se case la sentencia acusada, pues reconoce que al demandante le asiste la razón al sostener que el Decreto 0012 de 1959 fue aplicado al juzgamiento de un hecho consumado con anterioridad a su vigencia, "lo cual apareja las consecuencias que la honorable Corte señala en sus fallos de fechas 14 y 15 del corriente mes, proferidos sobre la base de los proyectos o ponencias presentados a la consideración de la Sala Penal por los distinguidos Magistrados, doctores Vergara Crespo y Rendón Gaviria".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En efecto, esta Sala en los fallos que cita la Procuraduría General de la Nación, y en providencias posteriores, ha sostenido que al darle efecto retroactivo al Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, aplicándolo al juzgamiento de hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, se quebranta en forma palmaria y grave la garantía constitucional consagrada por el artículo 26 de la Carta por cuanto "no se necesita un gran esfuerzo comparativo para concluír que el procedimiento establecido por el Decreto 0012 ... es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia (Sentencia de 14 de marzo de 1961)".

Así, por ejemplo, en la sentencia del 15 de marzo último, en el proceso por homicidio contra Walter Vidal, esta Sala expresó al respecto lo siguiente:

"1ª — El artículo 26 de la Constitución Nacional estatuye:

" 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

"En desarrollo de los principios que esta norma consagra sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, de una parte, y retroactividad de la ley permisiva o favorable en *materia criminal*, los Códigos —Penal y de Procedimiento— establecen:

" 'Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella". (C. P. Art. 1º).

" 'La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (C. P. Art. 3º)

" 'No se podrá imponer sanción alguna por infracción en la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por juez competente". (C. de P. P., Art. 1º).

" 'En materia criminal, la ley permisiva o favorable; aun cuando sea posterior al acto que se le impute, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (C. de P. P., Art. 5º).

"2ª — Se ha entendido, con relación al artículo 26 de la Carta, que éste no consagra garantías para la persona sino en la esfera de la *represión penal,* vale decir, que únicamente en materia criminal consagra los tutelares propios de *juicio previo, ley anterior* al hecho juzgado y *jueces naturales;* no así en el campo del derecho privado sustantivo y procesal, donde los conflictos derivados de un tránsito de legislaciones, deben ser resueltos con aplicación del artículo 30 de la Constitución, en cuanto garantiza los 'derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'."

"3ª — En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige como para el común de las leyes, pero está excepcionado por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacerla retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

"4ª — La consagración por el Constituyente del equitativo principio de que 'la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable', a que alude el inciso 2º del artículo 26, no ampara a la persona en el juicio criminal solo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887.

"Lo que la Carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende por igual los preceptos sustantivos y de procedimiento, dejando, eso sí, a salvo el canon fundamental de la retroactividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito.

"5ª — Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación porque respecto de ellas no pueda hablarse de 'derechos adquiridos' que inhiben al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos en curso, y que por la misma razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Penal, lo evidente es que, aun frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito de legislaciones, aplicar la ley más favorable.

"6ª — Las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. Muchas de sus disposiciones, las más importantes, consagran los recursos contra las providencias judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, la asistencia profesional del acusado, los medios de defensa, los recursos extraordinarios, los motivos de detención preventiva, entre otras cosas, todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal.

"7ª — Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

"8ª — El alcance del artículo 26 de la Constitución y de los textos penales antes transcritos no permite dudar sobre las anteriores consideraciones. El *juicio previo* debe descansar en ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado"...

"9ª — La Corte —Sala de Casación Penal— en distintos fallos ha reafirmado el criterio de aplicación a la ley procesal, en el tránsito de instituciones de juzgamiento, del principio con-

sagrado en el artículo 26, doctrinas que aparecen citadas en sentencia proferida recientemente, que versa sobre un caso idéntico al que aquí ahora se resuelve, y en la cual esta misma Sala consideró válida la impugnación con fundamento en la causal cuarta. Se dice en dicha sentencia:

" 'Debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a *contrario sensu,* el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. La observación es pertinente por cuanto existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone que: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir', restringe o limita el canon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustantivas, y que por consiguiente las leyes procesales aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aun sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia.

" 'Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional.

" 'Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, se han dictado leyes y principalmente decretos leyes de carácter procesal que restringen, limitan y hasta suprimen casi completamente las garantías procesales de la defensa, consagradas por el Código de Procedimiento Penal, leyes a las que se da inmediata vigencia sobre las normas anteriores más benignas, suponiendo acaso que por tratarse de leyes sobre la ritualidad de los juicios están excluídas por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, del principio de la no retroactividad de la ley restrictiva.

" 'Por esto oportunamente recuerda el demandante la jurisprudencia siguiente:

" 'Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste". (Sentencia, 13 de septiembre de 1945, LIX, 539).

" 'A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior'." (Autos, 22 de septiembre de 1950, LXVIII; 232; 29 de septiembre de 1950, LXVIII, 271).

" 'El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta.

" 'No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluír que el procedimiento establecido por el Decreto 0012, aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia.

" 'Como acertadamente lo anota el recurrente, el Decreto 0012 suprime el término probatorio establecido en el artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia pública y consecuencialmente el cargo de vocero así como el Jurado de Conciencia. Pero no es esto sólo, sino que además suprimió los recursos de apelación contra los autos de detención y contra los que rechacen la práctica de pruebas (Arts. 5 y 15) y los careos; también restringió las causales de nulidad establecidas en el Código de Procedimiento Penal, reduciéndolas a las de incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería. Pero estas restricciones, con todo, no es lo más desfavorable u odioso que contiene el precitado decreto, sino que al suprimir, además, la calificación del sumario, y por lo tanto, el auto de proceder, prácticamente eliminó el juicio penal propiamente dicho, al borrar la separación de las etapas del proceso, entre el sumario y la causa. El auto de proceder se ha consagrado tradicionalmente en nuestra legislación

procesal penal y se ha considerado, con razón, por la jurisprudencia y la doctrina, como un acto procesal de innegable trascendencia y necesario para la posibilidad de la defensa, pues él contiene el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda; por lo tanto, si dicho pliego no se le formula al acusado, difícilmente sabrá éste de qué tiene que defenderse, y en consecuencia, cómo podrá defenderse. Además, la jurisprudencia tiene establecido que el auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia y que dentro de cada género de delitos el fallador debe ceñirse a la calificación hecha en el auto de proceder.

" 'Es suficiente el anterior somero análisis, para llegar a la indudable conclusión de que el procedimiento consagrado en el tantas veces citado Decreto 0012, sí restringió, y en forma notoria y grave, los medios de defensa consagrados en la legislación procesal anterior, vigente cuando se cometió el hecho por el cual se juzgó y condenó a Bernardo Monsalve Carmona.

" 'Síguese de lo dicho, que al aplicarse a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, posterior al delito a que dio origen, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución, y se incurrió en una causal sustancial que debe ser reconocida, invalidando lo actuado desde el auto de fecha 13 de julio, inclusive, con el que se inició la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

" 'El argumento que el señor colaborador fiscal pretende hacer valer, a modo de réplica, fundado en que, en el caso de aceptarse el planteamiento del recurrente, 'de que se ha incurrido en la violación del artículo 26 de la Constitución porque el decreto es lesivo del derecho de defensa del reo, la Sala no haría nada diferente de declarar la inexequibilidad de dicho decreto, lo cual es privativo de la Corte en pleno y no de la Sala Penal', es tan inane que no merece ser tenido en cuenta, pues dicho razonamiento lo que revela es que el señor Procurador Segundo Delegado no tuvo en miente la diferencia fundamental que existe, en cuanto a sus efectos, entre la acción de inexequibilidad, consagrada por el artículo 214 de la Carta, acción que es la que compete privativamente a la Corte en pleno, y la excepción de inconstitucionalidad, establecida en el artículo siguiente, excepción que no solamente puede ser reconocida por cualquiera de las Salas de la Corte, sino por cualquier Juez de la República, sin que ello entrañe una usurpación de la jurisdicción privativa de la Corte Plena'. (Sentencia de 14 de marzo de 1961)".

El Decreto 0012 de 1959, aplicable únicamente a los Departamentos que continúan en estado de sitio, entró en vigencia desde el 4 de junio de dicho año.

El delito de homicidio por el cual se juzgó y condenó en segunda instancia a Guillermo Fajardo Bautista se consumó, en el Departamento del Tolima, sometido todavía al estado de sitio, el día 15 de mayo de 1957, es decir, que en esa época regía un procedimiento penal, de orden general, para el territorio del país, más favorable a la defensa del sindicado que el consagrado por el citado Decreto 0012.

De lo anterior se concluye, que al haberse aplicado al juzgamiento, en el caso de autos, el procedimiento restrictivo y especial establecido en el expresado Decreto 0012, se violó, en forma notoria y grave el principio consagrado expresamente por el inciso segundo del artículo 26 de la Constitución, incurriéndose así, desde el momento en que se dictó el auto del 24 de agosto de 1959, que dio aplicación al mencionado decreto, en la nulidad de carácter supralegal, invocada con fundamento en la causal cuarta.

Como el cargo primeramente invocado, con fundamento en la causal principalmente invocada prospera, es innecesario el que la Sala se adentre en el estudio de las otras causales propuestas por el demandante para impugnar el fallo acusado, debiendo procederse, por lo tanto, en la forma prevista por el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

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 y de acuerdo con él, INVALIDA el fallo recurrido de que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que se reponga el procedimiento, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, a partir del auto del veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (fl. 134 del cuaderno 3º).

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA.— PROVOCACIÓN SUFICIENTE

Invalidación de la sentencia condenatoria recaída en este proceso por homicidio. El agente actuó en legítima defensa subjetiva. Cierto es que el provocador suficiente no puede alegar la legítima defensa, pero tal calificativo no puede predicarse del procesado en el caso de autos. Qué ha de entenderse, según los tratadistas y la jurisprudencia, por provocación suficiente.

La legítima defensa exige que la agresión que rechaza quien se defiende sea injusta, calidad ésta que deja de existir para quien alega la justificante cuando es éste provocador suficiente, dado que esta actitud le quita a la violencia eludida el carácter de injusta. Algunas legislaciones (como la uruguaya y la argentina) señalan, en forma expresa, entre los requisitos de la citada eximente de responsabilidad "la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende". El Código Penal colombiano, (así como la legislación penal italiana), no utiliza la expresión citada, pero exige que la violencia que se rechaza, además de actual, debe ser injusta.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, dieciséis de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el doctor Jaime Arroyave Naranjo, en su condición de defensor del procesado Olmedo Zapata Echeverri, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 9 de mayo de 1960, por la cual impuso a éste la pena de treinta y dos (32) meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Ricardo Echeverri Madrid.

HECHOS Y TRAMITE PROCESAL:

El señor Fiscal del Juzgado 2º Superior de Pereira hace la siguiente síntesis de los hechos, que acoge el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal al contestar la demanda de casación:

"Aproximadamente a las nueve de la noche del veinticuatro de enero del año en curso..." (1959)... "entraron a la cantina de propiedad de la mujer Rosalba Méjía Villalobos, situada en la carrera 19 con calle 38 del perímetro urbano de esta ciudad..." (la de Armenia)... "los señores Olmedo Zapata Echeverri y Alzanario Ruiz Echeverri, y luego de sentarse a una mesa pidieron licor, invitando a la propietaria del establecimiento para que los acompañara...

"Pasados unos minutos hizo su entrada al mismo establecimiento el señor Ricardo Echeverri Madrid, primo hermano de Olmedo, y solicitó a la dueña de la cantina que le vendiera una 'costeñita, para él que era tan chiquito'. Parado en el mostrador se la tomó y seguidamente ordenó que le sirviera otra y lo que estuvieran tomando Olmedo, su compañero y la mencionada mujer.

"Echeverri dijo a Zapata que le fuera a llevar a la finca, pues conducía un vehículo automotor, pero éste dijo que todavía no se pensaba ir; luego de un breve silencio, el primero requirió nuevamente al segundo para que fuera a llevarlo... 'en esta ocasión, donde la mujer de

los dos', por lo cual Zapata le dijo que si tenía deseos de pelear, que se montaran en el carro y que en otro lugar se mataban, porque no le gustaba hacer escándalo. Ante esta determinación, Echeverri le dijo que era ahí mismo donde tenían que pelear e hizo ademán como de sacar un arma, introduciéndose la mano por dentro de la camisa; vista esta actitud, Zapata esgrimió una peinilla que llevaba por dentro de los pantalones y con ella atacó a Echeverri, propinándole (sic) varias heridas en la cabeza —lado izquierdo— que posteriormente lo llevaron a la muerte. Según la versión de la testigo Mejía, con el primer machetazo lo redujo a la impotencia y no obstante lo anterior siguió dándole, cuando Echeverri se encontraba en 'cuclillas' ''.

Adelantado el proceso de acuerdo con el trámite señalado en el decreto 012 de 1959, el Juzgado Superior de Armenia, mediante su fallo de 2 de noviembre de 1959, impuso a Olmedo Zapata Echeverri la pena de treinta y dos (32) meses de presidio, previas las siguientes consideraciones:

''Es innegable, porque de ello hay suficiente prueba en los autos, que Ricardo Echeverri era hombre altivo, orgulloso y engreído con su óptima situación económica, al tiempo que el sindicado ha sido ciudadano pacífico, pobre y entregado de lleno a su trabajo para proveer a sus necesidades y las de su familia. Zapata, a pesar de las burlas y humillaciones a que con frecuencia lo sometía su primo, no llegó a levantar su voz de protesta hasta el día veinticuatro de enero último, en que reaccionó violentamente ante gravísimas ofensas que le infirió Ricardo.

''En las horas de la tarde de aquel día, antes de que el acusado emprendiera viaje a la región de 'La India', Echeverri le había dicho con la mayor frescura y con evidente ánimo injuriante: *'vengo de allá, de donde la mujer tuya'*, queriendo con ello significar que había estado con la propia esposa de Zapata. Y como éste ya estaba enterado de las perversas intenciones que de mucho tiempo atrás abrigaba Ricardo respecto de su cónyuge, a quien quería arrebatarle, para hacerla su concubina, al alcance de cualquiera está el poder insultante y ofensivo de esa frase. Pero Olmedo, dando una vez más muestras de su temperamento pacífico, hace caso omiso de la injuria y apenas responde con una broma. Hace luego el viaje a la vereda 'La India', regresa y cuando ya se dirige a su casa en compañía de su primo Alzanario Ruiz, se les ocurre entrar a la cantina de la testigo Mejía, con el fin de tomar algunas cervezas. Allí aparece a poco Ricardo nuevamente y repite la injuria aunque con distinta expresión: *'que si quería llevarlo donde la mujer de los dos'*. Entonces, ante la tremenda provocación —reiterada— Zapata reacciona, le dice que le está ofendiendo mucho, que si lo que quiere 'es ponerle pelea'. Echeverri responde altivamente que sí; replica Olmedo que suba al automóvil y que en otro sitio 'se arreglan' y Ricardo, contundente, dice: 'no, es que yo quiero aquí mismo gran hijueputa', y hace ademán de sacar o esgrimir arma, pero en este momento Zapata, obrando con más celeridad, echa mano de su peinilla y la descarga repetidamente sobre la cabeza de su adversario hasta dejarlo agonizante en el suelo, retirándose luego.

''No se discute, pues, que Ricardo provocó en forma muy grave a Olmedo; tan grave, que las frases intencionalmente injuriantes que le lanzó, entrañaban un verdadero ataque al honor y la hombría del acusado, si que también al honor de su legítima esposa. Porque si es verdad qué ésta sufrió un asedio casi permanente de parte de Echeverri con obvias intenciones de posesión sexual, es cierto por otra parte que no existe ninguna constancia en los autos de que sus pretensiones se hubieran visto coronadas por el éxito.

''Ahora, que la provocación además de grave fue evidentemente injusta, es cosa que aparece de bulto en las constancias informativas. Porque, ¿con qué derecho Ricardo humillaba a su pariente cada que se le presentaba la oportunidad? ¿Con qué derecho perseguía asiduamente a la esposa de éste? ¿Con qué derecho le ofendió diciéndole que venía de donde 'la mujer tuya', sugiriendo que ya había logrado respecto de doña Fabiola Patiño sus perversas aspiraciones de posesión carnal? ¿Con qué derecho inmediatamente antes del incidente trágico le dijo Ricardo Olmedo, delante de testigos para hacer más afrentosa la injuria, que lo llevara 'donde la mujer de los dos', refiriéndose a la misma esposa del sindicado? ¿Con qué derecho, en fin, se propuso envilecer, ultrajar y provocar al pacífico Olmedo Zapata? Estos interrogantes están predicando a grandes voces la injusticia de la provocación, no incidental sino ya crónica o permanente.

''Es el propio acusado quien afirma que le tiró a Ricardo rápidamente porque 'yo le tenía mucho miedo porque sabía que él cargaba el revólver' y no tuve más que hacer, porque si

salía corriendo me tiraba por detrás y me mataba, no encontré más camino, *ofendido en mi amor propio y en mi honor* de lo que él me había dicho que si ya te vas a ir para que me lleves donde la mujer de los dos.

"Es indiscutible, pues, que la reacción de Zapata fue motivada por la grave e injusta provocación que insistentemente le lanzara Echeverri, que lógica y humanamente ocasionó en el ánimo del agredido un estado de ira y a la vez de intenso dolor, que en forma incontenible lo impulsó de inmediato a atacar al ofensor hasta causarle la muerte.

"Plantea el acusado —como se ha visto— una situación de legítima defensa, porque Echeverri hizo ademán de sacar el revólver que 'nunca le faltaba' para disparar sobre él, o porque al menos ésta fue la creencia racional del sindicado, como lo ha sostenido también su inteligente defensor. Y bien pudiera admitirse esa causal de justificación del hecho, si no fuera porque ella aparece empañada por la invitación a pelea que el propio Olmedo hizo a Ricardo inmediatamente después de recibir las gravísimas ofensas de parte de éste, invitación que aceptó Echeverri, pero no para luego como quería el acriminado, sino para que el combate se efectuara inmediatamente. Sin embargo, no hubo riña en sentido lato ni en sentido jurídico, porque el provocado no dio lugar a ella, atacó de inmediato y ultimó a su adversario, antes de que éste pudiera hacerle daño alguno.

"En estas concretas circunstancias, precisa llegar a la conclusión de que Zapata al ultimar a Echeverri no obró en legítima defensa objetiva, ni subjetiva, ni tampoco en el desarrollo de un combate singular, porque realmente no lo hubo. Mas sí aparece muy claro que su actividad dolosa fue determinada por gravísima e injusta provocación de parte del occiso, generadora de una indudable conmoción anímica, de un estado de ira y de dolor que llevó al incriminado a reaccionar violentamente contra su consanguíneo, causándole la muerte. Se está, entonces, en el caso *sub júdice* frente a una situación especialísima prevista en el artículo 28 del Código Penal".

El Tribunal Superior de Pereira, en el proveído de 9 de mayo de 1960, por el cual confirmó la sentencia de primera instancia, expresa lo que pasa a transcribirse:

"Los únicos dos testigos *de visu...*" (a vista de ojos)... "son contestes en afirmar que cuando el occiso le dijo a Zapata que lo llevara 'donde la mujer de los dos', éste enardecido le puso pelea invitándolo a que se subieran al carro para irse a reñir a otra parte. Ricardo aceptó el reto para que el encuentro tuviera lugar allí mismo, aceptación que hizo mentándole la madre a su antagonista y haciendo ademán de esgrimir un arma, posiblemente el revólver que acostumbraba cargar sin chuspa por entre los pantalones. Entonces Zapata le dijo: 'bien podás sacarlo y dispará', para atacarlo en seguida rápidamente con la peinilla, causándole las heridas que determinaron su deceso.

"Es factible que si Zapata no invita a pelear a Ricardo, éste no hubiera hecho ademán de sacar arma y aquél no habría tenido necesidad de agredirlo con la peinilla, desapareciendo entonces la inminencia del peligro que el acusado alegó en su injurada. No hay legítima defensa, ha dicho la Corte, 'cuando el peligro amenaza como consecuencia casi obligada de un hecho voluntario del matador', como en el caso de autos, que el reto a reñir partió precisamente del acusado, naturalmente exasperado por la frase hiriente que sobre su esposa le lanzó su contrincante.

"Tampoco se puede hablar de riña imprevista, porque fue precisamente Zapata quien desafió al otro y además no hubo combate, cambio de golpes recíprocos..., que caracterizan la riña.

....

"No queda en favor del acusado, como circunstancia modificadora de su responsabilidad, sino el estado de ira e intenso dolor en que obró, acuciado por las graves ofensas de palabra relativas a su esposa, si que también lesivas del honor de su señora madre, cuya injusticia es notoria a todas luces, reuniéndose, en consecuencia, los requisitos exigidos por el artículo 28 del Código Penal".

LA DEMANDA DE CASACION:

El doctor Jaime Arroyave Naranjo, con invocación de la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pide que se case la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, a fin de que se profiera sentencia absolutoria en favor de su mandante, Olmedo Zapata Echeverri, por estimar que al dar muerte a Ricardo Echeverri Madrid obró aquél en legítima defensa de su vida y aun de su propio honor y el de su cónyuge.

Afirma el demandante que el juzgador de segunda instancia incurrió en una errada apre-

ciación de los hechos, que trajo como consecuencia que no se reconociera la causal de justificación de la conducta de Zapata Echeverri prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

Concreta el impugnante los cargos, en la forma siguiente:

a).— Que el juzgador de segunda instancia hizo una equivocada interpretación de los hechos, al negarle el valor que tiene la circunstancia relacionada con las frases cruzadas entre Ricardo y Olmedo, pues éste "debió pensar que la nueva invitación a la casa 'de la mujer de los dos' era el reto definitivo a trabarse en riña. Ese sí reto, y de una gravedad tal, que entraña nada menos que una ofensa gravísima al honor...", precedido de actitudes no menos provocadoras del occiso, como la de haber expresado que por ahí "andaban dos hijueputicas que a él no le gustaban", todo lo cual evidencia que Ricardo buscó obligar a Olmedo a pelear contra la voluntad de éste.

b).— Que "erró el Tribunal de Pereira cuando le atribuyó a las palabras de Olmedo un valor que no tienen, denominándolas reto, para acomodarlas al aparte jurisprudencial de la honorable Corte que le sirvió de sustentáculo a la confirmación de lo actuado por el Juez Superior de Armenia. Quien dio lugar a la expresión de Olmedo no fue éste, sino Ricardo, que le lanzó al rostro la ofensa relativa al adulterio de su esposa y se mofaba una vez más del manso primo, que le había tolerado toda suerte de humillaciones durante diez o más años.... En las palabras que equivocadamente califica de reto el Tribunal, no veo yo sino un arranque de extrema nobleza de parte del procesado, que quería con esa invitación desviar a su gratuito insultador de propósitos que harto habría alimentado con anterioridad. En ese instante no le faltó propiamente hombría a Olmedo, sino que le sobró comprensión para darse cuenta de que aún podía intentar disuadir a su gratuito perseguidor de sus propósitos homicidas, invitándolo a ir a otra parte para no dar espectáculo en la cantina de Rosalba. Es por esta razón que resulta forzada o caprichosa la interpretación del Tribunal, cuando le atribuye a la frase de Olmedo un sentido que nunca tuvo, ni podría tener.

"Con la expresión de Olmedo....", agrega el demandante... "o sin ella, Ricardo hubiera hecho lo que se proponía, de haberle dado tiempo aquél, pues ya había manifestado pocas horas antes a Fabiola Patiño que el revólver que le mostró era para darle plomo al tuerto, calificativo despectivo que el occiso usaba de tiempo atrás para con el procesado.

"La realidad... es que Olmedo Zapata Echeverri, al dar muerte a Ricardo Echeverri Madrid, obró conforme a derecho, por cuanto repelió de manera oportuna un ataque contra su vida o su integridad personal, injusto y grave, no provocado por él y sin ir más lejos de lo indispensable para conjurar el peligro que le amenazaba... Sus elementos estructurales..." (los de la defensa legítima...)... "estuvieron presentes: la violencia actual, caracterizada por la actitud de hostilidad permanente del occiso hacia el sindicado, que culminó la noche de los hechos, primero con tremendas ofensas que iban dirigidas a lesionar el honor del señor Zapata, e inmediatamente con la agresión de obra que no llegó a ser efectiva porque la reacción rápida del acusado no dio tiempo a que el ataque iniciado cumpliera su objetivo previsto; la injusticia de parte del agresor resulta obvia y huelga todo examen al respecto: iba dirigida no sólo contra la persona del sindicado, sino contra el honor suyo y el de su esposa; y, finalmente... no hubo desproporción entre la agresión o ataque y la defensa o reacción justa".

c).— Que "el honor en el presente caso jugó un papel tan importante, al menos como uno de los elementos que motivaron el conflicto... y no es impropio...", expresa el impugnante... "decir que también fue defendido por el acusado... El Tribunal de Pereira incurrió en el error de confundir la eximente denominada legítima defensa del honor con la atenuante o modificadora de que trata el artículo 28 del Código Penal; y de desconocer el valor probatorio de la confesión del procesado y su indivisibilidad, ya que no hay prueba que la contraríe..."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Estima el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que la causal segunda de casación invocada por el demandante no es pertinente, pues los cargos hechos a la sentencia no fueron demostrados.

Dice el señor Agente del Ministerio Público, luego de transcribir lo más importante de la indagatoria rendida por el procesado, que del estudio crítico de su confesión calificada "se deduce, en forma lógica que..." éste... "se había percatado, momentos antes de suceder el hecho investigado, de que su primo Ricardo Echeve-

rri se encontraba 'más trabado que un costal de estopa', es decir, en estado de embriaguez, y por lo tanto, no se comprende cómo Olmedo Zapata, al llegar Echeverri a la cantina de Rosalba Mejía, no eludiera su presencia y evitára, incluso, dirigirle la palabra, cuando el mismo procesado afirmó que cuando el hoy occiso de autos 'se emborrachaba, yo le sacaba el cuerpo, ya que sabía que era muy perecoso (sic) borracho y muy agresivo, echaba sátiras cada que se encontraba borracho y muy agresivo, a ver si me enojaba con él, pero yo no me enojaba. Y menos es explicable que el reo Zapata, al llegar Echeverri, le invitara a compartir la mesa donde estaba Alzanario Ruiz y Rosalba Mejía, acompañados por Olmedo Zapata: como es obvio, esta no era manera positiva de eludir a Echeverri, conforme acostumbraba hacerlo el procesado ante su primo beodo...''.

''...Lo que sí es cierto...'', agrega el señor Procurador... ''es que Echeverri formuló a Olmedo la petición de que lo llevara 'donde la mujer de los dos', pero sin que profiriera otras palabras en contra de éste, pues la reacción verbal de Zapata fue tan subitánea y explosiva que además de conllevar un verdadero reto hacia Echeverri, fue seguida de la agresión de Olmedo Zapata, que no alcanzó a repeler el occiso de autos, aun cuando sí alcanzó a llevar la mano hacia la cintura, por debajo de la camisa. Este hecho se comprobará con el estudio del testimonio de Rosalba Mejía''.

Y luego de transcribir parte de la declaración de esta mujer, anota el señor Agente del Ministerio Público que ''de esta versión se desprende, en forma inequívoca, el hecho de haber lanzado Ricardo Echeverri a Olmedo Zapata frases lesivas de su dignidad personal y en especial del honor de su esposa. Pero surge, por igual, con toda claridad que la reacción de Olmedo Zapata fue agresiva hacia quien antes había considerado como persona que se hallaba borracha y a quien precisamente le había respondido a otra ofensa semejante: 'vos lo que estás es más trabado que un costal de estopa'. Porque si es verdad que Olmedo Zapata consideraba a su primo, Ricardo Echeverri, cuando éste se hallaba embriagado, demasiado ofensivo y altanero cómo le iba a inferir un reto tan directo cual si lo que deseaba era pelear y sin darle tregua señalarle que lo podían hacer en la misma cantina, si no deseaba acudir a otra parte para pelear. Y no se olvide que a sus palabras acompañó la acción, pues prontamente se dirigió hacia Echeverri y le propinó diversos machetazos que le produjeron lesiones mortales en el cráneo.

''Que Echeverri hizo el ademán de llevarse la mano debajo de la camisa, como para sacar algo que allí portara, está apenas indicando que quiso responder al reto que le lanzaba Olmedo Zapata, pero no alcanzó a reprimir la acción de éste, por la prontitud con que obró el procesado. Echeverri sí fue la persona que intentó defenderse de la agresión imprevista de Zapata.

. . . . . .

''Pues bien. Si es un hecho incontrovertible que la ofensa verbal proferida por Echeverri hacia Olmedo Zapata determinó una conmoción psíquica en éste, que el Tribunal *ad quem* con propiedad clasifica como un estado de ira e intenso dolor, causado por una grave e injusta provocación, por igual resulta plenamente demostrado que fue el procesado quien con su reto verbal e insistente a pelear determinó que el hoy occiso de autos tratara de llevarse la mano por debajo de la camisa, hacia donde posiblemente, conforme surge del expediente, guardaba un arma, pero sin que alcanzara a lograr su objetivo, porque el ataque inmediato de Zapata no le dio tiempo para nada. Es cierto que la ofensa verbal inferida por Echeverri a Zapata era grave y lesiva de su honor y del honor de su mujer, pero en manera alguna le obligaba como único medio de defensa de tal bien a retar à su primo que, como el mismo procesado informa, se hallaba 'más trabado que un costal de estopa'. Y no se olvide la insistencia del reto por parte de Zapata, porque ello surge indubitablemente del testimonio de Rosalba Mejía.

''Todo lo anterior...'', estima el señor Procurador... ''revela que por parte del honorable Tribunal Superior de Pereira no hubo en la sentencia demandada errónea interpretación dé los hechos, que se haga ostensible por ir en contra del recto discurrir. Se acabaría lamentablemente, con la libertad de los juzgadores de instancia en la valoración legal-moral de la prueba, si fuera apenas necesario argumentar en forma diversa de la expuesta en el fallo recurrido para lograr imprimir prosperidad a la causal segunda de casación...''.

LA SALA CONSIDERA:

Son hechos aceptados por el juzgador de segunda instancia —como también los admite el Juzgado Superior de Armenia— los siguientes:

a).— Que Ricardo Echeverri era una persona engreída y vanidosa por su holgada situación económica, mientras Olmedo Zapata ''ha sido

un ciudadano pacífico, pobre y entregado de lleno a su trabajo''.

b).— Que a pesar de las burlas y humillaciones a que con frecuencia lo sometía su primo Ricardo, Olmedo no llegó a levantar su voz de protesta, hasta el día veinticuatro de enero de 1959, ''en que reaccionó violentamente ante gravísimas ofensas que le infirió Ricardo''.

c).— Que no era desconocido de Olmedo que su primo Ricardo mantenía un constante asedio sobre su esposa, a quien pretendía sexualmente.

d).— Que como antecedente inmediato a los hechos, se tiene la gravísima ofensa, hecha con propósito humillante casi inconcebible, de que Ricardo le pidiese a Olmedo que lo llevara a donde su esposa, ya que era la mujer de ambos.

e).— Que a pesar de tan lesivo ultraje, Olmedo no reaccionó de inmediato, sino apenas para decirle a Ricardo que lo estaba ofendiendo mucho, y que si lo que quería ''es ponerle pelea'', a lo cual respondió Echeverri que sí. Pero Zapata, en franca actitud de eludir el lance porque preguntó a Ricardo, le dice a éste que se suba ''al automóvil y que en otro sitio se arreglan''. Sin embargo, Echeverri expresa que ''no; es que yo quiero aquí mismo, gran hijueputa'', haciendo el ademán, afirma el juzgador de primera instancia, ''de sacar o esgrimir arma, pero en este momento Zapata, obrando con más celeridad, echa mano de su peinilla y la descarga repetidamente sobre la cabeza de su adversario, hasta dejarlo agonizante en el suelo, retirándose luego''.

Es, entonces, evidente que si alguna actitud provocadora existió, sólo cabe predicarse del comportamiento de Echeverri, pues la conducta asumida por Olmedo, al preguntar a su primo Ricardo que si lo que quería era ''ponerle pelea'', ni siquiera constituye ese reto o invitación de parte del procesado para trabarse en riña con su ofensor. Fue Ricardo Echeverri quien ciertamente retó al procesado, pues él fijó para ese mismo momento de los hechos la agresión armada en ademán inequívoco, luego de que a la pregunta de Olmedo, de si lo que quería ''era ponerle pelea'' respondió que ''sí, pero ahí mismo'', rechazando la insinuación del procesado de que fuesen a resolver el incidente a otro lugar.

Es cierto que la defensa legítima exige que la agresión que rechaza quien se defiende sea injusta, calidad esta que deja de existir para quien alega la justificante cuando es éste provocador suficiente, dado que esta actitud le quita a la violencia eludida el carácter de injusta.

Algunas legislaciones, en forma expresa, señalan dentro de los requisitos de la citada eximente de responsabilidad la ''falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende''. Así aparece en los códigos del Uruguay (artículo 26) y de Venezuela (artículo 65), entre otros.

La legislación penal de la Argentina, en el artículo 34, dice que ''no son punibles... 6º, el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a), agresión ilegítima; b), necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y, c), falta de provocación suficiente por parte del que se defiende''.

El maestro Francisco Carrara expresa que es indispensable para que exista la defensa legítima que no aparezca la suficiente provocación, y anota que ''*provocar* es incitar o estimular a alguien para que se enoje, ya sea con palabras o con actos''.

Esta Sala, en providencia de 26 de octubre de 1943, (G. J. t. LVI, pág. 448), dijo lo que pasa a transcribirse:

''La provocación —en su acepción general— consiste en 'irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje'; y en su acepción jurídico-penal, en que tales palabras u obras sean graves e injustas, y tanto, que puedan producir estados emocionales o pasionales generadores de reacción...''

Y refiriéndose Luis P. Sisco al alcance de la provocación, esto es, a la suficiencia de la misma para que excluya la defensa legítima, dice en su obra ''La defensa justa'' (Edit. ''El Ateneo'', Buenos Aires, 1949, págs. 211 a 212) lo siguiente:

''Si la sola circunstancia de provocar a otra persona, impidiera al que provoca, la defensa ulterior, podrían presentarse casos de flagrante injusticia; esto ocurriría cuando la reacción ha sido totalmente desproporcionada a la agresión, o dicho de otro modo, cuando la provocación, por leve, por insignificante, no habría podido generar una reacción violenta. Una palabra, normalmente, no puede justificar un violento ataque a la vida del que la pronunció y si el ataque se produce, no puede dejar de justificarse la defensa privada.

''Si así no fuera, las menores expresiones de palabra o los gestos.... autorizarían la agresión del provocado, y pondrían al provocante en el dilema de dejarse matar, o de cometer un homi-

cidio. Es necesario, pues, que la provocación reúna ciertos caracteres; es indispensable vivificar esta expresión, y darle un contenido, si no distinto, por lo menos más severo que el que resulta de su significación gramatical e idiomática. Eso es lo que ha hecho la ley, que ha agregado a la palabra 'provocación' el término 'suficiente', con lo cual se perfecciona y justifica la exigencia..." del código, (se refiere a la legislación penal de la Argentina).

Y luego de citar a Jiménez de Asúa (quien observa que la provocación será suficiente, "cuando explique de una manera cumplida y satisfactoria, el ataque mismo"), concluye Sisco (pág. 213) en que corresponde al juez, en cada caso concreto, "apreciar si el grado de provocación ha sido 'suficiente', es decir, aptó, idóneo, para producir el ataque del provocado.

"Si un individuo...", agrega... "dirige a otro una frase trivial, de sentido equívoco, y éste saca un revólver, el que pronunció la frase podrá defenderse, y su defensa será justa, porque la provocación no habría sido 'suficiente'. Si, en cambio, con una actitud grave, seguida de palabras ultrajantes, reiteradas, dichas en público, y con el ostensible propósito de irritar, suscita el ataque del provocado, su defensa no será justa, ni podrá ampararlo la eximente, en razón de que él, con su actitud, deliberada, ostensible y reiterada, ha producido, fomentado o determinado el ataque. Entre uno y otro caso —que podríamos decir extremos— cabe una infinita variedad de situaciones".

Pero aún más:

Se pregunta Giuseppe Maggiore, al comentar la legislación italiana, que exime de responsabilidad a quien obra "constreñido por la necesidad de defender un derecho propio o de otro, contra el peligro actual de una ofensa injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa"; se pregunta Maggiore —vuelve a decirse— si "se tiene el elemento de la injusticia de la ofensa cuando la persona constreñida a defenderse provocó ella misma, con algún hecho propio, el peligro actual".

Y para responder tan importante cuestión, observa lo que pasa a transcribirse:

"Las opiniones son discordes. Carrara enseñó que no surge esta dirimente, 'cuando, aunque el mal amenazante exceda los límites de la legitimidad, hubo injusticia por parte del amenazado, como en el caso del ladrón o del adúltero que, al verse sorprendido y amenazado de muerte por el dueño o el marido, le da muerte...' Pessina también opinó que 'no puede considerarse defensa inculpada la de aquel que, por alguna acción ilegítima, se ha puesto en la condición de ser ofendido o de tener que resistir a una violencia justa'. Pero no podemos seguir estas enseñanzas...", afirma Maggiore... "pues ninguna disposición legal, jurídica o moral, concede al provocado derechos de vida y de muerte sobre el provocante; luego también a éste le compete el derecho de legítima defensa... Distinta sería la respuesta si la provocación degenerara en agresión. A su vez, el agresor no puede invocar la causa de justificación. Y esto debe decirse del duelo, ya sea regular o irregular, de la riña, de los desafíos deportivos. Si dos individuos se baten en duelo regular, en pelea, si compiten en un partido de lucha o de boxeo, o se traban en riña, su violencia es recíprocamente injusta, y la dirimente es inaplicable. En otras palabras: es inadmisible la 'legítima defensa recíproca', o la 'legítima defensa' contra la 'legítima defensa' ".

Pues bien:

El Código Penal colombiano, como la legislación penal italiana, no hablan de "falta de provocación suficiente de parte de quien se defiende", pero exige que la violencia que se rechaza, además de ser actual, debe ser *injusta*.

Y aun aceptando que dejase de ser injusta la violencia actual que se rechaza, por haber sido el que se defiende provocador suficiente, jamás puede tomarse como a tal a Olmedo Zapata Echeverri, pues ninguna frase agresiva dirigió a Ricardo Echeverri y su actitud, antes de tener que asumir la defensa de su vida, se redujo a preguntarle a su primo si lo que quería era "ponerle pelea" y a sugerirle que en tal caso la pospusiera para otro lugar, vale decir, que el procesado buscó eludir en ese momento una riña con su primo.

Al contrario, quien de manera por demás injusta y grave provocó con frases tremendamente lesivas al procesado fue precisamente el occiso. Bien cabría decir de éste, en el supuesto de que Olmedo no hubiera alcanzado a defender su vida y Ricardo le hubiera dado muerte, que fue un provocador suficiente, esto es, que no habría obrado en legítima defensa de su vida, porque no rechazaba una violencia injusta.

No es posible, de acuerdo con los hechos aceptados en la providencia recurrida, tener a Olmedo Zapata como provocador, ni que, en consecuencia, su reacción defensiva fuese injusta o que la violencia que rechazó fuese justa.

Y no puede exigirse de nadie un comportamiento cobarde, como hubiera sido el de Olmedo, que por conocer la agresividad de Ricardo,

al notar su presencia en el lugar de los hechos y al ser gravemente ofendido, hubiera emprendido carrera para evitar el ataque contra su vida, que francamente se proponía realizar su primo.

Es evidente que el procesado, aun luego de ser gravemente ofendido, quiso evitar la previsible agresión física con que amenazaba Ricardo Echeverri, diciéndole a éste que si quería pelear, lo dejaran para otra parte, invitándolo a que se retiraran del lugar donde su primo precipitó los acontecimientos.

Es, por tanto, indudable que la reacción de Olmedo Zapata no tuvo otra causa que la necesidad de defender su vida, sin que él hubiese dado lugar al comportamiento agresivo de Ricardo Echeverri.

Dice el procesado que "cuando yo vi que hizo el amago como de echarle mano al revólver y se me retiró un poco, a mi me dio miedo, me vi muerto en ese momento, entonces saqué la peinilla que la tenía por dentro de los pantalones rápidamente, viendo que me iba a matar y le tiré un machetazo, yo le tiré unos machetazos y no fue más, yo le tiré rápidamente porque me dio miedo de él, pues yo le tenía miedo porque sabía que él cargaba revólver, y no tuve más que hacer, porque si salía corriendo me tiraba por detrás y me mataba..." Y su aseveración no sólo tiene el respaldo en los testimonios allegados al proceso, sino que en la misma sentencia acusada no se rechaza, sino que en ella se le desconoce la condición de legítima a la defensa que cumplió Olmedo, al considerar a éste como provocador suficiente, vale decir, por estimar como justa la agresión de Ricardo, o, en otros términos, por no ser injusta la violencia actual que el procesado rechazó.

Si el procesado hubiese cumplido los hechos movido por la ira, su actitud habría sido muy distinta, pues en lugar de preguntar a su primo que si lo que quería era "ponerle pelea" y pedirle que en tal caso, lo dejara para hacerlo en otra parte, habría reaccionado inmediatamente después de haber sido ofendido con los graves ultrajes que le hizo su primo. Solamente el temor de perder la vida a manos de Ricardo Echeverri aparece como causa determinante de su conducta, como que el ataque que buscó no se produjera en ese momento, ocurrió apenas vio que su primo buscaba sacar un arma para atacarlo.

Estas consideraciones impiden aceptar la afirmación del demandante, de que Olmedo obró en legítima defensa de su honor y el de su cónyuge, como que fue el miedo a perder la vida lo que determinó su conducta; en cambio permiten concluír en que cometió el hecho en legítima defensa subjetiva de la vida.

Prospera, pues, la causal segunda de casación alegada y, por tanto, debe invalidarse el fallo recurrido, a fin de absolver al procesado Olmedo Zapata Echeverri.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, a que se ha hecho mérito, y, en su lugar, *absuelve* al procesado Olmedo Zapata Echeverri de los cargos que le fueron hechos en este negocio.

Telegráficamente ordénese la libertad incondicional del procesado Zapata Echeverri.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO

No se encontraba el agente, al cometer el hecho delictuoso, en estado de intoxicación crónica, sino aguda, producida por marihuana. Le eran aplicables las penas ordinarias que le impusieron los falladores de instancia, y no las medidas de seguridad que pretende el recurrente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Agotados los trámites propios del asunto, decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga *condenó* a Jaime Castaño Moreno a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Antonio María Fonseca Perea, confirmando así plenamente la proferida por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito el diez y ocho de abril del año citado.

HECHOS

Con las salvedades que oportunamente se anotarán, la Sala acoge la versión de los hechos expuesta en la demanda:

"a) Entre las siete y las siete y media de la mañana del 14 de agosto de 1959, tuvo conocimiento la Inspección Segunda de Policía Municipal de Tuluá de que en el piso del llamado 'Puente Nuevo', sobre el río Tuluá se encontraba el cadáver de un hombre que acababa de recibir muerte violenta de una cuchillada. El muerto era un joven carretillero de nombre Antonio María Fonseca Perea;

"b) Conforme a la versión unánime de los testigos presenciales del hecho, versión no controvertida, la muerte del carretillero Fonseca ocurrió de la siguiene manera: Cuando Fonseca venía conduciendo una carretilla tirada por un caballo, un hombre se le atravesó y le pidió que lo llevara; como Fonseca se negase, el hombre le dijo que lo pisara, cogió luego las riendas del caballo y enseguida, cuchillo en mano, se subió a la carretilla; en este instante Fonseca se tiró a tierra y en el momento en que tal hacía, precisamente al dar la espalda al hombre que ya estaba sobre la carretilla, éste le dio una cuchillada por la espalda. Fonseca, herido, alcanzó a correr unos metros para ir a caer muerto un poco adelante, sobre el piso del puente cercano. El heridor, que lo fue Jaime Castaño Moreno, siguió en la carretilla con dirección al matadero público de la localidad;

"c) Eduardo Jiménez Cruz, secretario del Permanente, enterado del acaecimiento, salió con la camioneta enrejada propia para el traslado de los delincuentes, en busca del posible responsable del hecho y habiendo encontrado a Jaime Castaño Moreno le dijo que subiera al vehículo, éste subió y fue conducido al calabozo. La identificación de Castaño Moreno como autor de la muerte del carretillero Fonseca se estableció plenamente;

"d) Jaime Castaño Moreno, en las horas que precedieron a su encuentro con el carretillero Fonseca y el lamentable episodio de la muerte de éste, cumplió actividades —relato, no contradicho, de su injurada y abundantes testimonios, acervo probatorio, por lo demás, estudiado

y acetapo por el fallo del *ad quem*— que pueden sentetizarse así:

"Habiendo llegado a las dos de la mañana, hacia el amanecer del 14 de agosto de 1959, procedente de Barranquilla (Castaño era conductor profesional de vehículos automotores), se fue al restaurante "Tíbiri Tábara", de la zona de tolerancia de Tuluá, en donde tomó cervezas y una primera botella de aguardiente; luego, acompañado por dos desconocidos que le parecieron cantineros del establecimiento, ingirió, a "pico de botella", media de una segunda de aguardiente, traída y servida no supo él por quién. En las primeras horas de la mañana, Castaño se dedicaba a hacer escándalo, quebrando vasos y diciendo que se quería morir (testimonio de Arturo Giraldo, folio 28, dueño de la cantina); salió luego a la calle, "como loco", y "se le tiró" a un camión, manejado por un conductor a quien llaman "Mellizo", camión que tuvo que parar bruscamente, para no triturarlo, y esperar a que Castaño se le quitara de la vía para proseguir su marcha (incidente que relatan el citado Giraldo y Fermín Mondragón, folio 29, Juan Carmona, folio 30, Julio César González, folio 31 y Joaquín Toro Salazar, folio 33v.);

"e) Castaño Moreno no tuvo conciencia alguna de los actos que realizó a partir del momento en que bebió la mitad de la segunda botella de aguardiente, habiendo recobrado el conocimiento cuando se hallaba en el calabozo, víctima de una amnesia tan aguda que, como lo destaca el fallo de segunda instancia, ni siquiera se dio cuenta del examen a que fue sometido por los médicos legistas, quienes conceptuaron que se hallaba *"intoxicado gravemente por marihuana"* (folio 23). Este dictamen pericial está confirmado por el médico particular, doctor Alfonso Ramírez, quien examinó a Castaño el 15 de agosto, treinta y seis horas después del hecho sangriento por éste protagonizado, y expone (folio 34) que "por el examen clínico practicado pudo constatar que se hallaba bajo la acción del tóxico el que posiblemente por los trastornos nerviosos, *se trataba de una intoxicación por marihuana";*

"f) Como lo anota el fallo del honorable Tribunal Superior de Buga, para explicar la muerte violenta de Fonseca, acto cuya imputabilidad material recae íntegramente en Castaño Moreno, éste no tenía ningún motivo: entre uno y otro no existía enemistad, ni relación anterior, ni siquiera se conocían. No hubo, pues móvil alguno en el hecho sangriento, lo que incide —como adelante se verá— en la cuestión de fondo de deducirle a Castaño Moreno responsabilidad por el llamado homicidio simplemente voluntario o de propósito".

LA DEMANDA

Planteada con notable habilidad dialéctica y ceñida a los requisitos formales propios del recurso, la demanda aduce y sustenta las causales segunda y primera de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, con la advertencia de que la última de las citadas se formula como consecuente de la anterior, finalizando el libelo con la solicitud de que, si se aceptan como justificados los motivos de impugnación propuestos, proceda la Corte, conforme al aparte a) del artículo 570 ibídem, a "invalidar el fallo impugnado y a dictar el que deba reemplazarlo".

Toda la estructura de la argumentación expuesta por el distinguido demandante está enderezada a sustentar el siguiente planteamiento:

"Castaño Moreno, ebrio voluntario (circunstancia de menor peligrosidad), si en ese estado ingiere marihuana, con acto propio aunque obscurecido en la conciencia por la consecutiva perturbación psíquica propia de su embriaguez, responde penalmente de la totalidad de sus actos. Pero no habiendo prueba alguna de la voluntaria ingestión de esa sustancia, ni de que ella pueda achacarse a acto de propia iniciativa del ebrio, y sí —concurrente al hecho procesalmente establecido de su conducta ajena al empleo de ese tóxico— de que le fue suministrada por sujetos extraños en la noche del 14 de agosto de 1959, la conclusión de que la tomó sin conocimiento es inexorable. Y esa marihuana a tal punto deterioró su organismo que solo su huella, en los extremos de una grave intoxicación, fue verificada por el legista. Luego al suprimir la vida de un hombre, el acusado obró, por fuerza mayor, sin capacidad de entender ni de querer, es decir sin voluntariedad, propósito o dolo".

Actualiza así el impugnador un tema tenazmente suscitado por el defensor de Castaño Moreno en las instancias, según puede apreciarse al leer los alegatos por aquél dirigidos al Juez del conocimiento y al Tribunal de Buga. En el segundo de los alegatos mencionados, síntesis del anterior, se encuentran los siguientes apartes, que compendian y resumen el pensamiento de la defensa sobre el caso *sub júdice*:

"Sobre el hecho material no queda duda en el proceso, pues a pesar de que Castaño dice no tener conocimiento de lo ocurrido ya que horas antes había perdido el conocimiento al ingerir unos tragos de aguardiente, sin volver a darse cuenta de sí mismo sino cuando se encontró recluído en un calabozo, está suficientemente acreditado que fue él, y no otra persona quien le propinó la puñalada a Fonseca.

"Por ello que la discrepancia del suscrito con el concepto del Juzgado del conocimiento se deba única y exclusivamente a las condiciones anímicas en que se encontraba Castaño en el momento de realizar el acto y a las razones y causas que determinaron esa misma situación anímica. Yo he sostenido que el sindicado no se encontraba en uso de sus facultades mentales y volitivas; no en un estado de inconsciencia que le impidiera toda actividad física, sino inhibidas totalmente sus facultades intelectuales por obra de una grave intoxicación, no debida a su propia voluntad.

. . . . . .

"¿Puede atribuírse responsabilidad penal al sujeto que obra en esas circunstancias? Yo creo sinceramente que no. Lo sería si la hierba la hubiera utilizado por su propia voluntad y consciente de sus eventuales resultados; lo mismo que ocurre con el alcohólico que al tomar la bebida, está en condiciones de prever las consecuencias socialmente nocivas de su actividad. Pero si a un individuo que sólo busca el esparcimiento alcohólico se le suministra sin su voluntad un tóxico diferente que lo lleva al delito, no hay razón alguna de justicia que lo haga responsable del acto no querido ni previsto por él".

Causal 2ª.— Se formula en la demanda de la siguiente manera:

"La recurrida sentencia del honorable Tribunal Superior de Buga, por errada interpretación y por errada apreciación les atribuyó a unos hechos un valor probatorio que no tienen y a otros, íntimamente ligados a los anteriores, no los tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso. Y esos hechos son elementos constitutivos del supuesto delito de homicidio y su acertada interpretación y apreciación exime de responsabilidad al procesado Jaime Castaño Moreno".

Cabe advertir de una vez que en el presente caso es pertinente alegar la causal segunda de casación, por cuanto el proceso se adelantó conforme a las normas del Decreto 0012 de 1959, vale decir, sin intervención del Jurado.

En desarrollo de la formulación precedente el impugnador expone estas razones:

"El honorable Tribunal Superior, recogiendo la realidad procesal, que en este caso —para usar la conocida expresión— coincide con la 'verdad verdadera', admitió que el momento en que Castaño Moreno dio muerte a Fonseca se hallaba bajo aguda intoxicación por doble sustancia, el alcohol y la marihuana. Sobre la voluntaria ingestión del alcohol por parte de Castaño no hay controversia y ella se da por probada con su propia confesión. En cambio, no existe prueba, de que la ingestión de la marihuana hubiese sido voluntaria y sí existe prueba técnica, testimonial e indiciaria de que la marihuana no la tomó Castaño por su voluntad sino que le fue suministrada.

"Ante la circunstancia, de concluyente relevancia para decidir lo atinente a la responsabilidad penal en el caso de autos, del suministro de la marihuana a Castaño y su ingestión por este modo involuntario, el honorable Tribunal Superior en el fallo impugnado resolvió en orden a negar esa decisiva circunstancia, sostener que no era esta la primera oportunidad en que Castaño utilizaba esa sustancia ni la primera intoxicación de esas características que padecía. Y partiendo de la base de que Castaño se ha visto varias veces bajo los efectos de la marihuana, concluyó que él toma la sustancia voluntariamente. Con lo que, de acuerdo a semejante raciocinio, procedió a declararlo responsable de un homicidio de propósito, aplicándole el mínimo de la sanción prevista.

"Pero ocurre que la afirmación de que Castaño varias veces ha padecido la intoxicación por marihuana —lo que constituiría, dicho sea de paso, el verdadero caso de habituación del intoxicado crónico— carece de todo apoyo probatorio en los autos, siendo por lo mismo absolutamente infundada; y la afirmación de que en otra oportunidad estuvo bajo la influencia de esa sustancia, la extrae el honorable Tribunal Superior del hecho de que así lo hubiese expresado el testigo Eduardo Jiménez Cruz, Secretario del Permanente cuando la muerte de Fonseca y anterior Inspector de Tránsito de Tuluá, en declaración que no merece ese nombre, ni la menor credibilidad, ni es prueba idónea —pero ni siquiera remotamente— para tal fin; y para abundar en el apoyo de su tesis el honorable Tribunal Superior se acogió a ciertos pasos de la indagatoria del acusado —dividien-

do sin causa su confesión— de los que se infieren conclusiones en abierta oposición a la sacada por el *ad quem*".

A continuación el demandante emprende un análisis crítico del testimonio de Eduardo Jiménez Cruz, enderezado fundamentalmente a demostrar que las afirmaciones de este testigo en relación con la intoxicación por marihuana que el procesado pudiera padecer cuando dio muerte a Fonseca no constituyen prueba idónea sobre la materia, porque se trata de una cuestión de índole científica, sólo susceptible de ser apreciada por los expertos.

"Se dijo —concluye en torno a este tema— que el medio idóneo, el único, para determinar la forma y causa de una intoxicación, accidental o crónica (igual ocurre con el estado de enajenación mental y la grave anomalía psíquica) es la pericia médica. Así lo han sostenido unánimemente y con reiteración que obedece a la ponderada hermenéutica de los textos legales sobre anomalías y prueba pericial, el adelanto progresivo de la ciencia que trata de esas anomalías y el sano criterio de prevenir escandalosos abusos todos los Tribunales del país y la honorable Corte Suprema de Justicia".

Apoyado luego en la indagatoria de Castaño Moreno, en la cual niega haber usado la marihuana en la madrugada del 14 de agosto de 1959 y en declaraciones de varias personas que se refieren al procesado como persona de correctos antecedentes, el demandate sostiene que "queda en pie la sola explicación del suministro de la droga por tercera persona, con desconocimiento y falta de voluntariedad en su consumo por parte de la víctima de tamaña maniobra". Y agrega para reforzar su tesis:

"Castaño Moreno, atrás quedó consignado, niega en la indagatoria haber usado la marihuana, y su dicho —confesión no desmentida— es dato cierto, con valor legal de prueba suficiente, del que se infiere la *involuntaria* ingestión del tóxico. ¿Habrá otros datos acreditados que ofrezcan nuevo y racional apoyo procesal a esa inferencia?

"Debe analizarse la actividad cumplida por Castaño Moreno en las horas de la noche del 14 de agosto de 1959. Cuenta él haber llegado a las dos de la madrugada al restaurante "Tíbiri Tábara" de la zona de tolerancia de Tuluá, luego de un viaje —tan fatigante como puede imaginarse— desde Barranquilla; compra allí una botella de aguardiente de la que toma algunos tragos y también toma cerveza; hasta ese momento está solo, pero a continuación le hacen compañía, cuando ya el alcohol ha empezado a producir sus efectos, dos sujetos desconocidos que le parecen cantineros del establecimiento; agotada la primera botella de aguardiente llega una segunda sin que Castaño, ya ebrio, sepa quién la ordenó y la trajo y de ésta bebe la mitad él solo, 'a pico de botella', para perder desde ese instante el conocimiento y recobrarlo cuando se hallaba en el calabozo, atacado de fuerte dolor en el estómago, algo así como ardor y fatiga y un dolor de cabeza que describe gráficamente diciendo que parecía que se le iba a partir en dos. Con amnesia total de cuanto ha hecho y ocurrido durante su pérdida del conocimiento, cree hallarse en detención por algún daño causado en la cantina donde estuvo tomando".

Causal 1ª — Los argumentos aducidos para sustentarla constituyen, en esencia, una reiteración de los expuestos para fundamentar la segunda, los cuales, en síntesis, consisten en sostener que Castaño Moreno dio muerte a Fonseca Correa bajo el estado de una amnesia absoluta producida por la marihuana, ingerida de manera involuntaria. "Luego al suprimir la vida de un hombre, el acusado obró, por fuerza mayor, sin capacidad de entender ni de querer, es decir sin voluntariedad, propósito o dolo". Para cerrar este último capítulo de impugnación a la sentencia recurrida, el demandante concluye así:

"El honorable Tribunal Superior al condenar a Castaño Moreno como responsable del homicidio previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, *que exige el elemento configurante del dolo,* por errónea interpretación en indebida aplicación de esa norma la violó en forma directa. Y en forma indirecta violó, así mismo, los artículos 11 y 12 del mismo Código, en los cuales se asienta la teoría general de la responsabilidad penal en el dolo. La indirecta violación del artículo 38, numeral 5º, proviene de que a Castaño Moreno, exento de responsabilidad por intoxicación plena y no voluntaria, le hubiese considerado acreedor al reconocimiento de una simple circunstancia de menor peligrosidad".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Como réplica a los argumentos expuestos por el distinguido demandante para sustentar la causal segunda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal presenta las siguientes razones:

"Ante todo, obsérvese que esta tesis ha sido propugnada de manera insistente a todo lo largo de la actuación procesal y fue expuesta de manera cabal por el doctor Carlos H. Morales al presentar el alegato del folio 71 y siguientes del cuaderno primero.

"Mas sin embargo sucede —como bien hace en anotarlo el fallo del *a quo*— que la argumentación de que se habla, parte de un supuesto que si no es falso, por lo menos no ha recibido la menor demostración en autos.

"Entonces, *es muy posible* (he aquí el supuesto que se subraya) que el aguardiente que fue servido a Castaño en la cantina contuviera jugo de marihuana, no notado o apreciado por el sindicado debido a su estado alcohólico, y que en esas circunstancias, no consentidas ni sabidas por él, se hubiera producido la intoxicación y el estado de inconsciencia. (Alegato citado, folio 77, cuaderno 1º)".

"Se repite que el supuesto que sirve de apoyo al argumento defensivo, no está probado. Veámos por qué:

"Es lo cierto que Castaño Moreno, conductor de automotores, regresaba de un viaje hecho a Barranquilla; no se sabe si solo o acompañado, si conduciendo él mismo un automóvil, un camión u otra clase de vehículo.

"No obstante que eran ya las dos más o menos de la madrugada, es evidente también que Castaño Moreno, después de tan largo y fatigoso viaje, no se dirige a su hogar a descansar, sino que se encamina a la zona de tolerancia de la población, y una vez en la cantina del barrio, denominada 'El Tíbiri Tábara', empieza a libar licor sin compañía de nadie, para luego hacerse acompañar de 'dos muchachos que no les sé el nombre, pero me parece que son cantineros de allí de esa cantina'. Y lo que bebe es aguardiente mezclado con cerveza, no en cualquier cantidad, sino en cantidad mayor, pues no comienza por pedir un trago sino más bien una botella, la cual bien pronto no sabe si consume íntegramente él solo o en compañía de dos sujetos.

"Sucede que dichos acompañantes accidentales solo figuran en escena porque así lo asegura el procesado. De ellos no hablan los testigos que sí deponen sobre la forma como bebía Castaño Moreno y sobre el estado de éste y su comportamiento al salir del lugar referido y pretender que lo arrollara un camión. Apenas el señor Giraldo, dueño de la cantina, dice que 'además con Castaño se encontraba un individuo tomando, cuyo nombre por el momento no recuerdo'.

"Por lo demás, téngase en cuenta que durante la investigación no se hizo esfuerzo alguno por localizar e identificar esos pretendidos acompañantes de las libaciones.

"Ahora bien: se acepta por este Despacho que Castaño Moreno, *al momento de ser examinado por los Médicos Legistas,* se hallaba intoxicado como consecuencia de haber tomado marihuana. Y si tal cosa se acepta, es porque se supone, en gracia de discusión, que fue examinado el mismo día de los sucesos, es decir, el 14 de agosto de 1959.

"Pero no por aceptar tal cosa, se puede salir a la conclusión de que a dicha clase de intoxicación llegó el acusado contra su voluntad o querer, por haber sido la intoxicación sufrida, consecuenia de la atividad de terceros.

"Sobre este aspecto de la cuestión obsérvese —como se hace en la sentencia— que los testigos presenciales estimaron al procesado más como borracho o ebrio que como intoxicado por alguna droga. Especialmente el testigo Toro Salazar, al folio 33 v. del cuaderno 1º, es enfático al respecto, agregando que a la cantina ya citada el procesado llegó 'todo rascado'. Además, la huída que emprendió aunada al hecho de desembarazarse del cuchillo comprometedor, dan base para inferir que sí tuvo conciencia de su situación y del hecho delictuoso que había cometido.

"Pero aún aceptando en gracia de discusión y con un criterio benévolo o favorable al acusado, que éste estuviera sometido al influjo de la droga al momento de cometer el homicidio, la tesis de que tal estado o situación, le fue producido u ocasionado en contra de su voluntad, es a todas luces inaceptable.

"Por lo demás, no se distingue por parte alguna, si es que alguien intoxicó deliberadamente con marihuana al homicida, el fin que se proponía el supuesto autor de semejante hecho. Y no se olvide, de otro lado, que ha sido cosa expresamente reconocida por el mismo Castaño, que fue su voluntad, a la hora de las libaciones que lo llevaron a ser protagonista o autor de un homicidio, beberse él solo, media botella de aguardiente de un solo trago y 'a pico de botella'.

"Debe, pues, estarse a lo realmente probado, esto es, que el acusado delinquió cuando se encontraba en estado de intoxicación aguda y no crónica producida por la marihuana. No siendo

crónica tal intoxicación, sino meramente transitoria, no había lugar a aplicarle una medida de seguridad, sino una pena, como en efecto lo han dispuesto los juzgadores de instancia.

"De otra parte, queda también demostrado que Castaño Moreno es un individuo impulsivo en grado sumo y que esa impulsividad alcanza un máximo grado cuando ingiere o bebe alcohol o drogas de naturaleza excitante, observación que se hace prescindiendo de las declaraciones de los señores Moreno (folio 32), Toro (folio 33v.), Romero (folio 36 vto.), Calle (folio 54) y Jiménez (folio 55), todas del cuaderno 1º".

Los argumentos ofrecidos bajo la invocación de la causal primera, aducida como consecuencia de la segunda, merecieron del señor Procurador la siguiente respuesta:

"El anterior planteamiento no es más que repetición de lo argüído para tratar de darle fundamento a la causal segunda de casación. Es decir que por una vez más se aduce, so pretexto de justificar la acusación hecha al fallo, un sofisma de distracción que como tal ha quedado evidenciado con la respuesta dada a las razones en que el recurrente se apoya al invocar la causal segunda.

"Y aunque sea redundante, será preciso insistir en que los supuestos acompañantes de Castaño Moreno que pudieron haber sido quienes le dieron a éste marihuana, son creación simplemente de la imaginación del homicida.

"Ya se dijo cómo es cierta la plena conciencia con que el poderdante del doctor Noriega obró al darle muerte al citado Fonseca Correa, y esa evidencia emerge de los hechos o actos ejecutados por el acusado una vez que consumó su malvado designio. Tales hechos —como ya se anotó— consistieron en la huída que emprendió después de matar, en haberse desembarazado del cuchillo y las palabras que pronunció después de esa misma muerte.

"El propósito o dolo que informa su actividad injusta e ilícita, no es de intensidad mayor. Solo corresponde al propio de un homicidio voluntario. Por lo mismo, es equitativo el fallo al graduar la sanción principal conforme a lo ordenado en el artículo 362 del Código Penal, cuya alegada violación carece de fundamento".

En armonía con tales razones, la Procuraduría concluye su concepto solicitando a la Corte que no case la sentencia acusada.

SE CONSIDERA:

1).— Conforme al testimonio de Eduardo Jiménez Cruz, la aprehensión de Castaño Moreno, momentos después de dar éste muerte a Fonseca, se produjo de la siguiente manera:

"El día catorce de agosto del presente año salía yo de la Permanencia en el vehículo de la oficina y pude ver que por la calle 25 hacia el parque venía un hombre corriendo y detrás de éste varios individuos. Ya al voltiar el parque alcancé con el vehículo a un señor que conozco con el nombre de Jaime Castaño, quien vestía pantalón kaqui; paré el vehículo y le dije que subiera, haciendo esto el citado sujeto. Luego di la vuelta hacia el Cuerpo de Bomberos y por el costado que da a la orilla del río entre la yerba encontré un cuchillo largo untado de sangre el cual por informaciones de algunos miembros del cuartel de C. de B. V., lo había votado (sic) el sujeto de nombre Jaime Castaño. Cuando ya íbamos hacia la cárcel del Circuito con el detenido Jaime Castaño en la camioneta al servicio de la Permanencia, el Inspector señor Rafael Calle le preguntó a tal detenido que por qué había hecho eso, y el señor Castaño le contestó: 'que matar un hifueputa (sic) de esos era como matar una mosca y que para uno morirse no necesitaba sino estar vivo' ". (Folios 55 y 55 vto., cuaderno 1º).

Un poco más adelante el testigo Jiménez Cruz anota que las expresiones de Castaño Moreno eran claras, "y atendía a los llamados que le hacía, tanto es esto así que me llamó por mi nombre y conversó conmigo correctamente".

2).— Lo declarado por Jiménez Cruz guarda perfecta armonía con el testimonio del Inspector Rafael Calle. Por tanto, como lo observa la Procuraduría en la respuesta a la demanda, la realidad del diálogo aludido es incuestionable. (Folio 54 ídem).

3).— Carmen Rosa Tabares, testigo presencial de los hechos, los relata así:

"El día del crimen día viernes, de siete a siete y media de la mañana, me encontraba yo en el andén de mi casa situada en la calle 21 entre carreras 26 y 27, cuando vi que venía un hombre todo borracho y vi que cruzó acá en la esquina (carrera 27 con calle 21) y se paró en la esquina y miró para todos los lados y de allí siguió y en esas venía el finado Fonseca en una carretilla y el señor que yo vi todo borracho siguió para arriba y casi al frente de una puerta de sin (sic) le cogió las riendas del caballo y le dijo tres veces 'hijueputa, hijueputa, hijueputa', entonces el occiso se bajó de la carretilla y cuando voltió a correr, el borracho sacó un cuchillo y se lo clavó por detrás y Fonseca al verse herido dijo en tres veces 'mamá, mamá,

mamá'. Después el tipo a que me he referido o sea el que mató a Fonseca se fue a subir a la carretilla y el caballo iba a arrancar a correr y él lo agarró de las riendas y el caballo lo tiró al suelo y volvió y se paró y se montó nuevamente y se metió el cuchillo por donde mismo lo sacó o sea de la pretina del pantalón y ya montado en el vehículo salió a toda carrera hasta la esquina del matadero donde se bajó y cruzó como para donde los bomberos, después de eso yo no me volví a dar cuenta''. (Folios 41 vto. y 42).

4).— Los anteriores elementos de juicio permiten determinar con toda nitidez la conducta o el comportamiento observados por Castaño Moreno inmediatamente después de dar muerte a Fonseca. La huída que emprendiera a raíz de haber asestado la puñalada mortal a la víctima; el haberse desembarazado del arma comprometedora; la respuesta dada al Inspector Calle y las expresiones claras que advirtiera en él Jiménez Cruz autorizan la conclusión, en lógica inferencia, de que consumó el acto homicida con dolo de propósito. Obsérvese que, inclusive, llamaba por su nombre al último de los testigos mencionados.

5).—En cuanto a los supuestos acompañantes de Castaño Moreno en la cantina en donde éste estuvo ingiriendo altas dosis de aguardiente y de cerveza y a quienes, sin prueba alguna que lo acredite, se les achaca el haberle suministrado marihuana, es preciso concluír que sólo son un producto de la imaginación del homicida. De manera tan clara y apodíctica lo ha sustentado así el señor Procurador en los apartes transcritos de su respuesta a la demanda, que la Sala encuentra superfluo agregar nuevas consideraciones al respecto.

6).—No se ha demostrado que la conducta del procesado, en el caso de autos, se halle comprendida dentro de alguna de las hipótesis previstas como eximentes de responsabilidad penal en la ley colombiana, vale decir, en los artículos 23 y 25 del Código punitivo. Tampoco existe en el proceso la prueba de que Castaño Moreno, al tiempo de cometer el hecho, se hallase en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o que padeciera de grave anomalía psíquica, estados que, plenamente acreditados, habrían hecho imperiosa la aplicación de las sanciones señaladas en el artículo 29 de la citada obra.

En el primer concepto médico-legal sólo se expresa que Jaime Castaño fue llevado a la oficina de los legistas ''intoxicado gravemente por marihuana''; y en el segundo, emitido con fecha 16 de septiembre de 1959, es decir, con posterioridad de algo más de un mes, simplemente se dice que para esta última fecha ''no presenta síntomas de intoxicación''. (Fls. 23 y 63, cuaderno 1º). Y el médico, doctor Alfonso Ramírez, en testimonio juramentado visible al folio 34 ídem, se expresa así:

''Es verdad que conozco en forma directa y personal al señor Jaime Castaño y es cierto que el día quince de agosto del presente año me fueron pedidos los servicios profesionales para atender médicamente al señor Jaime Castaño, quien se hallaba recluído en la cárcel de la ciudad. Por el examen clínico practicado pude constatar que se hallaba bajo la acción del tóxico el que posiblemente por los trastornos nerviosos, se trataba de una intoxicación por marihuana. No me es dado decir que el crimen cometido por dicho señor hubiera estado influenciado por el mismo tóxico puesto que el examen practicado por mí fue hecho treinta y seis horas después''.

Es preciso, pues, ceñirse a las pruebas operantes en el proceso, de las cuales se desprende que el procesado, al cometer el hecho que se le imputa, no obró en estado de intoxicación crónica producida por la marihuana, sino de intoxicación aguda, razón por la cual, como lo estimaron los juzgadores de instancia, lo pertinente, conforme a la ley, era aplicarle una pena, y no las sanciones establecidas en el Capítulo II, Título II, Libro Primero del Código Penal.

7).—No obstante el plausible esfuerzo dialéctico realizado por el impugnador, es obvio que careciendo de respaldo probatorio en los autos los hechos alegados para fundamentar la causal segunda de casación, ésta no puede prosperar. Suerte adversa comunicable a la primera, invocada como subsidiaria de la anterior.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde con el señor Procurador, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Buga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

PRUEBA NECESARIA PARA CONDENAR. ELIMINACION DE HIPOTESIS. PRUEBA GRAFOLOGICA.

La sentencia condenatoria acusada, por delitos de falsedad y estafa, carece de suficiente respaldo en el conjunto probatorio. No se investigaron las varias hipótesis posibles. Imposibilidad de llenar con la imaginación los vacíos probatorios. Valor indiciario de la prueba grafológica.

1. Toda investigación judicial presupone que cuantas posibilidades sean factibles, deben ser eliminadas una a una para que surja la que en debida forma y de manera cabal explique la ocurrencia. Si se parte de un supuesto, despreciando otro que puede dar la explicación, para otorgar al primero aceptación exclusiva, es apenas fácil suponer el error. En cambio, cuando queda debidamente comprobado que no hay explicación distinta, la mente descansa sobre una certidumbre fundada sobre verdaderos soportes de verdad y verosimilitud que, por tener estas notas, no pueden ser menospreciados.

2. Un dictamen pericial de prueba grafológica puede contener un valioso aporte para determinar una responsabilidad criminal en la falsedad documental. Pero si está huérfano de otros elementos colaterales que sirvan de basamento a sus conclusiones, ocurre que siendo apenas un indicio, no es susceptible de que solo a él se le preste crédito como criterio de verdad. Puede constituír un elemento de juicio que unido a otros permita una cadena de incidencias útiles para formar la certidumbre. Pero si estos hechos no se prestan entre sí la corroboración requerida para formar toda una concatenación de circunstancias que desemboquen en una única solución, su mismo aislamiento y la existencia de contraindicios o contrapruebas le restan fuerza e impiden que sobre ellos pueda constituírse una sentencia condenatoria, que exige la plena demostración de la responsabilidad, ya que la duda es siempre favorable al incriminado.

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

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por medio de apoderado especial, por la señora Graciela Acosta de González, contra la sentencia de 13 de mayo de 1960, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la condenó a la pena principal de cinco (5) años y diez (10) meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa, revocando así la proferida por el Juzgado Sexto Superior del mismo Distrito, que con fecha 29 de agosto de 1959, la había absuelto de tales delitos.

Con el objeto de dar cumplimiento a las formalidades legales que exige esta clase de recursos, oportunamente fue presentada la correspondiente demanda de casación, de la cual habrá de ocuparse esta Sala.

HECHOS:

El resumen más completo de los hechos, que aparece en los autos, es el contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, a fo-

lios 30 del tercer cuaderno, y que a continuación se transcribe:

"Por el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, la señora Graciela Acosta de González ingresó como empleada a la firma comercial 'Construcol Limitada', empresa que funciona en el Banco de Colombia de esta capital. Allí desempeñaba las funciones de Secretaria-Contadora y como tal le correspondía preparar los cheques de las varias compañías atendidas por 'Construcol', como también llevar las cuentas personales de su Administrador, doctor Alfonso Dávila Ortiz. Sucedió que la señora Graciela Acosta de González comenzó a girar cheques mediante la colocación de la firma del doctor Dávila Ortiz, como girador y a producir los comprobantes del caso, poniendo el visto bueno del mencionado administrador. Esa labor la empezó precisamente el ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y seis y la terminó el veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, habiendo en todo este tiempo girado treinta y siete instrumentos negociables, contrahaciendo la firma del girador, por un valor total de once mil ochocientos cincuenta pesos ($ 11.850.00), contra los Bancos: de los Andes, Comercial Antioqueño, Cafetero y Francés e Italiano. El señor Walter Husserl Hirseh le llamó la atención a Alfonso Dávila sobre alguna anomalía que venía anotando, como Revisor de la empresa, y consistente en que aparecían cheques girados diariamente por pequeñas cantidades imputadas a la cuenta personal del Administrador. Como éste manifestara que no venía procediendo en esa forma entró en sospechas y a poco andar vino en conocimiento de lo que estaba sucediendo, por lo que formuló la denuncia respectiva ante un Juzgado del Permanente, el veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y siete".

ACTUACION PROCESAL

La investigación de los hechos denunciados correspondió al Juzgado 10º de Instrucción Criminal de Bogotá, quien por tal motivo dictó auto cabeza de proceso.

Culminada la etapa instructiva, correspondió calificar el mérito de ella al Juez Sexto Superior de Bogotá, funcionario que después de oír la voz del Ministerio Público, en el sentido de que la sindicada Acosta de González fuera llamada a juicio por el delito de falsedad en instrumentos negociables, llegó a idéntica conclusión en auto de fecha 4 de febrero de 1959, (fs. 237 a 266 del primer cuaderno), solo que en la parte resolutiva de la providencia, apartándose del criterio del colaborador Fiscal, se llamó a responder en juicio criminal a la sindicada por los delitos de "Falsedad en Documentos" y "Abuso de Confianza y otras defraudaciones", ilícitos de que se ocupa el Código Penal en su Libro II, Títulos VI y XVI, Capítulos III y V, respectivamente.

Contra dicha providencia se interpuso el recurso de alzada ante el Tribunal Superior de Bogotá. En su concepto el Fiscal 1º de dicha corporación, fue de opinión que debía confirmarse en todas sus partes el auto materia del recurso, (fs. 272 a 277). Ello quiere decir que estuvo conforme que los ilícitos porque debía responder en juicio la procesada eran los mismos que el Juez *a quo* había considerado como consumados por aquélla.

El Tribunal Superior, después de un prolijo y minucioso análisis de los hechos y de los elementos de juicio que le servían de respaldo probatorio para demostrar la delincuencia de la procesada, confirmó la providencia de instancia, pero reformándola en el sentido de "encausar a la señora Graciela Acosta de González, por el delito de ESTAFA y no por el de Abuso de Confianza y otras defraudaciones"; confirmándolo en todo lo demás, determinando por ello mismo que del ilícito de estafa el Código se ocupa en el Libro II, Título XVI, Capítulo III, con lo cual quedaron perfectamente definidos, desde el punto de vista jurídico, los cargos imputados a la procesada (fs. 288 a 313 del cuaderno principal).

Vuelto el proceso al Juez de instancia y después de llevarse a cabo la audiencia pública, (fs. 338 a 339 del informativo), diligencia en la que por cierto es digno de anotarse que el Agente del Ministerio Público renunció a la palabra por las dos veces que le correspondía llevar la voz de la sociedad, el Juez Sexto Superior de Bogotá en providencia de 29 de agosto de 1959, luego de un análisis minucioso de los elementos probatorios que informan el proceso, tendientes a establecer la culpabilidad de la procesada, decidió absolverla de los cargos que le formularon por los delitos de falsedad y estafa continuados, negando al mismo tiempo las pretensiones de la parte civil, y otorgándole la gracia de la libertad provisional. (Fs. 340 a 358 del primer cuaderno).

Respecto de los elementos probatorios allegados a los autos, el Juez Sexto Superior de Bogotá, en la providencia a que antes se hizo mención, dice entre otros apartes los siguientes:

"Visto lo anterior, y siendo ello: que al Juez de Derecho obliga solo la prueba legal y que ésta se aprecia por su estimación legal; debemos inquirir en los resultandos que nos indica la existencia de los hechos y cuál fue su autor o autores para confrontando luego estos algos indicadores saber si son pruebas legales y cuál su apreciación.

"En el negocio que se estudia, siendo todo él no otra cosa que la presencia de una falsedad en unos instrumentos negociables, y, según el concepto del Tribunal, además, la estafa lograda por medio de los mismos y las dos cosas imputables a la procesada, es necesario analizar la prueba de la realización de la falsedad material denunciada, de su dependencia o relación con la estafa y de la responsabilidad de Graciela Acosta de González.

"En el orden cronológico, lo primero que se halla es el denuncio del doctor Dávila. En cuanto a las informaciones del doctor Dávila que pudieran tenerse como prueba de testimonio, porque no otra cosa es un denunciante sino simplemente un testigo; ante la crítica del testimonio carecen de valor si se considera que sus aseveraciones conllevan la intención de hacer como cierto lo que afirma y, por ser él la víctima del ilícito presunto su dicho se halla cargado de tanto interés que, como testimonio, está viciado de parcialidad. Además no consta en parte alguna que el denunciante afirme que la falsedad fue realizada materialmente por doña Graciela; y antes bien, en uno de los careos, manifiesta que no es posible que la hubiera visto en el momento de cometerla, pues de ser así se lo hubiera impedido. Lo que hace ver que como testigo no sirve porque nadie puede ser testigo sino en lo sometido a su percepción y lo que el doctor Dávila dice proviene no de percepción sino de suposición.

"La situación de la procesada como Secretaria, en las condiciones de autos, podría ser tenida como prueba indicial; pero por estar aceptado que no era ella, y solamente, la única persona con acceso a la chequera y otros documentos falseables, tal indicio se diluye y desaparece compartiéndose con otras varias personas conocidas y determinadas con un número incierto de otras desconocidas e indeterminadas dejando un interrogante de tal amplitud que su respuesta escapa a la humana capacidad de investigación".

Esta providencia, de la cual se dejan transcritos algunos de sus argumentos, el Juez que la dictó, de manera absolutoria para la señora de González, no es el mismo funcionario a quien correspondiera la calificación del mérito del sumario para llamar a responder en juicio criminal a la procesada, hecho que merece destacarse, toda vez que demuestra por sí mismo la disparidad de criterio en cuanto al examen del acervo probatorio entre los funcionarios mencionados.

Como la sentencia absolutoria fue apelada, tanto por el Agente del Ministerio Público, como por la parte civil, al subir los autos al Tribunal para surtir el recurso y una vez producido el traslado al señor Agente del Ministerio Público, Fiscal 1º de la Corporación, este funcionario, en Vista de 8 de marzo de 1960, examinó rigurosamente el proceso para discriminar la prueba, en orden a establecer si ésta cumplía los requisitos exigidos por la ley para dictar sentencia condenatoria o por el contrario la decisión, tomada por el Juez *a quo* debía conservarse, toda vez que de aquel examen aparecían fundamentadas dudas sobre la delincuencia de la procesada, susceptibles de conducir a idéntica conclusión de la tomada por el Juez *a quo*.

Comoquiera que la voz del Ministerio Público tiene una resonancia especial en este proceso, ya que tanto el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá como el mismo Procurador Primero Delegado en lo Penal, colaborador de la Corte, tienen idéntico parecer, vale la pena transcribir algunos de los conceptos del primero de los funcionarios mencionados, que resumen sus puntos de vista sobre el particular:

"Es incuestionable que como elementos de cargo contra doña Graciela no aparecen sino su manifestación inicial que se ha considerado como un principio de confesión; la demostración de que ordenó cobrar unos cheques al mensajero de la empresa, así como a otras personas; y a las conclusiones del peritazgo grafológico. Sobre los alcances demostrativos de tales elementos debe precisarse si se cumplen las exigencias legales para producir una sentencia condenatoria contra la ciudadana llamada a juicio o sí, al contrario, procede su absolución.

"Para efectos de una sentencia condenatoria, al tenor del mandato legal, debe estar comprobada plenamente la responsabilidad penal del acusado, sin que haya lugar a la presentación aparente de ella. A diferencia de lo que acontece con la detención preventiva o el llamamiento a juicio en los que las probanzas sustentatorias revisten o pueden estar revestidas de cierto cariz de imperfección, en el caso de la condena es imperioso que exista la plena prueba de la responsabilidad penal de la persona a la que

se le ha formulado un pliego de cargos en el auto calificatorio. Y es de tal magnitud el carácter de plena que a la prueba de cargos se exige, que hácese procedente la absolución cuando se presente alguna duda y aunque existan probanzas débiles que sustenten, así sea con cierta apariencia de firmeza, la responsabilidad penal en referencia".

Finaliza su concepto de fondo el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bogotá, haciendo las siguientes observaciones, que por ser de indudable importancia y reflejo fiel de la realidad procesal, se transcriben en seguida:

"Y en lo que respecta al dictamen grafológico, considerado como el más fuerte elemento de prueba en contra de la sindicada, es el caso de relievar dos consideraciones importantes: 1ª — El dictamen grafológico, por sí solo, no constituye plena prueba; y 2ª — El examen de los elementos de juicio que se tuvieron en cuenta para producirlo adolece de una falla inicial, cual fue la de haberse hecho sobre dictados del Instructor al doctor Dávila y no sobre escritos suyos anteriores..."

"...Pero la verdad procesal es, incuestionablemente, que todo ese conjunto de probanzas disímiles, incluyendo el dictamen, no forman la plena prueba para condenar que perentoriamente exige el artículo 203 del Código Procesal Penal.

"La segunda observación es muy importante: A folio 31 del cuaderno principal se lee: 'Sírvase doctor Dávila efectuar por unas quince veces a continuación, *la firma que usted tiene registrada* (subraya la Fiscalía) en los Bancos donde tiene sus cuentas corrientes'. Y a renglón seguido aparecen las firmas, lo que tiene enorme trascendencia para la escritura si se tiene en cuenta que hay múltiples factores que pueden influír sobre el escrito en esas circunstancias. Es ello tan claro que el propio doctor Dávila, cuando escribió sin atención alguna en relación con su firma estampada ya que lo hizo espontáneamente, estuvo en incapacidad de reconocer si la firma en algunos de los cheques, tildados de falsos, era auténtica o no. La dedicación especial y el máximo cuidado para firmar en consonancia con "la firma registrada en los Bancos", restan amplitud al escrito, de lo que es prueba la propia confusión del firmante cuando firmó sin procurar un acomodamiento determinado". (Fs. 11 a 13 del tercer cuaderno).

Con fecha 13 de mayo de 1960, el Tribunal Superior de Bogotá produjo la sentencia que es motivo del recurso de casación, mediante la cual después de un examen exhaustivo y crítico de la prueba que a todo lo largo del proceso había sido examinada por los diferentes funcionarios que en él han intervenido, llegó a la conclusión de que el fallo de primer grado debía ser revocado para sustituírlo por una sentencia condenatoria contra la señora Graciela Acosta de González, ya que con su conducta había transgredido las normas de los artículos 231 y 233 del Código Penal y el artículo 1º del Decreto número 2184 de 1951, que duplicó el mínimo de las sanciones, pero teniendo en cuenta el concurso material de delitos y en atención a ello, la pena que le correspondía a la procesada la señaló en cinco años y diez meses de presidio y multa de cincuenta pesos ($ 50.00) a la vez que las incorporales de rigor: pérdida de toda pensión o jubilación de carácter oficial; interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal; pérdida de la patria potestad; y, publicación especial de la sentencia. Condenó igualmente —in génere— al pago de todos los perjuicios morales y materiales causados por el delito.

En imposibilidad de transcribir la mayor parte de los argumentos que le sirven al Tribunal para la decisión de fondo con que condenó a la procesada, la Corte transcribirá algunos apartes de esa extensa providencia que si no comprende todos los puntos en ella dilucidados, sí por lo menos sintetiza uno de los aspectos cardinales del proceso, que es el referente a la prueba grafológica, la que más eficazmente ha servido como elemento de convicción y también de controversia entre los distintos funcionarios a quienes les ha tocado intervenir en el proceso.

"2º — En puridad de verdad —sostiene el Tribunal— se ha querido alegar que el *corpus criminis* de las mencionadas ilicitudes no se encuentra demostrado a plenitud y de ahí que la Sala en los resultandos procedentes haya tenido el buen cuidado de cargar el énfasis no solamente sobre la prueba grafológica, sino también sobre la diligencia de inspección ocular. En estos considerandos se procurará demostrar hasta la saciedad, cómo el elemento externo u objetivo sí se encuentra acreditado en la medida solicitada por la ley. Atrás quedaron refutadas las afirmaciones de la defensa en cuanto a que el denunciante afirmó ser falsos dos cheques que a la postre resultaron genuinos. La Sala ha tenido el buen cuidado de poner de presente que el cheque marcado con el número 027624 por setecientos pesos ($ 700.00), es auténtico, no así el correspondiente a la serie A, número 279628, también por setecientos pesos. Quedó así mismo

patentizado que el cheque número 22-B-40399 por quinientos pesos es absolutamente falso y que la persona que se dice lo cobró, esto es, Ramiro Rodríguez Cáceres, ha desconocido ese hecho y su firma. Además, en la inspección ocular se demostró que el talonario se colocó figurando primero el guarismo de mil quinientos pesos para luego borrarlo y quedar solamente por quinientos. Respecto al cheque número 30-B-40399, que le ofrecía al denunciante alguna duda en cuanto a su autenticidad, el grafólogo dictaminó que era falso.

"Ya se dijo que el doctor Dávila Ortiz señaló con una "F" en tinta roja todos los cheques en los que en su sentir su firma había sido imitada, acusando una matemática coincidencia con el resultado obtenido a través del experticio grafológico llevado a cabo inteligentemente por el reputado perito oficial doctor Posada Angel.

"Luego por este aspecto no se adivina la más pequeña grieta, ni la más mínima duda, por lo que la argumentación de la defensa carece de consistencia real procesal.

"3º — Todo el arsenal probatorio allegado durante la etapa sumaria tiende a poner de manifiesto que treinta y siete cheques girados contra la cuenta corriente que, en varios Bancos tenía abierta el ingeniero Alfonso Dávila Ortiz, resultaron falsos, ya que la firma del legítimo girador fue contrahecha o imitada en forma tan adecuada que tuvo la virtud de inducir en error a los empleados de aquellas entidades bancarias, quienes los pagaron a su presentación; con lo que el sujeto activo de los punibles averiguados logró un provecho crematístico o económico en la cantidad de once mil ochocientos cincuenta pesos ($ 11.850.00).

"La mutación de la verdad en los susodichos cheques, pudo ponerse de presente a través de la peritación grafológica, en la que el experto en forma motivada y científica, dio cuenta de todos los signos hallados en la escritura de la persona afecta al proceso y que tendían a evidenciar que el denunciante Dávila Ortiz no había estampado allí su firma, sino que hábilmente le había sido adulterada.

"Desde luego, la prueba pericial no tiene el valor de plena o completa, y ella, por mandato legal debe ser apreciada por el Juzgador, quien para acatarla o rechazarla está obligado a dar las razones del caso. En tratándose de experticios grafológicos militan las mismas consideraciones, máxime si se tiene en cuenta que la grafología sigue estando sometida a un proceso permanente de evolución, gozando más de las características de arte, que de ciencia. Sin embargo, en la ocasión actual se trata de una peritación motivada y fundada, consideraciones que unidas a la autoridad del perito, hace que la justicia le preste su asentimiento, toda vez que por lo demás acuden otros medios de certeza a respaldarla". (Fs. 56 a 58 del cuaderno 3º).

DEMANDA:

En extenso escrito, contenido en 41 fojas, el abogado recurrente, doctor Edmundo Cifuentes Benavides, hace un detenido análisis del proceso, examen que divide en capítulos, destinados el primero a la "Génesis de la Acción Penal"; el segundo al que denomina "Iniciación de la Acción Penal" y el tercero a lo que designa con el nombre de "Etapa del Juicio".

Como es fácil comprenderlo, por sus mismas denominaciones, en estos tres capítulos se relatan los hechos en una relación sucinta, que por cierto concuerda con las constancias procesales; luego se discrimina la actuación del funcionario instructor para dejar de una vez claramente determinada la forma como éste recibió la primera indagatoria a la procesada, la que hubo de suspender por motivos de salud de la misma, hecho que ha dado ocasión a diversidad de criterios, desde luego que la señora Acosta de González fue interrumpida por aquella causa en el recuento de los hechos, dejando trunca una explicación de los mismos, que ha dado motivo para que se considere que admitió su responsabilidad en ellos y que la suspensión inoportuna, que es el concepto del Tribunal, produjo por consecuencia el que al rendir la segunda indagatoria diera una explicación distinta y desviara la primera hacia cauces más favorables a su defensa.

En el último de los capítulos antes indicados, esto es, en la "Etapa del Juicio", el libelo hace un recorrido por todo el expediente a fin de señalar las incidencias del proceso y los diversos funcionarios que en él han intervenido y señalando en cada caso cuáles son los puntos de vista de aquellos funcionarios y las discrepancias que han tenido, no solo respecto a la calificación jurídica que debe darse a los delitos, sino también en relación con la prueba de cargos, cuyo examen por parte de los señores Jueces y Fiscales, ha sido francamente discordante y si se quiere antagónico entre sí, ya que mientras unos propugnan por la condenación de la procesada, pues encuentran elementos de juicio suficientes para llegar a esa conclusión, otros, en cambio, con fundadas razones y argu-

mentos valederos, consideran que las dudas producidas en la prueba, por no haber manera de eliminarlas razonablemente, deben llevar a la absolución de la incriminada.

Es sólo en el capítulo cuarto de la demanda en donde el recurrente plantea la causal única invocada, que no es otra que la prevista en el numeral segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. La importancia fundamental de las tesis sustentadas por el recurrente hace que de manera casi necesaria la Corte se vea en la obligación de transcribir aquellos apartes del libelo, en que el recurrente hace mayor énfasis y en los cuales residen los más importantes argumentos que lo llevan a impetrar la absolución de la incriminada.

Después de afirmar el libelo que la base de impugnación de la sentencia condenatoria la hace consistir en el hecho de que "no existen ni prueba directa de incriminación que permita determinar con certeza la responsabilidad, ni tampoco indicio grave que permita deducirla para con base en ella dictar sentencia condenatoria", agrega que por "haberse cumplido la sentencia condenatoria rechazando las potísimas argumentaciones del Juez *a quo* y las argumentaciones emitidas por el señor Fiscal 1º quien solicitó la absolución de la sentencia condenatoria de primer grado por hallarla en un todo ajustada a derecho, se violó la ley al darle a los hechos un valor probatorio que no tienen". "Establecido lo anterior —continúa— se concluye sin equívocos de ninguna índole, tal como lo estableceremos oportunamente, que el Tribunal violó el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, así como el 205 de la misma obra".

En este mismo capítulo destinado a sustentar la causal que invoca, que como ya se dijo es la 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, puede leerse lo que sigue, cuya reproducción es necesaria para seguir la exégesis del pensamiento del recurrente en orden a la demostración de las conclusiones a que espera llegar:

"Para proceder de acuerdo con las exigencias de la técnica de casación, de acuerdo con las ordenaciones legales, me voy a permitir realizar el estudio separado de todas y cada una de las pruebas tenidas en cuenta por el honorable Tribunal para sustentar su sentencia condenatoria y las que excluye sin justificación alguna.

"En primer término precisa determinar que los hechos calificados como indicios graves en contra de la señora Graciela Acosta de González en la sentencia condenatoria se pueden resumir así:

"1º — La señora Acosta de González era la única persona que tenía acceso al manejo de las chequeras, a los libros de contabilidad y al archivo de la empresa 'Construcol Limitada'.

"2º — La enjuiciada y condenada por el honorable Tribunal dizque pretendió la confesión de su delito al iniciar su interrogatorio en el sentido de aceptar el hecho de que ella había 'girado varios cheques' en contra de las cuentas particulares del denunciante.

"3º — Que se halla comprobado que la señora Acosta de González logró, por tercera persona, el cambio de cheques tachados como falsos.

"4º — Las experticias grafológicas emitidas por un solo perito mediante las cuales asegura que fue la señora Acosta de González la autora de la falsificación de la firma, concediéndole el valor de prueba irrefutable, dadas las cualidades personales del perito.

"5º — Que la diligencia de inspección ocular consumada en los libros de la empresa afectada y el examen de los comprobantes de contabilidad permitieron concluír de que varios de los documentos fueron adulterados, presentando enmendaduras y borrones, indicantes de las graves anomalías investigadas, atribuyendo la ocurrencia de tales maniobras a la señora Acosta de González, porque según lo juró dolosamente el denunciante la única persona que tenía acceso a las chequeras y libros de contabilidad era la señora Acosta de González".

El capítulo quinto lo destina el libelo a refutar el primero de los indicios que de acuerdo con lo anteriormente transcrito, y según el recurrente, sirvieron al Tribunal para dictar sentencia condenatoria. Como cada uno de esos capítulos, así destinados a refutar uno a uno los indicios de cargo, de conformidad con la enumeración de ellos antes anotada, termina con una conclusión. Será esta la que preferentemente servirá a la Corte como síntesis del pensamiento del recurrente.

En lo tocante al primer indicio y después del análisis a que lo somete, la demanda concluye:

"Respecto al pretendido indicio de oportunidad para delinquir que pretende cargarse en contra de mi defendida, por imperativos legales y lógicos debe rechazarse, porque: no es cierto que ella fuese la única persona con acceso a las chequeras y comprobantes de contabilidad como falsamente lo pretendió hacer creer a la justicia el denunciante Dávila Ortiz, y, consecuencialmente, además de la sindicada varias personas se encontraban en las mismas condiciones de sos-

pecha, pese a lo cual nunca se procedió a investigar tal como lo solicitara de manera reiterada la sindicada a través de todas sus intervenciones".

Sobre el segundo indicio de los que en sentir del recurrente sirvieron para la sentencia condenatoria del Tribunal al cual destina el capítulo sexto de la demanda, después de transcribir lo pertinente del fallo en orden a sustentar el valor que para el Tribunal tienen, los refuta la demanda así:

"...Pretender afirmar la existencia de una confesión valiéndose para el efecto de la ayuda de aquello que se cree equivocadamente un indicio, o sea llegar a establecer la confesión por medio de indicios, es desconocer en absoluto las imperativas exigencias que la jurisprudencia, la ley y la doctrina imponen para que la prueba de la confesión pueda recibir tal nombre con todo su valor procesal. Porque la confesión en materia penal es el reconocimiento claro, diáfano y concreto que un procesado hace de que evidentemente son reales los hechos o cargos que se le imputan, con las cualidades específicas de que tal manifestación debe ser libre y espontánea, siempre y cuando el cuerpo del delito esté plenamente comprobado y no haya prueba en contrario que la controvierta o ponga en duda.

"Por ello es inaceptable que se pretenda calificar de confesión lo manifestado por la señora Acosta de González, por la simple circunstancia de tratar de interpretar algunas frases aisladas sin examinar a fondo su contenido verdadero...".

"...La actitud del honorable Tribunal y los conceptos contradictorios que le merecen la mal llamada confesión, es la elocuente demostración de la falta de consistencia probatoria de ella, porque de existir como se pretende en la sentencia condenatoria para concluír que "sí implica una verdadera confesión", menospreciándola luego, sería jugar caprichosamente con las pruebas del proceso, en perjuicio de la recta administración de justicia que nada omite, nada rechaza ni adultera ni en pro ni en contra de las partes que intervienen en los procesos...".

La conclusión de este capítulo, en que el recurrente analiza la "supuesta confesión tomada como indicio", está expresada en los siguientes términos:

"La supuesta confesión cuya existencia se ha tratado de alegar por el honorable Tribunal con base en la interpretación equivocada del verdadero sentido que tiene el vocablo girar en la acepción que se le da en las empresas comerciales, según el atestado transcrito del propio denunciante, nunca puede esgrimirse como plena prueba de incriminación, porque ello sería "aberrante e ilegal" de acuerdo con lo expresado por el mismo honorable Tribunal. Consecuencialmente no debe prescindirse caprichosamente sino rechazarse de manera absoluta, por inexistente, la presunta confesión, por carecer de todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para que tenga la elocuente virtud de probar reatos y la consiguiente responsabilidad, cuando el cuerpo del delito se halla plenamente demostrado".

En lo tocante al tercero de los indicios o sea al cambio de cheques por terceras personas, el recurrente discrepa de la apreciación del Tribunal en el sentido de que la señora Acosta de González llegó "en su audacia a hacer figurar la firma de un personaje, en relación con un cheque que se dice falsificado por ésta y que apareció con la rúbrica de Raimundo Rodríguez Cáceres, firma que este sujeto desconoció como suya. Dice así el libelo:

"Es innegable que la señora Acosta de González por intermedio de algunas personas, indudablemente amigos o conocidos, hizo cambiar varios cheques en horas que no eran de banco y por orden expresa del propio denunciante. Asimismo existe la prueba de que el doctor Dávila acepta haberle hecho algunos préstamos para la confección de ropa y autorizó el giro de cheques al portador, que fue precisamente el que apareció en poder de la señora de Imbett, la modista y ese y no otro fue su origen, tal como lo expresa la sindicada en su correspondiente indagatoria".

En lo referente al segundo aspecto de este capítulo, dice el recurrente:

"Se ha dado, pues, un valor que no tiene al testimonio del señor Raimundo Rodríguez Cáceres, por el solo hecho de haber desconocido su firma, atribuyéndole, sin base de ninguna índole, la autoría de la supuesta falsificación a mi defendida, cuando ello ni siquiera se investigó.

"Sobre este aspecto del proceso —concluye el demandante— no se puede hacer estribar con certeza absoluta de que la señora Acosta de González haya verificado con terceras personas el cambio de cheques falsificados, ni mucho menos afirmarse que falsificó la firma de otro personaje, como lo cree estar probado el honorable Tribunal. De tal manera que nunca podría decirse este hecho reúne las características de un indicio grave de incriminación".

En lo concerniente al indicio cuarto, resultante de la prueba grafológica, según el título que le da la demanda al capítulo octavo que destina a su examen, hace una completa exposición, cuyo aparte principal es del tenor siguiente:

"La circunstancia, precisamente, de que el denunciante hubiera señalado con una 'F' roja los cheques que creyó falsificados para que en este estado de identificación absoluta pasaran al estudio posterior del único perito grafólogo que emitió el concepto en cuestión, es uno de los factores que debilitan aquel dictamen porque en esta forma se le había señalado el camino de sus conclusiones. Por eso se plasmó la feliz coincidencia relievada por el Tribunal. Quizá si la ocurrencia de tal señalamiento previo con la 'F' roja indicativa de que el instrumento era estimado como falso por parte del denunciante, no hubiera acaecido, tal vez otros muy diferentes hubieran sido los resultados. Pero se cometió tal error y ello necesariamente tenía que incidir de manera definitiva en la peritación grafológica.

La señora Acosta de González ante las aseveraciones hechas por el doctor Dávila Ortiz en la diligencia de careo, le expresó que no estaba diciendo la verdad y señaló varios cheques que eran auténticos, entre ellos el distinguido con el número 00279628, girado por el doctor DAVILA ORTIZ con el fin de cancelar el valor de una esclava de oro que le regaló a su esposa. No obstante la enfática afirmación de la sindicada nunca se procedió a verificar si su dicho era cierto o falso, ya que ni siquiera se llamó a declarar el testigo que vendió la esclava, tal como debía acontecer por imperativo legal, habida cuenta de que el investigador tenía la obligación ineludible de verificar todas las citas y comprobar las aseveraciones de la indagada.

"...De lo anteriormente expresado se concluye que la prueba grafológica esgrimida en contra de la señora Graciela Acosta de González, no puede tener jamás el valor de plena prueba, no solamente por las acertadas críticas formuladas por el señor Juez *a quo* y el señor Agente del Ministerio Público, sino porque la misma ley y la jurisprudencia así lo señalan en forma imperativa. Máxime cuando el experticio grafológico es emitido por un solo perito, sin colaboración de persona idónea que lo haga más acertado si se tiene los frecuentes errores de apreciación en que se puede incurrir al efectuar los cotejos correspondientes, dado el hecho de que la grafología no descansa sobre principios científicos de inconcusa comprobación que garanticen en forma irrebatible una conclusión acertada y real".

La demanda se ocupa en su capítulo noveno en examinar el indicio de la inspección ocular reputada como plena prueba de responsabilidad, y para tal efecto hace las siguientes apreciaciones:

"Nadie ha osado discutir el carácter de plena prueba que la ley otorga a la inspección ocular pero ello se circunscribe única y exclusivamente en lo que se refiere a lo constatado por el Juez, los testigos o peritos, al tenor del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Pero de ello a pretender demostrar de manera contundente la responsabilidad de la sindicada, hay una diferencia abismal y rotunda. Precisamente este fue el motivo para que nadie la tomara en cuenta como plena prueba de cargo, como equivocadamente lo hizo el honorable Tribunal para invocarla repetidamente en la sentencia, haciendo énfasis y recomendando su lectura.

"Las razones irrebatibles que me asisten para la afirmación anterior estriban en lo siguiente:

"Ante todo debo admitir que la inspección ocular hace plena prueba en cuanto a los hechos directamente en ella comprobados, a saber: sustracción de algunos comprobantes de contabilidad, alteración de los guarismos de algunos talonarios, enmendaduras y borrones en los libros de contabilidad, etc. Pero la cuestión fundamental radica en saber quién o quiénes fueron las personas que realizaron tales maniobras. Porque comprobado de manera absoluta el hecho material, es incuestionable que debe establecerse en forma plena y contundente la identidad de su ejecutor, para poder concluír con lógica, con certeza, la responsabilidad que le pueda caber".

Dice más adelante el recurrente:

"La diligencia de inspección ocular se practicó a partir del día 17 de junio de 1958 y se dio por concluída el día 19 de junio del mismo año. Vale decir, después de diez meses, tiempo más que suficiente para que personas interesadas en lograr determinado fin lo hicieran con la mayor libertad. Porque no hay que olvidar que si el señor Dávila Ortiz fue capaz de elevar bajo la gravedad del juramento un denuncio en el que afirmaba que la señora Acosta de González era la única con acceso a las chequeras, siendo ello rotundamente falso, tal como él mismo lo reconoció ulteriormente, es de suponer que teniendo el archivo en su poder, per-

fectamente podía hacer cualquier maniobra para perjudicarla.

Pero hay algo más grave en lo que se relaciona con esta famosa diligencia: se practicó a espaldas de la sindicada, ya que violando las normas de procedimiento, ni siquiera se le notificó el auto que la ordenó, no obstante hallarse detenida en la Cárcel de mujeres. La sola vista del folio 169 del primer cuaderno, basta para comprobar que el NOTIFIQUESE Y CUMPLASE del auto que señaló fecha, día y hora para llevarla a efecto, no se cumplió conforme lo ordena la ley.

"La gravísima anomalía anotada fue la causa para que el apoderado de la sindicada no asistiera y se llegó al extremo de que ni siquiera se hizo comparecer a la señora Acosta de González a fin de que personalmente explicara todo aquello que era materia del examen directo.

"El Código de Procedimiento Penal en su artículo 221 señala que la diligencia de inspección ocular no tendrá valor alguno si no se ha decretado por auto que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora de ésta y los testigos o peritos que hayan de asistir. Tal mandato legal se hace con el fin exclusivo de que las partes tengan previamente la información oportuna para hacer valer sus derechos y puedan concurrir para participar en el debate que dentro de tal prueba surjan en defensa de la misión impuesta por la parte.

"...El mandato legal que establece que para la validez de una prueba se requiere la observancia de determinadas formalidades legales, es imperativo, y cuando ello no se cumple, tal medio probatorio si bien no acarrea nulidad sí debe tenerse como inexistente. Esto y no otro es el motivo por el cual ni el Juez *a quo* ni el señor Fiscal del Tribunal, ni la defensa hicieron alusión a la inspección ocular, lo cual extrañó tanto el honorable Tribunal en la sentencia.

"...Es más. No hay a todo lo largo del proceso penal, la prueba idónea, eficiente y concreta que de manera irrebatible permita deducir que lo constatado en la inspección ocular fue obra exclusiva de la señora Acosta de González; como tampoco existe en contra de los demás empleados que habiendo tenido acceso a los documentos materia del ilícito se encontraban como aquélla bajo el imperio de las mismas sospechas.

"Conclusión: Si bien es cierto la diligencia de inspección ocular practicada 10 meses después de haberse retirado la sindicada, sin la observancia de las más elementales formalidades procedimentales, ya que ni siquiera se le notificó a la sindicada para que concurriera a ella, puede constituír plena prueba sobre los puntos sujetos a los sentidos externos, nunca puede tener el valor suficiente para deducir de ella la responsabilidad de la sindicada porque se omitió la prueba pericial que se imponía practicar para despejar cualquier duda en torno a la participación de los restantes empleados sospechosos, en capacidad física para perpetrar la maniobra comprobada. Si el Tribunal creyó tener la certeza de que la señora de González era la falsaria, ello obedece a que partió del presupuesto equivocado de que ésta era la única que tenía acceso a las chequeras y documentos, dándole crédito absoluto al denunciante Dávila Ortiz".

La prueba testimonial en el proceso, constituye el décimo capítulo que contiene la demanda, en el cual el recurrente analiza el testimonio del mensajero de la firma a la cual prestaba sus servicios la señora Acosta de González, que resultó comprometedor de la responsabilidad de la misma. Como el mentado mensajero sostuviera en su indagatoria que "a mí me consta que ella venía falsificando cheques de muchos días para atrás antes de entrar yo a la oficina", el demandante refuta tales afirmaciones en esta forma:

"Darle crédito absoluto al testigo de que le consta que la señora Graciela había falsificado cheques durante la época en que él no estaba presente ni podía constatar nada, es francamente ingenuo y desconcertante. Lo único afirmativo y que merece crédito se reduce al hecho de que "había ahí otro mensajero que cambió cheques de los que estaban falsos" y ese personaje a quien se refiere el testigo es nada menos que el señor Fabio Triana, personaje que ganando un sueldo ínfimo de mensajero se le permitía las delicadas funciones de elaborar cheques y comprobantes de contabilidad, sin vigilancia de ninguna índole; luego existe la posibilidad de que los cheques falsos que se debieron cambiar por parte del testigo bien pudieron ser elaborados por él en forma ilícita para satisfacer sus apremiantes necesidades. Inclusive no hay que olvidar que el sujeto sospechoso, después de trabajar 8 años en la empresa, fue destituído por indeseable, ya que en repetidas ocasiones alegaba de que el dinero a él encomendado se le había perdido.

"...No es procedente —dice la demanda en su conclusión— que se dé valor probatorio al testimonio aportado por el mensajero Abdénago

Reyes Vega, porque sin entrar a fondo en la crítica testifical desde un principio se descubre de que la atestación versa sobre hechos muy graves que el testigo no estuvo en capacidad de conocer de manera personal y directa como lo pretende, puesto que por tal época ni siquiera se encontraba trabajando en la empresa. En cuanto al sospechoso Fabio Triana, existe el hecho de que cambió varios cheques falsos y bien pudo ocurrir que él fuera el autor del reato, pero nada de ello hay en concreto ya que *es el mismo Tribunal el encargado de aceptar que por ninguna parte fue localizado este sospechoso en particular*".

Considera el demandante que la versión que de los hechos dio la sindicada, fue interpretada de manera subjetiva por el Tribunal Superior de Bogotá, y con tal observación titula su capítulo once. En orden a la demostración de tal aserto, el recurrente formula en el libelo los siguientes interrogantes:

"a)—Si el señor Socio-administrador de la Compañía Construcol Limitada, no tenía interés alguno en darle satisfacciones a la señora Graciela, ¿por qué motivo si cuando apenas ganaba un sueldo de $ 400.00 le aumentó la mesnada a un monto que ella fijó a su libre voluntad?...

"b)— ¿Por qué el doctor Dávila Ortiz, por intermedio del abogado de la parte civil, en forma beligerante, y usando agravios dirigidos al Juez instructor, no solamente se opuso a los exámenes grafológicos, sino que sostuvo que tales pruebas no servían para demostrar absolutamente nada, dada la posibilidad de que podía ser descubierto en su mentira?

"c).—¿Por qué el doctor Dávila Ortiz, evidentemente reconoció haber prestado dinero, de su cuenta particular, a la señora Acosta de González, cuando como empleada de la empresa debían cargarse tales préstamos a la contabilidad general de la sociedad para descontárselos como empleada y no como particular?

"d).—¿Por qué y cuál el interés de Dávila Ortiz en afirmar bajo la gravedad del juramento en dos oportunidades la tremenda falsedad que sirviera para engañar al mismo Tribunal, de que la única persona con acceso a las chequeras y comprobantes era la sindicada, cuando la realidad era otra muy diferente?

"e)—¿Por qué motivo si el supuesto delito de falsedad se limitó a sus cuentas bancarias estrictamente particulares, de manera continuada, por espacio de once meses, nunca se dio cuenta de los faltantes, pese al examen que debía hacer mensualmente de los extractos bancarios?".

De la declaración rendida por el denunciante doctor Dávila Ortiz, el recurrente hace las siguientes deducciones:

"Tenemos, pues, de manera rotunda, establecido el hecho de que el propio doctor Dávila hace plena confesión de que él hubiera llegado hasta el extremo de ocultar un delito que afectaba sus propios intereses particulares, siempre y cuando hubiera hablado previamente con ella.

"¿Qué era lo que pretendía hablar el doctor Dávila Ortiz con la señora Acosta de González para convertirse en encubridor de un delito?

"¿No revela la misma paladina confesión del doctor Dávila Ortiz que la señora Acosta de González no le daba el tratamiento común de una empleada llana y contrariamente buscaba la consolidación de otros vínculos para satisfacer intereses distintos y relaciones diferentes a las que median entre empleador y empleado, puesto que para el logro de tal objetivo estaba dispuesto a ocultar la consumación de un supuesto delito?".

En la conclusión correspondiente a este capítulo de su demanda, el recurrente dice:

"Se desprende de lo anterior que todo análisis subjetivo es el reflejo de la personalísima apreciación del Juzgador o de las partes. Por ello la jurisprudencia es uniforme en calificar como sospecha y no como indicio de entidad las deducciones subjetivas que se desprendan de los hechos o circunstancias de un proceso. En consecuencia, en sana lógica y exégesis legal, deben rechazarse de plano los planteamientos que hace el honorable Tribunal, a los cuales me he referido al iniciar este capítulo. Máxime si se tiene en cuenta que el proceso arroja hechos y circunstancias claras y nítidas indicantes de que la versión de la sindicada se encuentra respaldada en relación con lo que ella presume el móvil que provocó la denuncia criminal".

Con el título de "Razones de índole jurídica y legal que sirven de base para impugnar la sentencia condenatoria proferida por el honorable Tribunal", la demanda da curso a su capítulo doce, el que divide en cuatro puntos que son la base de sus acusaciones contra la referida sentencia. En efecto, dice así:

"Primera.— Impugno la sentencia recurrida porque es violatoria del artículo 203 del Estatuto Procedimental Penal...

"Como lo hemos visto a través del análisis de las pruebas precedentes ninguno de los hechos

planteados por el honorable Tribunal constituyen plena prueba para la demostración inconcusa de que los delitos de 'Falsedad' y 'Estafa' continuadas por los cuales se pretende condenar a la señora Graciela Acosta de González, no reuniendo siquiera las características de 'indicios graves'. Tampoco, como lo dejamos expuesto, existe la prueba plena idónea y completa que permita deducir con absoluta certeza de que la señora Graciela Acosta de González fue la verdadera autora de los hechos a ella imputados, dado que el proceso está invadido de tremendos vacíos; y, por sobre todo, existen personajes no localizados sobre quienes recae graves sospechas de ser los verdaderos protagonistas de los ilícitos imputados..."

"Segunda.— Impugno la sentencia recurrida por ser violatoria de los artículos 272 y 429 del Código de Procedimiento Penal, ya que las pruebas del proceso no son PLENAS ni COMPLETAS, en la demostración del cuerpo del delito, siendo que este constituye el fundamento esencial de todo procedimiento criminal.

"Estoy perfectamente de acuerdo —dice más adelante el recurrente— que el elemento OBJETIVO o MATERIAL del cuerpo del delito se halla plenamente demostrado de acuerdo con los resultados que arrojó la diligencia de inspección ocular, con la observación necesaria de que esta prueba no se aportó al proceso EN LEGAL FORMA. Pero tal elemento objetivo no permite por sí solo demostrar el elemento subjetivo en cuanto éste se refiere a una persona concreta y determinada, dado el hecho que no se verificaron las pruebas periciales para establecer de manera idónea quién fue realmente la persona que realizó las enmendaduras, adulteraciones, omisión de fechas, sustracción de comprobantes, etc., etc., comprobado como está de que varias otras personas distintas a la sindicada, también tenían, en igual forma, acceso a las chequeras".

"Tercera.— Acuso la sentencia del honorable Tribunal, tantas veces mencionada, porque es violatoria del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal que exige a los juzgadores observar el principio universal del IN DUBIO PRO REO.

"...Muchas y muy variadas son las hipótesis que surgen a favor de la sindicada con base en las dudas del proceso y éstas fueron proclamadas por los distintos profesionales que defendían los intereses de la sindicada, mediante las cuales pretendieron inútilmente lograr en su favor un sobreseimiento de carácter temporal. Pues era menester descubrir el paradero de las demás personas identificadas dentro del proceso que se hallaban en igualdad de sospecha, por haber tenido acceso a los documentos tachados de falsos...".

"Cuarta.— Impugno la sentencia del 13 de mayo del año en curso proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, porque no tuvo en cuenta la violación flagrante que de los artículos 295 y 356 del Código de Procedimiento Penal hizo el funcionario de instrucción, que ineludiblemente debía cumplir...

"...El proceso penal demuestra de manera inequívoca que no se practicaron las pruebas conducentes a la demostración de la inocencia de la sindicada, pese a la forma insistente como lo hizo, como ocurrió, precisamente con la prueba grafológica en cuanto ésta concernía con otras personas sospechosas de haber sido las posibles autoras de los delitos que le fueron imputados. Tampoco, con manifiesta violación de la ley, encontrándose detenida se le notificó, ni se la hizo concurrir a la diligencia de INSPECCION OCULAR, para darle la oportunidad de hacer sus descargos y dar las explicaciones conducentes a su defensa, con lo cual se le limitó el derecho. Tampoco se verificaron ni con urgencia ni tardíamente las citas que consignó a través de todos sus interrogatorios, con las cuales alegaba su inocencia.

"De tal manera que nunca se sometieron los hechos del proceso que la perjudicaban al proceso lógico de las contrapruebas, para así medir con justeza y legalidad su verdadero valor probatorio".

Con el título de "calidad de las pruebas en materia penal para proferir con ellas sentencia condenatoria", el recurrente finaliza su demanda de casación. En este último capítulo, en uno de sus apartes, la demanda se expresa así:

"De conformidad con las normas legales, vigentes, para proferir sentencia condenatoria en un juicio criminal, se hace menester la demostración absoluta, plena e inconcusa no solamente del cuerpo del delito, sino de la responsabilidad del procesado.

"Las pruebas para llegar a la certidumbre absoluta de la idea que el Juez o Magistrado se forma sobre el hecho materia del proceso, deben ser idóneas, claras y concretas, ya que cualquier duda que la conturbe le quita el valor legal".

En atención a todos los argumentos que tan detallada y jurídicamente expone el demandante, solicita a esta Corporación que se case lá

sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, y se confirme la proferida por el Juez Sexto Superior del mismo Distrito Judicial, con base en la causal segunda del artículo 567 del estatuto procesal penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, hace un extenso y juicioso análisis de todas las partes del proceso, atendiendo de preferencia y contestando a los puntos principales en que se basa el recurrente para impugnar la sentencia objeto del recurso de casación. Las jurídicas observaciones que plantea el señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo sobre este negocio, lo llevan a mostrarse acorde con la petición de la demanda.

Comienza su estudio el Procurador Delegado, haciendo una cita de las doctrinas de la Corte, más recientes, sobre la causal segunda de casación, en procesos en los que se invalida el fallo por falta de idoneidad de la prueba.

En un segundo punto el Ministerio Público hace un resumen de los hechos que dieron origen al caso *sub júdice*, al tiempo que los analiza detenidamente. La Sala reproducirá los puntos más importantes contenidos en la vista fiscal con el objeto de lograr un mayor acoplamiento de los argumentos que le servirán de base para resolver el recurso propuesto.

Respecto de lo verificado en el estudio grafológico hecho a algunos cheques girados contra las cuentas del doctor Dávila Ortiz, el señor Procurador Delegado hace las siguientes observaciones:

"Son estos los últimos cheques que con otros fueron objeto de estudio grafológico y no obstante que a los folios 171 y 172 del cuaderno primero, obran otros dos cheques, fechados el 3 y 23 de agosto de 1957 y girados contra los Bancos Cafetero y de los Andes, respectivamente, y cobrados por medio de la empresa "Abadía & Restrepo Ltda.", tales instrumentos no figuran en la cuenta atrás determinada ni fueron sometidos a examen alguno, ni sobre ellos se interrogó a la procesada, quien en todo momento de la actuación, ha negado la imputación que le hace el doctor Dávila Ortiz, de haberle falsificado su firma en los cheques aludidos, como sus iniciales en los correspondientes comprobantes de contabilidad, de los cuales, de paso se anota, que a pesar de obrar en su casi totalidad a los folios 181 y ss, cuad. 1º y 36 y ss, cuad. 2º, no fueron objeto de peritación alguna, ni puestos de presente a la acusada cuando rindió indagatoria, aunque sí se tuvieron en cuenta en la diligencia de inspección ocular visible a los folios 174 a 180 del cuaderno número primero, en la cual y con relación a los mismos, se anotaron diversas incongruencias.

"Indica la señora Acosta de González como motivo de la acusación que le hace el doctor Dávila Ortiz, el hecho de no haberle ella aceptado a éste, ciertas proposiciones libidinosas que le hizo después de que como Superior suyo, le prestó en varias ocasiones sumas de dinero que en total ascendieron a unos $ 5.000.00 moneda corriente y que la misma señora dice que destinó a pagar un tratamiento médico de una hija suya que sufría grave y costosa enfermedad.

"Naturalmente, el doctor Dávila Ortiz niega rotundamente tales afirmaciones, e insiste en afirmar que le fue falsificada su firma en los cheques y sus iniciales en los comprobantes de contabilidad.

"Ante esta insistencia, la acusada llegó a sugerir que el doctor Dávila Ortiz pudo haber desfigurado su firma en ciertos casos, y pidió que se efectuara un estudio grafológico de los rasgos caligráficos de 'los demás empleados de la oficina', dada la circunstancia de que varias personas tenían acceso a su escritorio, entre ellas, el señor Fabio Triana..."

Como tercer punto, el Agente del Ministerio Público trata la forma como la demanda invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y sobre la diligencia de inspección ocular, manifiesta:

"Entre paréntesis, es de observar por cuenta de este Despacho, que la mencionada diligencia de inspección ocular, carece de la formalidad prescrita en la parte final del artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, lo cual, si bien es cierto que no alcanza a determinar la nulidad o ineficacia de la prueba, por lo menos da base para valorar la capacidad del Juez instructor que perfeccionó el sumario".

A continuación se transcriben los principales apartes en los que la vista fiscal estudia el acervo probatorio y demás elementos de juicio que obran en el proceso, de cuyo examen concluye que se hace necesaria la invalidación del fallo recurrido:

"Ciertamente, como lo alega el recurrente, la exclusividad en el manejo de las chequeras no ha sido demostrada de manera rotunda, si es que se tienen en cuenta las propias aclaraciones que sobre el punto hace el denunciante, y además se considera que la testigo Dora Azuero

acepta haber hecho cheques cuandoquiera que la acusada no asistía a la oficina (f. 125 v. y 126 y v. cuad. 1º), a todo lo cual se agrega el hecho de que la acusada ha negado el cargo y sostenido también que el citado Fabio Triana tenía especial acceso a las chequeras, los libros de contabilidad y el archivo de la oficina en cuestión.

"Pero, igualmente, es de anotar que la mayor parte de los cheques tildados de falsos, fue hecha en una máquina de escribir diferente a la empleada al hacer la mayoría de los cheques calificados de legítimos por el doctor Dávila Ortiz, observándose también que la palabra "PORTADOR" consignada en gran número de los llamados falsos, está escrita en forma peculiar, esto es, con espacios entre una y otra letra, cosa que no ocurre en la mayoría de los cheques aceptados. Una y otra de dichas diferencias, de indiscutible importancia probatoria, no fueron consideradas al verificarse la prueba grafológica ni la inspección ocular, quedando así el vacío consistente en que se ignora cuál era la máquina que utilizaba la acusada en sus labores, y cuál era la empleada por Fabio Triana o por la señorita Azuero Larrota. (Ver fl. 130, cuad. 1º).

"Por lo demás, deberá a su turno tenerse en mientes que el doctor Dávila Ortiz redactaba cheques como el marcado con el número ocho (8) de la serie del Banco Comercial Antioqueño.

"En tales condiciones el proceso y aunque sea evidente que los varios cheques tildados de falsos, fueron extendidos antes y después del retiro de Fabio Triana, el indicio analizado pierde notoriamente su gravedad acusatoria, por lo que no es posible reconocerle la importancia que le asigna la sentencia demandada como prueba de la responsabilidad de la señora Graciela Acosta de González..."

Respecto del indicio representado en la llamada confesión de la sindicada, la Procuraduría Delegada dice:

"A la verdad que la exposición trunca, confusa, incoherente e incompleta que hizo la señora Acosta de González, en torno a los hechos que se le imputan, no tiene carácter de confesión, pero ni siquiera de principio de confesión, aunque se aprecie aisladamente, es decir, sin tomar nota de las interpretaciones y explicaciones presentadas posteriormente por la misma acusada con respecto a lo que ya había dicho..."

"...La interrupción intempestiva de la diligencia de indagatoria, fuese razonada o no, imprudente o no, legal o ilegal, constituye un hecho cumplido y agotado que no admite enmienda de ninguna clase, y de su condición participó el acto al cual ella se refería, quedando trunco y así definido, y solamente posible de reanudar o continuar por la misma procesada y no por persona alguna diferente".

De la forma como se hicieron efectivos los cheques, el Agente del Ministerio Público dice:

"Es así como se hace un recuento de las actividades desarrolladas con respecto al cambio de los susodichos cheques, dentro de las cuales actividades —observa este Despacho— hubiera podido citar las relativas al cobro del cheque número 14 del bloque de los del Banco Cafetero, que no fue tildado de falso y que aparece cobrado por Oscar González, hijo de la señora Acosta de González; al del cheque número 5 del bloque del Banco Comercial Antioqueño, tampoco motejado de falso y que aparece cobrado por el señor Vergara Londoño, por medio de canje efectuado por éste a través del Banco de Colombia; sin contar los pagados a Fabio Triana, uno de ellos el 13 de mayo de 1957 (número 11 del bloque del Banco Francés e Italiano), es decir, para la época en que fue reemplazado por Reyes Vega, quien siguió cobrando o cobró también varios cheques tanto de los calificados como falsos como de los aceptados por el doctor Dávila Ortiz".

Continuando su estudio sobre el examen grafológico a que fueron sometidos los cheques de autos, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, hace las siguientes observaciones:

"...Y que no se pierda de vista, en este mismo orden de ideas que conduce a desestimar el dictamen grafológico que le sirvió al sentenciador para fundar su condena, la circunstancia consistente en que los comprobantes de contabilidad motejados de falsos, no fueron cotejados con los cheques a que se referían..."

"...Si así se hubiera procedido, es decir, eliminando la posibilidad (que la admite la grafología, por no ser una ciencia sino apenas un arte) de atribuír las falsificaciones de la firma a los mencionados, señor Triana y señorita Azuero, la conclusión deducible habría sido indiscutiblemente fundada por vía de sustracción, esto es, descartando como falsarios a la señorita Azuero, que tuvo oportunidad en más de una ocasión de girar cheques, y al señor Triana, a quien la acusada le formula cargos, como se ha visto".

Finaliza el señor Agente del Ministerio Público su extensa vista fiscal, haciendo estas importantes consideraciones:

"Con respecto a lo sostenido por la acusada, que no constituye confesión ni un principio de ésta, como ya se dijo, bastará agregar a lo razonado por el impugnador, que la defensa de la señora Acosta de González no estriba tanto en que ésta hubiera afirmado que la causa de la denuncia formulada, está en el hecho de no haber atendido a los requerimientos amorosos de su antiguo jefe de oficina, sino principalmente en que las protestas de inocencia hechas al rendir indagatoria y en otras diligencias procesales, no han sido plenamente contradichas por otros medios probatorios. Es decir, que mientras la justicia no acredite que el rechazo que hizo de los cargos formulados ha sido cabalmente desvirtuado, el principio de que la duda favorece al reo, debe tener aplicación en su caso..."

"...Con relación a una y otra de las referidas conclusiones, la Procuraduría considera que no es necesario hacer más comentarios de los ya hechos al analizar las pruebas del proceso. Ese análisis o estudio le ha llevado a adquirir la firme convicción de que las pruebas que fueron estimadas como suficientes para impartir sentencia condenatoria contra la señora Graciela Acosta de González, en realidad carecen de tal naturaleza, por cuyo motivo, en su entender, se impone la invalidación del fallo acusado".

CONSIDERA LA CORTE:

De todo lo anteriormente dicho, se desprende que en este proceso es indispensable poner un especial cuidado en el análisis probatorio de los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para condenar a la procesada, señora Graciela Acosta de González. La misma discrepancia de los funcionarios que han intervenido conlleva una circunstancia de particular interés, pues no es usual que mientras la tesis del Tribunal en lo tocante a encontrar la prueba legal requerida para proferir sentencia condenatoria no la comparte sino el funcionario instructor y el Fiscal del Juzgado Sexto Superior, el señor Juez de ese Despacho al proferir el auto de proceder y dictar la sentencia absolutoria, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá y el mismo Agente del Ministerio Público, señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, discrepan fundamentalmente de aquellas conclusiones y sus respectivas providencias y conceptos fiscales abundan en razonamientos confluyentes todos a demostrar los grandes vacíos y deficiencias que aporta el proceso, todos ellos indicativos de que es imposible condenar a la procesada.

No es que las discrepancias de los funcionarios judiciales en determinado caso constituyan factor exclusivo de incertidumbre probatoria, pero sí, indudablemente, implica una probabilidad de que confluyan dudas razonadas sobre la valoración que debe darse a aquéllas para ser contentivas de verdad. La certeza moral-legal del juicio penal queda comprometida cuando del examen que de unos mismos elementos de juicio acometidos por funcionarios judiciales, varios de ellos defensores natos de la sociedad como son sus procuradores fiscales, dan una distinta y contraria interpretación de los datos probatorios que aporta el proceso, hasta el punto de que sus conclusiones resultan tan antagónicas que las dudas surgen de esa misma discrepancia.

Porque si el recurso con base en la causal segunda de casación impone un análisis minucioso del proceso para desentrañar los motivos de impugnación consistentes en que a la prueba se le dio un valor probatorio que no tiene, como ocurre en el presente caso, ello mismo indica que los modos de interpretar la prueba son en sí mismos el fundamento de los cargos contra la sentencia y siendo el recurso un juicio jurídico sobre ésta, resulta imposible desestimar esa diferente valoración por atender a conceptos subjetivos del fallador que escapan a la materialidad de otros, que si son fundados deben encontrar resonancia para desatar el conflicto surgido de conformidad con el texto que se indica como infringido y que por serlo obliga a entenderlo en su verdadero y obvio sentido legal.

El problema de la prueba no es subjetivo. La objetividad probatoria es base esencial para la justicia, porque si el Juez atiende a sus propios sentimientos para incriminar una conducta humana se predispone a no examinar aspectos distintos que pugnan con su peculiar y personal modo de sentir.

En estos particulares no puede darse normas generales que gobiernen en todos los casos procederes diferentes de los encargados de administrar justicia. Pero una regla sí es elemental: agotar todas las pesquisas y diligencias en orden a no dejar como comprobación adecuada a un caso dado sino a la que contenga mayor margen de certeza. Si se descuidan otras posibilidades, otras hipótesis, se corre el riesgo de equivocaciones derivadas de aquel examen. Ejecutado esto, la mente humana del juzgador, no encuentra reato para dar a su raciocinio probatorio valor bastante para condenar. Cuando quedan algunas ambigüedades y vacíos ello no es posible. La investigación criminal, por orden de la ley, debe agotar todos los medios posibles para llegar

a una certidumbre. Si no lo logra, difícil es exigir al Juez que colme los vacíos y ambigüedades de una deficiente investigación criminal y que sea su imaginación la creadora de la prueba que comprometa al acusado. Fácilmente los errores judiciales sobrepasarían a la justicia, hasta el extremo de que aquello sería la regla general y ésta la excepción, criterio inaceptable sobre todo cuando el Juez opera sobre principios edificados sobre la concepción humanitaria del estado de derecho, ya que donde estos principios no existen, no hay para qué hablar de justicia en el sentido tradicional.

Todo lo anterior se ha dicho porque la Sala tendrá que echar necesariamente mano de toda la controversia judicial suscitada en el caso para examinar lo menos y lo mucho como han sido tratados los presupuestos probatorios en el caso, recogidos por los distintos funcionarios actuantes en el proceso. Son ellos de indiscutible valía en orden a determinar si en realidad de verdad se violaron preceptos legales cuyo desconocimiento invalide la sentencia del Tribunal, objeto de impugnación.

Ciertos delitos como la falsedad y estafa, por lo mismo que su ejecución está rodeada de procedimientos en donde la inteligencia del sujeto activo revela especial grado de astucia, sagacidad y técnica, requieren en su demostración judicial elementos que no pueden sustituírse con apreciaciones más o menos subjetivas del fallador, para invadir campos imaginarios, en los cuales por la índole misma de la investigación el intérprete de la prueba apela más a sus propias motivaciones que a la objetividad misma de los elementos que le sirven para formar el juicio de reproche que significa una condena en materia criminal.

Discurrir de esta suerte puede ser ocasión de no escasas equivocaciones que la justicia humana debe esquivar por los mismos medios de que dispone para ser intérprete de una verdad que las más de las veces escapa a la inteligencia.

Lo dicho no quiere decir que el Juez sea inerme ante el crimen. Significa apenas que la actividad del fallador propugne muchas veces deberes superiores, que de incumplirse pueden conducir a graves errores y equivocaciones inmodificables.

En este mismo proceso puede verse que mientras los funcionarios del Ministerio Público son parcos y severos en el examen probatorio, el que conducen con extrema equidad, otros son imprudentes en sus juicios por la forma de argumentación recargada de epítetos y adjetivos; parece que sustituyen el argumento demostrativo por el sentimiento que lo impetra; la fuerza del raciocinio por la forma como lo valoran; la incertidumbre de una duda por la fuerza excluyente de una afirmación que la desconoce.

Para la Corte no resulta este método propicio a la justicia y si lo destaca es porque cree que peca con la severidad y no se compagina con la realidad. Esta es simple y llana. Si precisa dilucidaciones difusas y ambiguas es porque no contiene la verdad. Repásense ciertos pasajes del fallo impugnado y se comprenderá que puede emplearse un lenguaje más acorde con la verdad para seguir siendo lo que debe ser y no lo que pretendan los que la invocan.

La sindicada estaba en condición de ejecutar los hechos, esas condiciones pudieron ser propicias para hacerlo, pero de ello a demostrar que por esa sola circunstancia es culpable penalmente, hay indudable distancia. Se incurrió en gravísimas equivocaciones, en vacíos inexplicables dentro de la investigación que no pueden hoy ser corregidos.

Por partir de la hipótesis de que únicamente la procesada era la responsable, se desestimaron otras pruebas que de practicarse a debido tiempo habrían reemplazado las que la incriminaban. No se hizo caso del principio de eliminación de hipótesis, en que descansa buena parte de la teoría probatoria para obrar con el preconcepto de que había una sola comprometida, sin que los demás que pudieran surgir fueran objeto de especial inquerimiento y las consecuencias están a la vista. Los vacíos refluyen en favor de la procesada en forma tal que no es posible modificar un estado de cosas que apenas se explica por la arbitraria idea de los investigadores de preferir una sola hipótesis, despreciando las restantes, para que luego el Juez, forzado ante lo imposible, no pueda menos que obrar como lo manda la ley: llenándolo con la duda favorable al reo.

Toda investigación judicial presupone que cuantas posibilidades sean factibles, deben ser eliminadas una a una para que surja la que en debida forma y de manera cabal explique la ocurrencia. Si se parte de un supuesto, despreciando otro que puede explicarlo, para darle a aquél la única aceptación, es apenas fácil suponer el error. En cambio, cuando debidamente queda comprobado que no hay explicación distinta, la mente descansa sobre una certidumbre fundada sobre verdaderos soportes de verdad y verosimilitudes que por tener estas notas no pueden ser menospreciados.

Lo que evidentemente conturba el ánimo en este proceso es que la delincuencia de la incrimi-

nada pudo ser establecida con fundamentos valederos dentro de un régimen severo de apreciación probatoria.

Pero el afán de dar por comprobados hechos que daban apariencia apenas a una imputación, determinó la ineficacia probatoria.

El juez se pregunta si en estas condiciones puede condenar, y la respuesta tiene que ser negativa. ¿Por qué? Simplemente porque no le suministran fuentes de convicción que eliminen las dudas fundadas y razonables sobre ciertas deficiencias. Mientras estas existan deben ser absueltas en favor del procesado, porque así lo exigen claros y determinantes textos legales que no se pueden incumplir.

Existen hechos notorios en este proceso que no pueden desestimarse, que consisten en la manera como el denunciante permitía que la cajera contadora manejara los cuantiosos intereses confiados a su mando. Solo esta consideración, según su propia confesión, lo movió a formular el denuncio criminal. No hubiera ello ocurrido y la justicia no se encontraría ante imputaciones que corresponden más a graves deficiencias del sentido de responsabilidad, que debe presidir a empresas de importancia que a actos delictivos de empleados que apenas son responsables sólo porque sobre ellos gravita toda suerte de actividades en el ejercicio de sus funciones.

Piénsese sobre este aspecto del problema en una sola consideración. Todos los cheques que se dicen falsos pertenecen a la cuenta particular del doctor Dávila Ortiz. Nada del patrimonio que se dice grande del denunciante fue vulnerado. Lógicas suposiciones pueden hacerse alrededor de este fenómeno. No corresponde a la Corte hacerlas porque escapa a sus atribuciones, las que por otra parte han hecho otros funcionarios judiciales de no escasa importancia.

Para la Corte, en síntesis, no puede comprobarse una responsabilidad penal sobre bases discutibles en relación con los cargos atribuídos a la sindicada, pues son tan deleznables las bases en lo tocante con los presupuestos probatorios de la responsabilidad que corresponde a la incriminada, que todas las reglas operan en su favor para redimirla de aquélla.

La Corte declara que es la deficiencia probatoria lo que lleva a esta conclusión.

Coincide la aseveración de la sindicada con algún pasaje del careo practicado con el denunciante, en el cual afirma que de haber conversado previamente con la señora Acosta de González, las cosas hubieran podido tener solución distinta del denuncio y seguramente se hubieran aclarado.

Llama la atención este aspecto del problema porque revela cierto reato psicológico del denunciante en poner en marcha la justicia en un ilícito cuya investigación una vez iniciada no podía detenerse por ser oficiosa. Reato que cobra cierta validez moral cuando se aprecian pasajes de la indagatoria de la acusada en los que no escatima afirmar que propuestas de índole sexual le habían sido formuladas y no fueron aceptadas por ella. Se adivina apenas que un asedio de esa naturaleza pudo existir y que ello fue ocasión de condescendencias indebidas que propiciaron alguna familiaridad, muy posible oportunidad a que se permitieran extremos que no habrían ocurrido en circunstancias normales. El Juez de derecho en ausencia del popular se ve en la necesidad de apreciar contingencias susceptibles de explicar una determinada conducta humana, no porque asuma funciones de defensa, que no le corresponden, y escapan a su incumbencia, sino porque haciéndolo se acerca a esa forma de justicia que sólo aproximadamente puede impartir cuando esté dispuesto a oír las voces del proceso en todo lo que contiene como caudal probatorio, para encontrar una solución que llegue a la única verdad que el entendimiento humano pueda alcanzar.

Un dictamen pericial de prueba grafológica puede contener un valioso aporte para determinar una responsabilidad criminal en la falsedad documental. Pero si está huérfano de otros elementos colaterales que sirvan de basamento a sus conclusiones, ocurre que siendo apenas un indicio no es susceptible que solo a él se le preste crédito como criterio de verdad. Puede constituír un elemento de juicio que unido a otros permita una cadena de incidencias útiles para formar la certidumbre. Pero, si estos hechos no se prestan entre sí la corroboración requerida para formar toda una concatenación de circunstancias que desemboquen en una única solución, su mismo aislamiento y la existencia de contraindicios o contrapruebas le restan fuerza y sobre ellos no puede constituírse una sentencia condenatoria, que exige la plena demostración de la responsabilidad, porque la duda es siempre favorable al incriminado.

No sobra en este proceso una consideración marginal que no puede dejarse de presentar. Observados con acuciosidad, con fijeza, con toda la debida atención, los cheques que se dicen falsos, son tan precisos los contornos gráficos que comparados con los que también se

dicen legítimos no se aprecia a simple vista y con criterio profano imitación o fingimiento de la firma del girador. Seguramente el ojo experto descubre la desemejanza y la imitación, pero ello mismo indica lo vulnerable y propicio a errores del dictamen pericial, que sirviéndose de su arte, que no ciencia, aprecia hechos susceptibles de duda, fáciles para ser factores de incertidumbre. No se puede negar que solo ésto y únicamente esto permite al Juez la prudencia necesaria para negarle a un dictamen pericial, no corroborado con otras pruebas seguras, toda la fuerza requerida como criterio de verdad.

Ya se conocen las discrepancias en este punto de los falladores y si a ellas se suman las consideraciones anteriores, se puede apreciar que admiten una incertidumbre tal que cualquier conclusión definitiva distinta resulta improcedente.

Las críticas de la demanda en éste punto son acertadas, lo mismo que las del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuyos conceptos bueno es prohijarlos porque a él se le ha confiado la defensa de la sociedad y se le otorga particular autoridad en sus apreciaciones.

Constituída la Corte en un tribunal muy semejante al de tercera instancia, no puede menos de hacer disquisiciones como las anteriores porque son las únicas que justifican su intervención.

Los defensores no siempre formulan críticas a puntos de exclusivo derecho. Por lo mismo, cuando se limitan al examen probatorio, la Corte precisada a ello, no puede menos que adentrarse en estos motivos de impugnación. No sobra decirlo, porque se manifiesta inconformidad con ese modo de proceder; pero como obedece a los mismos decretos que se han creído útiles para superar el estado actual de la justicia, aplicarlos es apenas misión de los Jueces, que por cierto no temen mantener en firme el concepto de que solo el Estado de derecho con aplicación de la ley puede determinar que la Nación esté admitida en el ámbito de los pueblos civilizados. Si desconocieran aquellos principios, sería salvaje por la ferocidad y peligrosidad de los asesinos, falsarios y ladrones y también por la incomprensión de los jueces.

Otros aspectos presenta el proceso que no es menester analizar especialmente, porque concretado el juicio contra la sentencia del Tribunal, a los motivos de impugnación que solo se refieren a la causal segunda, esto es al examen probatorio, los demás no tienen para nada necesidad de intervenir en su decisión.

En conclusión, dos Agentes del Ministerio Público, un Juez Superior, no concuerdan con la tesis de la responsabilidad de la sindicada. La Corte acoge los pareceres de aquellos funcionarios por considerar que el caso es de tanta complejidad que los que han aducido conceptos distintos si bien pudieran tener visos de realidad, no responden al equilibrio de la justicia y sobre todo a la imponderable labor de ser Juez ante tan intrincadas contingencias y apreciaciones.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y enteramente de acuerdo con él, *invalida* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 13 de mayo de mil novecientos sesenta, mediante el cual se condenó a la señora Graciela Acosta de González, y en su lugar *absuelve* a la sindicada de los cargos que le fueron formulados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Prospera la causal quinta. El indicio de mayor vehemencia que el caso presenta es el referente a la identificación total del reo con la persona que realmente consumó, en concurso de delincuentes, los graves delitos a que se refieren los autos. Condiciones para que la revisión prospere. Manera de probar los hechos nuevos.

1. El hecho de ser la revisión un recurso extraordinario dirigido contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando alguna de las circunstancias taxativas que enumera el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal se cumple, indica por ello mismo que no prospere en la generalidad de los casos, porque son de muy difícil ocurrencia aquellas circunstancias que lo hacen viable. Pero cuando se ofrezca al menos un margen que permita admitirlo, no debe dudar la justicia en reconocerlo, pues, por abrir la puerta a la certidumbre y cerrarla al error judicial es por lo que la ley permite que los casos excepcionales conduzcan a la solución también excepcional de decidir favorablemente la demanda que lo impetra.

2. Los procesalistas atribuyen importancia especial a que los hechos nuevos que pueden determinar la revisión de un proceso, son susceptibles de ser establecidos con cualquier medio de prueba, sin excluír ninguno, siempre que sea apto para tal fin y tenga la entidad y relevancia adecuada para producir los efectos que con el mismo hecho probatorio se pretenden.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El procesado Benjamín Angarita Rivera, por medio de apoderado especial, interpuso el recurso de revisión del proceso mediante el cual fue condenado a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el diez (10) de abril de 1956, sentencia confirmatoria de la proferida por el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, por varios delitos.

De conformidad con los requisitos legales que el recurso exige, el recurrente ha sustentado sus peticiones, presentando para ello copias auténticas de los fallos de primera y segunda instancia en que fue condenado su defendido, así como también las diversas pruebas en que se basa para solicitar la revisión del proceso.

El demandante invoca para los efectos antes anotados, la causal contenida en el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el recurrente que Benjamín Angarita Rivera se encontraba recluído en la Cárcel de Ocaña pagando una condena por un delito de lesiones personales, sentenciado por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad de Ocaña, desde el 16 de abril de 1954 "mientras se realizaban las audiencias y se surtían las apelaciones contra las sentencias condenatorias de Agapito Rozo Jaimes (sindicado también en el mismo proceso) y otros". Dichas fechas, en las que se realizaron las audiencias, se acreditan por medio de certificaciones expedidas por el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta (folios 126 del informativo), sin que tuviera lugar la comparecencia de Angarita a las mencionadas audiencias, y por el Director de la Penitenciaría y Cárcel del Circuito de Cúcuta (folio 122).

Sostiene también el recurrente, que solo hasta el 15 de noviembre de 1957, al procesado se le

notificó que el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta había librado en su contra una orden de encarcelación motivada por una condena a 24 años de presidio, que se le había impuesto por los delitos de homicidio y otros, en la persona y bienes de Pedro Navarro Cañizares y otros.

De lo afirmado en el testimonio de Agapito Rozo —dice la demanda—, Irene y Ramona Excilda Pabón (folios 130 a 131 del informativo), se desprende que el sindicado en este proceso, esto es Benjamín Angarita Rivera, no es el mismo Benjamín Angarita que participó en los hechos delictuosos ocurridos en noviembre de 1951 y enero de 1952, de que tratan los autos.

Mediante certificación expedida por el Departamento de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, visible a folios 125 del cuaderno de la revisión, el recurrente aporta prueba de que existen varios sujetos con el mismo nombre del sindicado Benjamín Angarita, lo cual permite al impugnador afirmar que no se le puede atribuír plena identidad a Benjamín Angarita Rivera, que figura en este proceso, con el mismo Benjamín Angarita que resultó condenado por varios delitos, por los Jueces de las instancias de que dan cuenta los autos.

Con base en los anteriores elementos de juicio, aportados por el recurrente, éste insinúa, al menos, que "constituyen grave indicio de su inocencia o irresponsabilidad" en favor de su defendido. De estos mismos argumentos se vale para solicitar de la Corte la revisión del proceso y la libertad provisional de Benjamín Angarita Rivera, invocando como tutelares de sus derechos los artículos 571, 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luego de un detenido análisis de las diversas partes que contiene el proceso, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal comienza su concepto de fondo aceptando como viables las probanzas aportadas por el recurrente, ya que se identifican con el contenido del numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pues dichas pruebas no fueron conocidas por el tiempo en que se debatía sobre la responsabilidad o inocencia del sindicado.

Reconoce igualmente el señor Agente del Ministerio Público que las declaraciones depuestas por Agapito Rozo, Irene Pabón y Ramona Excilda Pabón "tienden a demostrar que Benjamín Angarita Rivera no es el mismo sujeto que participó en los hechos criminosos de que ya se hizo relación". Acepta también como idóneas las certificaciones expedidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, en las que se demuestra la existencia de varios individuos con el mismo nombre y primer apellido de Benjamín Angarita y la ausencia del reo a los debates verificados en la audiencia pública en que se le juzgó, habiéndosele impuesto la pena de 24 años de presidio. Lo anterior indica que al incriminado no se le dio la oportunidad de tener conocimiento de los hechos que se le imputaban sino hasta el momento de comunicársele la sentencia condenatoria.

La vista fiscal anota que tanto el Juez *a-quo* como el Tribunal al proferir sus respectivas sentencias, mencionan al sujeto Benjamín Angarita como de anotaciones personales no conocidas, lo que se presta fácilmente a confusiones, dado que en los fallos mencionados no se hizo en parte alguna alusión a Benjamín Angarita Rivera, que es el nombre completo de quien por medio de apoderado interpuso el recurso extraordinario de revisión. Insinúa la Procuraduría Delegada, que siendo evidente que tal confusión de nombres es susceptible de presentarse, resulta igualmente probable establecer duda respecto a la inocencia o responsabilidad del acusado.

Finaliza su concepto el señor Procurador Delegado haciendo una acertada interpretación de las pruebas aportadas por el recurrente, que en su sentir tienen amplio fundamento legal, concluyendo de lo anterior que el recurso propuesto debe prosperar ya que las pretensiones de la demanda se encuentran de acuerdo con la índole del mismo.

Tales apreciaciones llevan al representante de la sociedad a solicitar que la Corte ordene la revisión de la causa y la libertad provisional del condenado.

CONSIDERA LA CORTE:

En este proceso de revisión, como lo sustenta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, si no aparecen pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates en un sentido estricto, sí por lo menos no puede desconocerse la existencia de indicios graves de inocencia o irresponsabilidad, consistentes precisamente en los hechos que señala el Ministerio Público y que la Sala encuentra suficientes para que se reabra un juicio que pudo constituír por esos mis-

mos indicios un error judicial, susceptible de enmienda sirviéndose precisamente del recurso interpuesto, uno de cuyos fines es ofrecer la posibilidad de procurar que se despejen las incertidumbres, incógnitas y dudas que el proceso penal suele presentar en casos como éste.

El hecho de ser la revisión un recurso extraordinario dirigido contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando alguna de las circunstancias taxativas que enumera el artículo 571 se cumple, indica por ello mismo que no prospere en la generalidad de los casos, porque son de muy difícil ocurrencia aquellas circunstancias que lo hacen viable. Pero cuando se ofrezca al menos, como en el caso, un margen que permita admitirlo, no debe dudar la justicia en reconocerlo, pues, por abrir la puerta a la certidumbre y cerrarla al error judicial es por lo que la ley permite que los casos excepcionales conduzcan a la solución también excepcional de decidir favorablemente la demanda que lo impetra.

El indicio de mayor vehemencia que el caso presenta es el referente a la identificación total del reo con la persona que realmente consumó, en concurso de delincuentes, los delitos a que se refieren los autos.

Existiendo, como lo demuestra el certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, (folio 125 del cuaderno de la revisión), varias personas con igual nombre y apellido, solo identificables por su segundo apellido, es preciso agotar exhaustivamente dicha identificación, para verificar si corresponde al nombre del procesado Benjamín Angarita Rivera, quien sufre condena por un crimen que niega haber cometido, hecho que ha tratado de demostrar y que hasta ahora por el recurso interpuesto apenas se le ofrece la oportunidad de establecer.

De otra parte, la Corte sometió a un minucioso estudio el expediente original de este proceso, que fue pedido al Juzgado Segundo Superior de Cúcuta, pudiendo establecer, tal como lo afirma la demanda, que el procesado Benjamín Angarita no compareció a las audiencias públicas en que se le juzgó y condenó como reo ausente, no obstante que para las fechas en que se realizaron las mismas, esto es, 15 de abril de 1955 y 6 de diciembre del mismo año (folios 238 del primer cuaderno y 85 del cuaderno segundo del expediente original), éste se encontraba privado de libertad en la cárcel del Circuito de Ocaña desde el 16 de abril de 1954.

No deja de ser extraño el hecho de que estando detenido Angarita desde la fecha antes anotada, no se le hubiera notificado ningún auto relativo al proceso, pues como ya se dijo, se ignoraba el lugar donde se pudiera encontrar, pero sí pudo el Juzgado comunicar al Director de la cárcel donde éste se encontraba, que por orden de ese Despacho, Benjamín Angarita debía permanecer allí en cumplimiento de una condena a 24 años de presidio por el delito de homicidio y otros ilícitos. Es de anotar, también, que esta orden se libró el 15 de noviembre de 1957, —así lo certifica el Director de la Cárcel de Ocaña— es decir después de un año y medio de haber sido condenado por el Tribunal Superior de Pamplona, circunstancias todas estas que están indicando la necesidad de revisar la causa seguida contra un Benjamín Angarita, sin que se conozca a ciencia cierta y sin incertidumbre alguna cuáles razones operaron para que se produjeran aquellas circunstancias, que deben ser esclarecidas convenientemente por interés de la justicia.

Por considerarlos acordes con la realidad procesal contenida en el recurso, la Sala prohija los siguientes conceptos del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ya que ellos son trasunto fiel de los autos:

"Ahora bien: si el recurso extraordinario de revisión tiene por objeto reparar el agravio que resultaría para la justicia condenar a un inocente, es apenas lógico que sea necesario proceder con cierta amplitud en la interpretación de la demanda propuesta para lograr que no se sacrifique el fondo a la forma. Y ello ocurre, en este caso, en lo relativo al fundamento que en los artículos 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Constitución pretende encontrar el recurrente; nada incidente a la causal quinta del artículo 571 del estatuto de procedimiento penal, pues en revisión no se discute la legalidad de determinada sentencia sino que se procura lograr un nuevo examen del proceso, para impedir sea proferida sentencia condenatoria contra un inocente.

"En lo relativo a la causal quinta de revisión lo que impele su prosperidad es la comprobación de que, con posterioridad a la sentencia condenatoria, se han producido hechos nuevos o probanzas que no fueron conocidas al tiempo de los debates y constituyan "siquiera indicios graves" de la inocencia o irresponsabilidad del condenado. Como es fácil deducirlo, el estudio que en la demanda se somete a la consideración de la honorable Corte no es sino de índole probatoria, fundamentado por lo tanto en los hechos consignados con posterioridad a la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada".

Los procesalistas atribuyen importancia especial a que los *nova,* como designan a los hechos nuevos que pueden determinar la revisión de un proceso, son susceptibles de ser establecidos con cualquier medio de prueba, sin excluír a ninguno, siempre que sea apto para tal fin y tenga, como dice Miguel Fenech, la entidad y relevancia adecuada para producir los efectos que con el mismo hecho probatorio se pretende, cuya trascendencia debe valorarse con el criterio de que ese hecho nuevo "no haya podido, cualquiera que sea su causa, hacerse valer o utilizarse eficazmente, ya que, como se ha dicho acertadamente, sería absurdo creer que la ley quiera mantener un error judicial evidente, cuando se ofrece un medio de prueba para evidenciarlo, del que no se pudo disponer antes de la sentencia" y agrega aquel distinguido catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona: "Aunque la falta de aportación de la prueba sea imputable a negligencia del interesado en la revisión, puede servir para proponerla, puesto que la revisión no es una institución puesta al servicio de los particulares, sino que tiende en primer término a evitar la permanencia de los efectos de una injusticia de carácter material, cuyo remedio interesa más aún al Estado que al particular mismo, y que mediante la revisión el Estado reconduce la justicia procesal a la justicia material". (Autor citado, "Derecho Procesal Penal", volumen 2º, página 569, segunda edición).

Aplicadas estas ideas al caso de autos, se comprende perfectamente que se acomodan a las circunstancias del proceso, toda vez que conducen a evidenciar que producidos hechos nuevos, establecidos con distintos medios probatorios, todos ellos tendientes a determinar modalidades de convicción no tenidas en cuenta durante el juicio, opera la conveniencia de la revisión, para que surja con claridad la verdadera justicia que ha de impartirse cuando apreciados en el nuevo proceso sean valorados con la debida equidad.

Como el recurso, por lo dicho, prospera, deben cumplirse las prescripciones del artículo 574, inciso 2º, artículo 575 sobre excarcelación, como lo solicita el Procurador Delegado, y artículos 576, 577 y 578 del estatuto procesal penal.

En tal sentido, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en un todo de acuerdo con él,

RESUELVE:

1º.— Ordenar, como se ordena, la revisión de la causa seguida a Benjamín Angarita Rivera, condenado a la pena principal de 24 años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de asociación e instigación para delinquir, incendio, robo en bienes de propiedad de María de Jesús viuda de Jiménez y Pedro Navarro Cañizares y homicidio en las personas de Angela Navarro de Navarro, María de Jesús Navarro y Ciro Antonio Navarro, hechos que tuvieron ocurrencia el 10 de enero de 1952 en el punto denominado Balsamina, Municipio de Abrego, Departamento de Norte de Santander, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia proferida el 10 de abril de 1956, que fue confirmatoria de la que en igual sentido dictara el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta el 31 de mayo de 1955.

2º.— El nuevo proceso de revisión se seguirá ante el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga —reparto— a donde, de conformidad con la última parte del inciso 2º del artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, se enviará la totalidad del proceso original y las diligencias de la Corte correspondientes al recurso de revisión, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

3º.— Poner en libertad condicional al condenado Benjamín Angarita Rivera, siempre que preste caución abonada por la suma de quinientos pesos ($ 500.00), lo que se dispone para dar estricto cumplimiento al artículo 575 del Código de Procedimiento Penal, mientras no esté ordenada su detención por otro u otros delitos.

Comisiónase al Juez a quien corresponda por reparto este negocio para que reciba la caución y cumpla todos los requisitos legales en orden al diligenciamiento de la misma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO DE ESTAFA

Se resuelve una colisión de competencias. Discrepan los funcionarios respecto del lugar y momento en que se cometió el ilícito. Las mercancías fraudulentamente obtenidas en un lugar, fueron transportadas y vendidas en otro. Momento en que se consuman los delitos de estafa y abuso de confianza.

1. La estafa es un delito que tiene fisonomía propia por el fraude o engaño que dispone el ánimo del ofendido para entregar por ese único motivo determinante el elemento que configura la apropiación ilícita del que opera de tal manera contra el patrimonio ajeno. El momento en que ese hecho se produce es, pues, el que fija la instantaneidad del mismo y es por ende el que señala el Juez competente que no es otro que el del territorio en donde se llevó a cabo la maniobra dolosa, por lo fraudulenta, para hacerse entregar la cosa objeto del ilícito.

2. En el abuso de confianza, en cambio, puede establecerse que la jurisdicción la señala el hecho de disponer de lo que se ha confiado a título no translaticio de dominio y el lugar donde se manifieste la voluntad de disponer de lo confiado al agente por aquel título.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, junio veinte de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Entre los Juzgados Segundo Superior de Bogotá y Tercero Superior de Medellín, se ha suscitado colisión de competencia negativa, propuesta por el primero de los nombrados, en orden a establecer en cuál de los dos radica jurisdicción para conocer en primera instancia del sumario levantado contra Joselín Sánchez Castañeda, Gustavo Rodríguez y otros, por los delitos que inicialmente se denominaron "abuso de confianza" y "encubrimiento", investigación que estuvo en un principio a cargo del Juez 169 de Instrucción Criminal y luego fue terminada por el Juez 75 de la misma rama judicial.

Para resolver de plano la colisión presentada, y procediendo de acuerdo con las exigencias legales, la Corte entra a exponer las razones alegadas en su favor por los dos Juzgados para negarse a conocer del proceso a que se ha hecho mención.

Con el objeto de lograr una mayor armonía en los fundamentos en que se basará la Sala para resolver la competencia propuesta, a continuación se transcriben los principales apartes de la denuncia criminal formulada por el señor Rafael Arredondo Sierra contra los sujetos antes mencionados, en la que se da cuenta de los hechos que originaron el proceso:

"El 14 de abril de este año (1959), en las horas de la tarde, se presentó a mi oficina un comisionista de sobre-nombre 'Maniquemado' quien frecuenta los lados de la oficina mía, con un camión que portaba las placas tanto las pintadas en la portezuela como en la parte delantera y trasera, número D-99765 con la leyenda *Transandes* en las portezuelas, a solicitar viaje para Bogotá; le contesté al 'Maniquemado' que tenía un cargamento de baterías con destino a Bogotá despachado por *Celna* de Medellín, unos guacales de gabinetes para Ibagué y un algodón y drogas para Girardot, que pesaba en su totalidad 4.825 kilos y que podía pagarles por 5.200 a razón de $ 85.00 tonelada, lo que aceptó el chofer Pedro Morales, comprometiéndose a la

vez a traer de Bogotá por cuenta nuestra 7.000 kilos de cerveza 'Andina' con destino al señor Francisco Jaramillo en esta ciudad. Esto fue lo que se convino con el chofer Morales y aceptó el negocio; lo despaché con mis trabajadores a la fábrica *Celna* a cargar las baterías y el líquido para frenos y el resto del cargamento lo cargamos de las bodegas de la Empresa, las que están situadas en la carrera 57 número 44-A-32 en donde fue planillado con la número 0295, de la cual entrego copia en duplicado, como también la carta circular de abril 28 de *Celna* para todos sus agentes en el país en donde dan sus especificaciones claras de las baterías extraviadas o robadas. El chofer Morales presentó su cédula de ciudadanía número 26748 de Armenia (Caldas), su pase de chofer y el camión que constatamos que es marca 'Ford', color verde, modelo 1953, tipo varillas F-800 y que figura como propietario Francisco Ramírez, matriculado en Bogotá. A los ocho días de enviado el cargamento, recibí informaciones de *Celna,* de que la Distribuidora Central de los Andes no había recibido el cargamento despachado el 14 de abril en el camión antes citado''.

En el mismo denuncio su autor hace relación de las otras empresas, que como la suya, entregaron carga al sujeto que se hizo pasar por Pedro Morales, presentando una falsa documentación, para que éste la transportara a diferentes lugares del país. Igualmente dio cuenta el denunciante de las pesquisas adelantadas a fin de dar con el paradero de quien lo había engañado, las que resultaron totalmente infructuosas.

Por reparto correspondió al Juzgado Segundo Superior de Bogotá calificar el mérito del sumario y dictar el fallo de primer grado en este negocio. El funcionario encargado de ese Despacho, luego de examinar detenidamente los autos, conceptuó que tales diligencias sumariales practicadas alrededor de los hechos denunciados, no configuraban un delito de abuso de confianza, sino de estafa, motivo éste que lo llevó a declararse incompetente para conocer del caso.

Las razones expuestas por el Juez Segundo Superior de Bogotá, están consignadas en auto de 25 de enero de 1960, visible a folios 302 y siguientes del segundo cuaderno. Con base en ellas, fundamenta su negativa de esta manera:

''Adelantada la investigación, se allegaron los siguientes documentos al expediente, que indican claramente la calidad de ilícito cometido, y de donde se deduce que este Despacho no es el competente para decidir en su fondo.

''A folios 19 y 20 respectivamente, se encuentran los duplicados de las planillas o cartas de transportes, originarias de 'Transportes Morales Ltda.', y 'Transportes J. M. Aristizábal', en las que se hace constar que entregaron a Pedro Morales, con cédula de ciudadanía número 26748 de Armenia, conductor del camión distinguido con las placas D-99765 de Colombia, marca Ford, color verde, Modelo 1953, tipo varillas, de propiedad de Francisco Ramírez, afiliado a 'Trans-Andes' de Bogotá, las mercancías que allí se especifican.

''Al folio 18 vto., el denunciante señor Rafael Arredondo Sierra, al ser interrogado por el funcionario de instrucción, si conocía de antemano al señor Pedro Morales contestó: '...Que recuerdo fijo, el día que me encargó, porque nosotros le entregamos carga a quien presente todos los papeles de acuerdo con la Superintendencia Nacional de Transportes y Ministerio de Fomento, como lo hizo el señor Morales...'.

''Al folio 60 vto., se encuentra el informe rendido por el Sub-Jefe de Placas, de la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá, D. E., en donde se lee:

'...Placas número D-99765, marca Fargo, modelo 1949, motor número T150-26705, clase camión, capacidad 4 toneladas, tipo estacas, color amarillo y azul, servicio público, afiliado a Sociedad Libre de Transportes, figura matriculado a nombre de Manuel Vicente Orjuela residente en la carrera 4ª número 1-02'.

''Al folio 70 se halla una comunicación telegráfica de la Oficina de Circulación de Armenia, en la que se lee: '...*Pase número 367035 no expidióse esta oficina, 467035 corresponde José Octavio Londoño Hincapié'* (Subraya el Juzgado).

''Los anteriores elementos de prueba, son suficientes para demostrar:

a) ''Que el señor Arredondo y demás personas que aparecen entregando determinada mercancía para su transporte al señor Pedro Morales, no lo hicieron por la confianza que le tuvieran al citado Pedro Morales, ya que hasta ese día lo conocieron, sino movidos por el convencimiento de que los papeles presentados por Morales eran auténticos.

b) ''Las placas distintivas del camión conducido por Pedro Morales, como todos los papeles de identificación eran falsos, lo demuestra claramente los informes que se transcribieron.

''Así tenemos, que el sujeto que se hizo pasar por Pedro Morales, valiéndose de las maniobras

engañosas: camión con placas que no le correspondían, certificaciones de afiliación a la Empresa 'Trans-Andes', Pase y Cédula que no le correspondían a él, fue a las empresas denunciantes y se hizo entregar la mercancía con destino a Bogotá y otras ciudades del país, haciendo incurrir en error a las personas que con él contrataron, y que con base en la documentación falsa entregaron a éste las mercancías...".

"...Así las cosas, se tipifica el delito de *estafa,* y si bien es cierto que también se dan los presupuestos del delito de abuso de confianza, la magnitud del hecho cometido no permite clasificarlo en el delito menos grave, cumpliéndose como se cumplen los elementos del delito más grave cual es el de estafa.

Por las anteriores razones, y teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, estima este Juzgado que no es competente para conocer del presente negocio en razón del territorio, ya que considera que el delito cometido no es el de *abuso de confianza,* sino de *estafa,* para el cual el competente es el Juzgado Superior de Medellín, circunstancia por la cual, desde ahora y para el evento de que no sean aceptadas las razones aquí expuestas, propone *colisión de competencia negativa".*

Enviado el proceso a Medellín, correspondió su conocimiento al Juez Tercero Superior de ese Distrito Judicial, quien en auto de fecha 4 de mayo de 1961, aceptó la colisión propuesta por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, y como consecuencia de ello, ordenó la remisión del expediente a la Corte Suprema a fin de que se desatara el conflicto de competencia suscitado.

El Juez Tercero Superior de Medellín, en el auto en que se declaró incompetente para conocer de este negocio, hace una serie de disquisiciones sobre las diversas fases del proceso, mostrándose de acuerdo con el funcionario de Bogotá en lo tocante a la calificación de los delitos de que trata el caso sub-júdice, es decir, que acepta la consumación de un ilícito de estafa y no de abuso de confianza y otras defraudaciones, tal como se venía presupuestando. En efecto, dice así el Juez Tercero Superior de Medellín:

"Lo anterior quiere decir que, tanto los documentos presentados por el individuo que dijo llamarse Pedro Morales, como las placas que usaba el vehículo piloteado por éste eran falsas. El uso de unos y otras constituyó sin lugar a dudas, un artificio o maquinación que fue la causa eficiente para que el señor Arredondo Sierra entregara la carga para ser transportada a la ciudad de Bogotá.

"También se comprobó que la mercancía entregada por el denunciante en esta ciudad (Medellín), al tal Pedro Morales, para ser transportada a Bogotá, fue vendida en dicha capital, si no toda, por lo menos parte, como se desprende de folios 102 y siguientes.

"Con base en lo anterior estima el Despacho, de acuerdo con el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, que mediante artificio o maquinación la persona que dijo llamarse Pedro Morales simuló una calidad que no tenía. Así logró inducir en error al señor Rafael Arredondo Sierra, lo que determinó a éste entregarle el cargamento. Ello ocurrió, como se dijo antes, en esta ciudad de Medellín. Las mercancías fueron vendidas en Bogotá, si no todas, parte de las mismas. Obtuvo así el agente, en la capital del país, el provecho ilícito en perjuicio de la sociedad gerenciada o administrada por el denunciante.

"De ahí que este Despacho admita, como lo ha hecho el Juzgado Superior de Bogotá, que se está en presencia de un delito de 'de la estafa' y no del denominado 'del abuso de confianza y otras defraudaciones', de acuerdo con los elementos de juicio allegados al expediente".

Seguidamente, el Juez que aceptó la colisión de competencia, sostiene que el funcionario que la propició, no trató el problema de determinar el lugar donde se cometió el delito y el territorio donde se consumó la infracción, situación esta en la que hace radicar la divergencia de criterio con el Juez de Bogotá, estimando que fue en la capital de la República donde se consumó el delito, circunstancia que lo inhibe para su conocimiento. Para demostrar la razón de sus afirmaciones, el Juez de Medellín se apoya en una serie de conceptos que transcribe, de tratadistas de Derecho Penal, tanto nacionales como extranjeros, en los que se analiza las distintas etapas del iter criminis. De tal estudio hace las siguientes observaciones, para demostrar que el delito fue cometido en la ciudad de Bogotá.

"Ahora bien, para que el delito de 'De la estafa' estructurado en el artículo 408 del Código Penal se considere consumado, es preciso que se ejecuten por el agente todos y cada uno de los hechos que constituyen los elementos señalados en esa norma, y que ya fueron indicados conforme a la jurisprudencia y a la doctrina nacionales. Si falta alguno de esos elementos, el iter criminis no ha realizado la consumación, y los hechos ejecutados pueden constituír un

delito intentado, frustrado, desistido o imposible.

"Con base en las razones anteriores —finaliza el Juez Tercero Superior de Medellín— el Juzgado estima que el delito de 'de la estafa' de que tratan los autos se cometió en la ciudad de Bogotá, aunque se empezó a cometer en Medellín. Por lo tanto, en razón de la naturaleza del hecho y del lugar donde se consumó, es el Juzgado Segundo Superior de Bogotá el competente para conocer de este proceso, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto 3347 de 1950 y el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal".

En este estado del proceso, la Corte entra a desatar la colisión de competencia negativa a que se ha venido haciendo referencia.

SE CONSIDERA:

La naturaleza del delito es la que da en este caso el coeficiente jurídico y legal para resolver la colisión planteada. La Corte en reiterada doctrina ha dicho que en la solución de los problemas que presenta una situación de éstas no puede entrar a discriminar la naturaleza de los ilícitos porque de hacerlo invadiría campos vedados, que corresponden privativamente a los Jueces de instancia, a quienes toca calificar la índole jurídica de la infracción y darle su fisonomía legal en el auto calificador.

Pero aceptado por los funcionarios en discrepancia que la naturaleza del hecho aquí investigado corresponde a un delito de estafa, es sobre esta modalidad delictiva en la que debe girar el ámbito de jurisdicción en conflicto.

Siendo esto así, la doctrina penal predica que la estafa es un ilícito que tiene fisonomía propia por el fraude o engaño que dispone el ánimo del ofendido para entregar por ese único motivo determinante el elemento que configura la apropiación ilícita del que opera de tal manera contra el patrimonio ajeno. Es, pues, el momento en que ese hecho se produce el que fija la instantaneidad del mismo y es por ende el que señala el Juez competente que no es otro que el del territorio en donde se llevó a cabo la maniobra dolosa, por lo fraudulenta, para hacerse entregar la cosa objeto del ilícito determinado por el engaño de que se sirvió para cometer el delito el autor de aquel engaño o fraude.

Fuera de otra categoría el delito, por ejemplo abuso de confianza, y podría establecerse que la jurisdicción la señalaría el hecho de disponer de lo que se ha confiado a título no traslaticio de dominio y en el lugar donde se manifieste la voluntad de disponer de lo que se había confiado al agente por aquel título.

Pero este no es el caso de la estafa. Esta surge del acto mismo de la entrega por el fraude o engaño que hace víctima el agente al sujeto pasivo de la infracción. Y es en tal instante en el que se señala la jurisdicción, porque es el que determina el momento consumativo del ilícito, que no tiene momentos sucesivos sino uno fijo y determinado por el hecho engañoso o fraudulento que movió a la entrega de lo que materializó económicamente lo que de manera ilícita fue adquirido por el estafador.

Esto lo pregona la doctrina así:

"El delito de estafa se consuma desde que queda a disposición del culpable la cantidad pedida, siendo por lo tanto juez competente el del lugar donde la cantidad quedó a disposición del culpable.

"El lugar donde se aparenta la solvencia para lograr la entrega de una mercancía es el que determina la competencia de la estafa y no el lugar a donde la mercancía iba dirigida y debía pagarse, porque en el primero es donde se produjo el engaño y se ocasionó el perjuicio.

"Es competente para conocer de la causa por el delito de estafa el Juez de la localidad donde se llevó a cabo la falsificación de ciertas cédulas personales como medio de cometer sucesivas estafas, delitos de estafa consumados, y no el lugar donde se usó una de ellas y se realizó la tentativa del mismo delito". ("Criterios para determinar la Competencia". "Derecho Procesal Penal", Miguel Fenech, página 261 y 262, tomo I, segunda edición).

Pero si todavía quedare alguna duda sobre el particular, ésta la resuelve el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto ha sido comentado por la Corte así:

"La norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos jueces puedan conocer del mismo negocio penal, en consideración a la naturaleza del hecho punible, pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, se presenta la duda de saber cuál de esos jueces es el competente para conocer del proceso, duda que la norma penal despeja señalando unos de-

terminados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos por separado, otorgan jurisdicción territorial al juez en donde tales hechos se hayan operado''. (Autos, 17 junio 1952, LXXII, 615; 4 julio 1952, LXXII, 644).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desata la colisión de competencias producida en favor del Juzgado Segundo Superior de Bogotá. En tal virtud, el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado Tercero Superior de Medellín, a quien deberá enviársele oportunamente. Dése aviso de esta decisión, por medio de oficio, al señor Juez Segundo Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES SUPRALEGALES EN EL PROCESO PENAL

Indebida aplicación del procedimiento que estableció el Decreto 0012 de 1959, determina la invalidación de la sentencia acusada. Los delitos de homicidio y robo de que tratan los autos tuvieron cumplimiento mucho antes de entrar en vigencia el mencionado decreto.

Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la nueva ley, resulta menos gravoso para el procesado en lo concerniente al inalienable derecho de defensa, es preciso aplicarle la ley preexistente. La aplicación de la ley odiosa o restrictiva configura, por tanto, una nulidad supralegal.

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

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Se decide el recurso de casación interpuesto por los procesados Enrique Velásquez, Libardo Velásquez y Aníbal Rozo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que los condenó a la pena principal de veinte (20) años de presidio como responsables del delito de homicidio de que fue víctima Alfredo Silva; de homicidio imperfecto en la persona de José Luis Silva y de robo agravado en bienes de este último, todo conforme a los siguientes hechos, consignados en el fallo acusado:

"En las primeras horas de la madrugada del día viernes 28 de diciembre de 1951 se encontraba José Luis Silva y su familia acostados tranquilamente en su casa de habitación situada en la fracción de San Jorge, Corregimiento de San Fernando, jurisdicción del Municipio del Líbano, cuando fueron despertados por las voces de varios individuos quienes pedían que les abrieran la puerta en nombre de la ley, pues eran de la policía, y al abrirles irrumpieron en las habitaciones armados de revólveres y escopetas, machetes y varillas, cubriéndose la cara en parte con pañuelos y con sombreros y gorros que les cubrían la frente y entraron disparando sobre Silva, pero hirieron en primer término a su hija de nombre Teresa Bedelivar; que le dijeron a Silva que eso era para que no fuera 'sapo' pues cuando llegaba la policía a San Fernando corría a 'pajudiar' o contarle a la 'chusma'; que le dieron unos golpes con el calibre de escopetas y después de requisar baúles y sustraerse la suma de $ 1.100.00 que tenía en dinero efectivo y dejar todo regado, hicieron encerrar a su esposa, su suegro y a una niña en una pieza, sacaron a Silva amarrado y llevaron (sic) frente a la casa de su hermano Alfredo, donde principiaron a llamar para que abrieran; como no querían abrir resolvieron poner una bomba y entonces José Luis llamó a su hermano y le pidió que abriera y éste así lo hizo. A dicha casa penetraron también, requisaron, le exigieron la cédula a un trabajador que allí había, de nombre Moisés Huertas y después de verla, lo dejaron encargándolo de acompañar a las mujeres mientras sacaban a Alfredo y amarrándolo con lazos se lo llevaron junto con José Luis y después de haberlos conducido algún trayecto se detuvieron, les preguntaron por el santo de su devoción, y atados, a mansalva y en forma fría y calculada, les dispararon por varias ocasiones; Alfredo falleció allí mismo y José Luis, no obstante las heridas se echó a rodar por una loma y logró escapar con vida. Entre los atacantes y a pesar de sus disfraces, fueron reconocidos Pedro Deaza, Cristino Castañeda (hijo), José Santos, Juan de Dios Sánchez, tele-

grafista de San Fernando, Justo Pastor Velásquez, corregidor de San Fernando, Aníbal Rozo, secretario de la Corregiduría, Enrique y Libardo Velásquez, hermanos del corregidor, y Antonio González. Quienes los reconocieron fueron José Luis Silva, Teresa Bedeliver Silva, María Pastora López y Luzmila Silva''.

La investigación se declaró cerrada por la Fiscalía Primera Superior de Ibagué mediante auto del 1º de marzo de mil novecientos cincuenta y dos. (Folio 146, cuaderno primero). Después de una inactividad de más de cinco años, el proceso fue sometido a nuevo repartimiento el dos (2) de agosto de 1957, habiéndole correspondido al Juzgado Segundo Superior de la ciudad nombrada, habiéndose producido la vista fiscal sobre el mérito del sumario desde el 25 de marzo de 1952. (Folios 149 vto. y 147). Una vez más, en reparto del catorce (14) de agosto de 1958, se le asigna el negocio al mismo Juzgado. Segundo Superior. (Folio 149 vto).

Antonio González fue emplazado con el fin de que se presentara a rendir indagatoria, pero como no compareciera, se le declaró reo ausente y se procedió a designarle apoderado de oficio, habiéndose posesionado éste el 6 de julio de 1959. Se revocó luego el auto de fecha 14 de agosto de este último año, mediante el cual se había declarado clausurada la investigación, y se nombró apoderado a los sindicados Cristino Castañeda, Pedro A. Deaza, José Santos o Santa, Enrique, Justo Pastor y Libardo Velásquez, Juan de Dios Sánchez, Aníbal y Adán Gaona, designación que recayó en el doctor Roberto Castro Osorio, a quien se le dio posesión. (Folios 150 a 153 vto.).

Mediante providencia del diez de noviembre de 1959 se declaró cerrada la investigación y se dispuso que el negocio permaneciera en la Secretaría del Juzgado por el término de tres días a disposición de las partes para que presentaran sus alegatos, imprimiéndosele así al proceso el trámite previsto en el decreto número 0012 de aquel año. (Folio 154). Habiéndose acreditado plenamente la muerte del procesado Justo Pastor Velásquez, se produjo concepto favorable del representante del Ministerio Público sobre la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento, en armonía con el artículo 100 del Código Penal. (Folios 156 a 159).

Con fecha diez y nueve de abril de 1960 profiriose la sentencia de primer grado, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor literal:

1º)— Condénase a *José Santos, Pedro Deaza, Enrique* y *Libardo Velásquez, Aníbal Rozo, Cristino Castañeda* (hijo) y *Juan de Dios Sánchez,* de las condiciones civiles anotadas en esta providencia, como autores responsables de los delitos de homicidio en Alfredo Silva, homicidio imperfecto en José Luis Silva y robo agravado en bienes de éste, hecho cometido en las horas de la noche del 27 para amanecer el 28 de diciembre de 1951 en la fracción de ''San Jorge'', Corregimiento de San Fernando, Municipio del Líbano, a sufrir, cada uno, en el establecimiento de castigo que designe la Dirección General de Prisiones, la pena de *veinte (20) años de presidio;* igualmente condénaseles a pagar, en abstracto y solidariamente, el valor de los perjuicios civiles ocasionados con el delito y a las siguientes penas accesorias; pago de las costas procesales, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal impuesta, pérdida de la patria potestad si la tuviere, publicación especial de esta sentencia y pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial.

2º) — Declárase prescrita la acción penal en lo que hace relación con el delito de lesiones personales inferidas a Teresa Bedeliver Silva y en consecuencia se ordena la cesación del procedimiento criminal que por esta infracción se venía adelantando.

3º)— *Declárase extinguida la acción* penal en lo que hace relación con el sindicado Justo Pastor Velásquez por haberse acreditado su fallecimiento.

4º)— *Absuélvese* al sindicado Adán Gaona de los cargos que se le formularon en el curso del proceso.

5º)— *Sobreséese temporalmente* en favor del sindicado Antonio González. En lo que se refiere con este sujeto y demás a que alude el considerando f) anterior, reábrase la investigación y compúlsese la copia necesaria para proseguirla.

6º)— *Revócase* el auto de fecha 22 de enero de 1952. En consecuencia ordénase nuevamente la captura de los acusados José Santos, Pedro Deaza, Enrique y Libardo Velásquez, Aníbal Rozo, Cristino Castañeda (hijo) y Juan de Dios Sánchez. Líbrense las órdenes del caso.

7º)— No es pertinente conceder a los condenados el perdón judicial ni la suspensión de la ejecución de la sentencia.

8º)— Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2864 de 1952''.

Con fundamento en lo dispuesto en la trans-

crita parte resolutiva, se logró la captura de los procesados Enrique y Libardo Velásquez Cruz y Aníbal Rozo Flórez. (Folios 177, 180 y 201).

La sentencia del *a-quo* fue plenamente confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué por medio de fallo proferido el veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960). Tal, en síntesis, la historia de las vicisitudes procesales del negocio.

Como se anotó al principio, los procesados Enrique y Libardo Velásquez Cruz y Aníbal Rozo interpusieron el recurso extraordinario de casación contra el citado fallo de segundo grado y designaron ante la Corte sus respectivos apoderados, quienes oportunamente formularon las correspondientes demandas.

DEMANDAS DE CASACION

A nombre de los procesados Enrique y Libardo Velásquez impugnó la sentencia recurrida el doctor Néstor Aya Z., en libelos que aparecen, en su orden, a folios 11 a 27 y 28 a 43 del cuaderno de la Corte. La demanda del apoderado de Aníbal Rozo, doctor Oscar E. Carvajal Navia corre a folios 44 a 59 ibídem. Las tres citadas demandas coinciden en acusar el fallo del *ad-quem* con fundamento en las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, dando prelación a la primera de las indicadas.

Como causal 4ª alegada habrá de prosperar, por las razones que adelante se verán, desde ahora cabe advertir que la Sala contraerá a su examen el presente fallo, conforme a los principios lógicos que informan la técnica propia de este recurso extraordinario, según los cuales, en un caso tal, sería superfluo un pronunciamiento de mérito sobre cualquiera otra de las causales que hayan podido invocarse.

a)— En el capítulo primero de las demandas presentadas por el señor apoderado de Enrique y Libardo Velásquez Cruz se exponen, entre otros, los siguientes argumentos fundamentales:

"Acuso el fallo recurrido por la causal cuarta de casación establecida en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que consiste en ser la sentencia violatoria de la Ley Procedimental por haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad.

"Aun cuando el fallo será acusado por otras causales distintas, considero que en el orden lógico la primera que debo hacer valer es la que acabo de formular, porque si el proceso está viciado de nulidad, como evidentemente lo está, es éste el primer aspecto que debe estudiarse.

"Desarrollo este cargo así:

"Los hechos que motivaron esta investigación tuvieron lugar, como ya se dijo, en el mes de diciembre de 1951. La investigación se inició el día 29 de ese mes y año y se ordenó tramitar de conformidad con la *ley vigente,* o sea, de conformidad con el actual Código de Procedimiento Penal. Así llegó hasta la providencia que la declaró cerrada o sea, la proferida por la Fiscalía Primera Superior de Ibagué en marzo primero de mil novecientos cincuenta y dos.

"Pero en el año de 1959 se cambian las cosas y el Juzgado Segundo Superior en autos de 11 de junio, de 14 de junio, de 2 de septiembre y 10 de noviembre resuelve tramitar la investigación de conformidad con lo establecido en el Decreto 0012 de 1959.

"Es precepto constitucional que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y mediante la observancia de las formas propias de cada juicio. Que en materia penal la ley permisiva o favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En desarrollo de esa norma constitucional se dictaron los artículos 1º y 5º del Código de Procedimiento Penal.

"Como lo hemos visto, honorables Magistrados, en el resumen de los hechos, el señor Juez Segundo Superior de Ibagué, a pesar del mandato constitucional y de lo establecido en la Ley Procesal, en ejercicio de facultades de que carecía como veremos luego, resolvió cambiar la tramitación que se estaba dando a este proceso y privar así de todas y cada una de las garantías que les otorga nuestro código de procedimiento, a los que estaban sindicados. Con ello se vició de nulidad constitucional todo lo actuado a partir de ese acto procesal".

"Por otra parte, honorables Magistrados, —agrega en aparte posterior— no cabe la menor duda de que el Decreto 0012 de 1959 es una disposición más drástica, menos favorable al reo que nuestro Código de Procedimiento Penal. En éste los términos son más amplios, se disfruta de más recursos y defensas y se tiene el juzgamiento por medio de Jurado en audiencia pública, lo que naturalmente da mayores oportunidades y facilidades para probar la inocencia.

"De todo lo anteriormente expuesto se concluye que el señor Juez Segundo Superior de Ibagué no podía cambiar la tramitación que se

había dado a esta investigación en la forma que lo hizo, a pesar de lo dispuesto en el Decreto 0012, porque de conformidad con nuestra Constitución Nacional y con las leyes preexistentes en ese momento, los sindicados tenían derecho a que se continuara la tramitación ordinaria ya que era la vigente en el momento de los hechos criminosos y era, sin lugar a dudas, la más favorable para ellos. El señor Juez ejercitó una facultad que constitucionalmente no había adquirido. Ejecutó actos jurídicos jurisdiccionales sin competencia para ello y vició así de nulidad todo el proceso. La sentencia recurrida se dictó con posterioridad a esa nulidad y es, por tanto, violatoria de la Ley Procedimental y debe ser casada como respetuosamente lo solicito de esa honorable Corporación".

En apoyo de su tesis central cita varios fallos de la Corte sobre la materia, destacando la siguiente doctrina:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley solo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado: de no ser así, la Ley Procedimental lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría en perjuicio de éste.

"A pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior".

b)— En substancia, los argumentos aportados por el señor apoderado de Aníbal Rozo para sustentar la causal cuarta son los mismos que acaban de transcribirse. De ahí que la Sala, sin desestimarlos, encuentre superfluo reproducirlos.

RESPUESTA DEL PROCURADOR

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que las razones aducidas por los demandantes para sustentar la viabilidad de la causal cuarta de casación, son, en esencia, jurídicas. Y para demostrarlo, reproduce el concepto por él emitido en el caso de Luis Evelio Valencia. En los pasajes fundamentales de tal concepto dijo entonces la Procuraduría:

"Para el caso presente al momento de consumarse el hecho delictuoso se encontraba vigente, en el lugar de los hechos, el conjunto de disposiciones del Código de Procedimiento Penal que son, a no dudarlo, más benignas que las del decreto 0012 de 1959, estatuto este que, además de ser más desfavorable al reo, fue expedido con posterioridad al múltiple homicidio de autos.

"Lo restrictivo de las normas del Decreto 0012 de 1959 (junio 4) se hace ostensible en comparación con las disposiciones de la Ley 94 de 1938. Al respecto, basta señalar que el auto de detención proferido en los procesos tramitados por el decreto mencionado es inapelable (artículo 5º de dicho estatuto) y el término del emplazamiento más reducido que el ordinario (artículo 5º ibidem), que en ningún caso se puede conceder excarcelación (artículo 6º) que al sobreseído temporalmente sólo se le puede conceder la libertad cuando tal decisión se haya confirmado por el Superior (artículo 7º Decreto 0012 y artículo 410 del Código de Procedimiento Penal), que el auto de aceptación o rechazo de la práctica de una prueba en el sumario es inapelable (artículo 15), que las causales de nulidad se limitaron y lo mismo la oportunidad procesal para alegarlas (artículo 22). Tales, algunas de las restricciones que conlleva la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

"Mas lo que en concepto de este Despacho resulta más desfavorable dentro de las preceptuaciones del citado estatuto es la abolición de la etapa denominada *Juicio,* en sentido estricto. Y es precisamente el artículo 26 de la Carta el que ordena cumplir tan trascendental actuación dentro del proceso, por lo cual su omisión conlleva la infracción de esta norma con el efecto consiguiente de que se produce por tal motivo una nulidad de índole supralegal.

"Si tras el pronunciamiento del auto de proceder, cuando se reúnen los requisitos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, el juicio se abre a prueba y se deben practicar las conducentes y solicitadas en tal etapa, se lleva a cabo la audiencia pública y durante ella el procesado puede nombrar vocero. Si en determinados casos es necesaria la intervención del Jurado durante la audiencia pública, es obvio que tales actuaciones queden eliminadas al abolirse el juicio, propiamente tal, regulado por el Libro III, Título I a III del Código de Procedimiento Penal y disposiciones que lo complementan, en detrimento notorio del derecho de defensa que asiste al reo. En efecto: si es en el auto de enjuiciamiento cuando se hace la

formulación de los cargos al procesado para que este responda en razón de los mismos, al no existir tal fundamental providencia dentro del proceso (y ello a causa de la abolición del juicio) le resulta difícil al reo ubicar su defensa dentro de los límites precisos que le traza la sociedad en el pliego de cargos, vale decir no existe la controversia que constituye el estricto juzgamiento. En ausencia de una acusación concreta no puede existir una defensa igualmente concreta.

"Por lo anterior es principalmente por lo que resulta odioso o restrictivo el Decreto 0012 en comparación a las normas del Código de Procedimiento Penal. Y a causa de lo anterior se hace manifiesta la violación del artículo 26 de la Constitución, por lo cual se genera una nulidad de índole supralegal, al dar aplicación a los preceptos del referido decreto.

"Tal nulidad ha sido reconocida por la honorable Corte en sentencias de marzo 14 y 15 del corriente año, entre otras.

" En el caso sub-judice no solo se dio aplicación a la ley posterior desfavorable al reo, con lo cual resultó violado el inciso final del artículo 26 de la Constitución, sino que se eliminó la etapa denominada propiamente *juicio* al aplicar las normas del Decreto 0012 a partir del auto de cierre de la investigación (f. 359) infringiéndose así el mismo precepto de la Carta en su primer inciso".

Consecuentemente con el criterio expuesto, el Ministerio Público solicita de la Corte que "declare comprobada la causal 4ª de casación y proceda de conformidad a lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, en su letra b)". Petición a la cual añade lo siguiente: "La nulidad debe producirse a partir del auto de junio once de mil novecientos cincuenta y nueve (f. 150) y como para dicha época el auto de detención contra los procesados se había revocado (ver fl. 65 y 134 a 135), es preciso decretar la libertad de Libardo y Enrique Velásquez Cruz y Aníbal Rozo Flórez".

SE CONSIDERA:

Ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia que el juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, a menos que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Tal criterio se funda en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que en su primer cuerpo consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio; y en el segundo, la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que repiten y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

El principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental, ya que en muchos casos las leyes de procedimiento no se limitan a determinar competencias o a disponer ritualidades adjetivas en los juicios penales. Muchas de ellas, por el contrario, consagran preceptos fundamentales, estrechamente vinculadas en defensa del procesado.

Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la nueva ley, resulta menos gravoso para el procesado en lo concerniente al inalienable derecho de defensa, en virtud de los principios expuestos, es preciso aplicarle la ley preexistente. La aplicación de la ley odiosa o restrictiva configura, por tanto, una nulidad supralegal.

Sobre el particular decía la Corte en reciente fallo, reiterando conceptos ya expuestos en sentencias anteriores:

"El Decreto legislativo 0012, mediante el cual se establecieron normas especiales de procedimiento penal aplicables únicamente en los Departamentos en donde subsiste el estado de sitio, entró en vigencia el 4 de junio de 1959. Y el delito de homicidio por el cual se juzga a Luis Tulio Gaviria en este proceso, se perpetró el 15 de febrero del mismo año. Lo anterior significa que cuando ocurrió el hecho que a aquél se la imputa, regía en todo el territorio de la República un procedimiento que, para el juzgamiento del homicidio, se estructura sobre las siguientes bases generales: previo auto de llamamiento a juicio, susceptible de apelación en el efecto suspensivo; término para solicitar y practicar pruebas; audiencia pública, con intervención del Jurado. Es decir, una serie de garantías que sufrieron restricción o fueron suspendidas en virtud del aludido Decreto. Es evidente, por tanto, que el procedimiento anterior era más favorable al acusado. Así, la nulidad supralegal planteada y sustentada con los sóli-

dos argumentos que en su lugar se transcribieron, surge con suma claridad en este proceso y, en consecuencia, es válida la impugnación del fallo recurrido con fundamento en la causal cuarta''. (Casación del 25 de marzo de 1961).

Tales razones tienen plena validez en el presente caso, en el cual, como se ha visto, los hechos por los cuales se juzga a los procesados tuvieron ocurrencia el 28 de diciembre de 1951.

Por lo demás, en casación del 26 de abril último la Corte tuvo oportunidad de exponer con mayor amplitud los fundamentos de orden constitucional que otorgan facultad a los jueces en un caso determinado, como el presente, para dejar de aplicar una ley inexequible, sin que sea necesario el previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el artículo 214 de la Carta. (Art. 215 de la C. N.).

Prospera, pues, la causal cuarta alegada y, en consecuencia, es procedente dar aplicación al ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Así, la Sala ordenará reponer el procedimiento, a partir, inclusive, del auto que declaró clausurada la investigación y puso por el término de tres días los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos, porque es ese el momento procesal en que se inicia la etapa del juicio gravoso y excepcional regulado por las normas del Decreto 0012 de 1959.

Cabe advertir que la reposición del procedimiento se extiende a los condenados no recurrentes, porque siendo común a todos el motivo que origina la nulidad, repugnaría al principio de la igualdad ante la ley que un juicio carente de valor para unos sea válido para los otros.

La invalidación del fallo impugnado no afecta la revocatoria del auto del 22 de enero de mil novecientos cincuenta y dos (1952), y en consecuencia queda vigente la detención preventiva de los procesados, decretada en providencia del diez de enero del mismo año, visible a folios 65 y siguientes, cuaderno primero del informativo.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, INVALIDA el fallo recurrido, con las advertencias contenidas en la parte motiva de esta sentencia, y ordena devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir del auto del diez (10) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), visible al folio 154, cuaderno primero del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO IMPERFECTO

Ni los defectos de procedimiento alegados están erigidos por la ley en nulidades, ni el impugnador logró demostrar evidentes errores, de hecho o de derecho, en la sentencia que impuso condena por delito doble de homicidio imperfecto.

Si bien el poder de juzgar de las instancias no es absoluto, la relativa soberanía que para ellas se estatuye, en orden a la estimación de la prueba y determinación del grado de responsabilidad del delincuente, está indicando que el recurso de casación, cuando se invocan las causales primera y segunda, sólo prospera si el recurrente demuestra en forma debida que de modo evidente, irrefragable o indiscutible, el fallador incurrió en error de derecho o en error de hecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Este juicio, seguido por los trámites especiales de que trata el Decreto legislativo 0012 de 1959, recibió del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Sala de Decisión Penal) sentencia condenatoria, de fecha 12 de febrero de 1960, contra el acusado Helí Barbosa Díaz, como responsable del "delito de 'doble homicidio imperfecto', a la pena de seis (6) años y tres (3) meses de presidio y a las accesorias respectivas", confirmando en un todo lo resuelto en primera instancia por el Juzgado Primero Superior del mismo distrito en fallo de 7 de septiembre de 1959.

En tiempo oportuno el acusado interpuso para ante esta Corporación el recurso extraordinario de casación, sobre cuyo mérito procede decidir, cumplidos como están los trámites que le son propios.

HECHOS:

De ellos hace la sentencia del Juzgado esta síntesis:

"Dicen los autos que en la madrugada del día primero (1º) de enero del año en curso (1959), entre las tres y media y las cuatro de la mañana, se encontraban en la cantina de Julio César Gil, situada en esta ciudad de Buga, en la manzana comprendida entre la carrera 15 con calles 20 y 21, distinguida en su portón de entrada con el número 20-38, varias personas que celebraban con libaciones el advenimiento del nuevo año, entre ellos Ricaurte Antonio Sánchez, Julio César Tintinago Chicangana, Luis Gonzaga Duque Osorio, Blanca Oliva Tascón de Tintinago, Aleyda María Bocanegra de Duque, Jesús María Castro y su esposa Carmenza Ospina López, hermana de los sindicados Alfredo y Leonardo Ospina López. En esos momentos llegaron los hermanos Alfredo y Leonardo Ospina López, quienes se trabaron en discusiones políticas con los allí presentes, habiéndose suscitado una riña entre los que se encontraban dentro de la cantina, departiendo amigablemente, y los hermanos Ospina López, quienes los atacaron armados de peinilla, martillo y varilla de hierro, riña en la cual no participó el sindicado Helí Barbosa, quien permaneció en el mostrador de la cantina.

"Adelantada la investigación, los presentes en la cantina de Julio César Gil que fueron víctimas de las agresiones de los hermanos Ospina López, acusaron en declaraciones bajo juramento a los nombrados hermanos de haberles golpeado con peinilla y otras armas contundentes (martillo y varilla), sin que les imputasen los

disparos que lesionaron a los señores Julio César Tintinago y Ricardo Antonio Sánchez, disparos que dicen salieron del lugar donde se encontraba el mostrador de la cantina, lugar que ocupaba en esos momentos Helí Barbosa Díaz.

"La incriminación contra Helí Barbosa Díaz, aparece en forma indirecta por los ofendidos, como autor de los disparos que en esos momentos se produjeron contra los que reñían, pues aunque afirman que no pudieron ver a Barbosa cuando esgrimía el revólver por estarse defendiendo de sus atacantes los hermanos Ospina López, sí pudieron darse cuenta de que esos disparos se produjeron desde el mostrador de la cantina y que era precisamente Helí Barbosa quien se movía por los lados del mostrador. Esta circunstancia fue la que llevó al ánimo del señor Juez Penal del Circuito de Buga a estimar que Helí Barbosa, incriminado indirectamente como el autor de tales disparos, no tomó parte en la riña, para repeler ataques, sino que hubo un propósito, en este caso frustrado por circunstancias extrañas según el Juzgado Penal del Circuito de eliminar una vida, la de Julio César Tintinago, y quizás hasta la de Ricaurte Antonio Sánchez, expresó el mismo Juzgado, y que ante esas circunstancias era necesario separar las investigaciones para que el Juez Superior conociera de la conducta asumida por el responsable de esos disparos".

DEMANDA DE CASACION

En el extenso escrito que obra de folios 12 a 64 del cuaderno número 6, el doctor Oscar E. Carvajal Navia, apoderado de Barbosa Díaz, formula la demanda. En ella, luego de una versión sobre los hechos que dieron origen al proceso, impugna la sentencia recurrida con base en las causales 4ª, 1ª, 2ª y 5ª de las indicadas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para acusar la sentencia "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad" y ser, consecuencialmente, "violatoria de la ley procedimental", descompone su alegación en cuatro cargos. La síntesis de los motivos que se aducen en torno a la causal 4ª de casación, tomada del propio texto de la demanda, es como sigue:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Buga proferida contra Helí Barbosa Díaz por el 'doble delito de homicidio imperfecto' con fundamento en la nulidad constitucional procedente de la violación del artículo 26 de nuestra Carta Fundamental, violación que es determinada por la omisión en que se incurrió al no practicar las pruebas pedidas por la defensa, visibles a folios 101 y 102 del expediente que inciden en quebrantamiento de los artículos 1º, 5º, 178, 198, 203, 204, 210, 273, 282, 295, 296, 301, 308, 316, 318, 356, 375, 376, en armonía con las disposiciones análogas del Decreto 0012 de 1959, que rige especialmente para los Departamentos que están bajo el imperio del estado de sitio, cuyo quebrantamiento me permito enumerar en su orden lógico.

"*Primer cargo.*— El honorable Tribunal quebrantó el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal en razón de que dictó una sentencia condenatoria contra Helí Barbosa Díaz, por el doble delito de homicidio imperfecto, no siendo competente para ello, ya que estaba demostrado en el proceso que la violación del Código de las Penas se había operado en el Capítulo II del Título XV, que contempla el delito de lesiones personales, violación que también incide en la del Decreto 3347 de 1950.

"*Segundo cargo.*— El honorable Tribunal también quebrantó el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal consistente este cargo contra la sentencia, en que el Tribunal desechó la calificación del delito de lesiones personales que inicialmente había sido su calificación por el instructor y en la que estuvo de acuerdo el señor Agente del Ministerio Público, calificación ésta que era más favorable al procesado, por la del delito de 'doble homicidio imperfecto', que era más desfavorable al mismo, ya que el homicidio está contemplado en el artículo 362 del Código Penal en armonía con el artículo 17 de la misma obra y tiene una penalidad mucho más elevada que la contemplada en el Capítulo II del Título XV del Código de las Penas.

"*Tercer cargo.*— El honorable Tribunal Superior de Buga violó lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal junto con lo dispuesto en el Decreto 0012 de junio 4 de 1959, en su artículo 3º, por cuanto allí se establece que el sumario deberá ser instruído dentro del perentorio término de treinta días, vencido el cual el expediente pasará al Despacho del señor Juez para declarar cerrada la respectiva investigación, poniendo los autos a disposición de las partes para que presenten los alegatos de conclusión, vencido dicho término, el Juez dictará la sentencia dentro del término de cinco días.

"De autos aparece que el señor Juez dictó el auto de cierre de la investigación con fecha 4

de junio del año de 1959, y poniendo los autos a la disposición de las partes por medio de auto que tiene fecha 17 de julio del mismo año, lo que implica que había transcurrido un término de seis meses desde el día que se inició la correspondiente investigación criminal. Al pensar que por este aspecto se violó en forma clara el citado artículo 178 del procedimiento penal que ordena 'que todo acto procesal debe cumplirse dentro de los términos fijados por la ley o por el juez', lo que implica que se había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de que habla Eugenio Florián, para dictar los autos o sentencias acordes con los cánones del procedimental penal...

"*Cuarto cargo.*— Impugno la sentencia... por violación del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal en ordinales 1º y 8º; el primero por incompetencia de jurisdicción y el segundo por 'error en la denominación jurídica de la infracción' de tal manera que en mi concepto, el Tribunal violó la citada norma procedimental por dos aspectos: el primero, porque en el diligenciamiento está demostrado claramente que solo estaba probada la comisión de un delito de 'lesiones personales' de competencia de un Juez Penal Municipal cuya segunda instancia estaba fijada por mandato de la ley procedimental a un Juez Penal de Circuito y no del Tribunal Superior, lo que implica que se quebranta la ley procedimental por este aspecto.

"El segundo cargo contra la referida sentencia lo hago consistir en que siendo un delito de 'lesiones personales' el que estaba claramente demostrado en los autos, conforme el dictamen médico, y total y completa ausencia de los elementos constitutivos del delito de doble homicidio imperfecto por el cual se juzgó a Helí Barbosa Díaz, resulta que el Tribunal incurrió en 'error en la denominación jurídica de la infracción' conforme lo demuestra la realidad procesal, siendo por tal motivo completamente nulo todo el procedimiento empleado. Esta nulidad fue alegada en las dos instancias del proceso por el defensor y no fueron resueltas (sic) por los dos juzgadores de instancia, factor que determina que sea perfectamente procedente su ataque en la demanda de casación...".

La causal 1ª de casación la sustenta el recurrente haciendo una crítica a los elementos de prueba tenidos en cuenta por el fallador para proferir sentencia condenatoria, pues en su opinión no hay en el proceso la demostración del dolo homicida, necesario para configurar el delito de homicidio, perfecto o imperfecto. Se allana el demandante, después de su personal examen de los autos, a aceptar que la "figura de la complicidad correlativa está más acorde con la realidad procesal que la del homicidio imperfecto que fue la reconocida por el honorable Tribunal Superior, de lo cual resulta que el Tribunal aplicó erróneamente la norma del artículo 362 y 17 del Código Penal en lugar de la 385 que era la más correctamente aplicable al caso de autos". No dice el señor apoderado si esa complicidad correlativa lo era para el delito de lesiones personales o para el de homicidio.

Dentro de la misma causal sostiene también que hubo indebida aplicación de la ley por razón de sufrir los hechos una errónea interpretación, razonamiento que con falta de técnica involucra dos causales distintas de impugnación.

Todo lo que se afirma en la demanda, con cita de la causal 1ª de casación, se refiere a aspectos relacionados con la apreciación de las pruebas, que serían atinentes para la demostración del error de hecho, consagrado en la causal 2ª. Esto indica que la impropiedad en el libelo conduce a la confusión de los motivos para impugnar la decisión del Tribunal. El error de derecho puede ser consecuencia de la equivocada apreciación de los hechos, pero no cabe sustentar aisladamente el primero con consideraciones en cuanto al mérito de las pruebas valoradas por el sentenciador para condenar al acusado.

De ahí por qué, al sustentar la causal segunda, también invocada por el recurrente, vuelva de nuevo sobre el recaudo probatorio, a efecto de demostrar que el procesado no incurrió en homicidios imperfectos sino en delitos de lesiones personales.

Como resumen de la acusación de la sentencia, con fundamento en la causal 1ª, dice el demandante:

"La sentencia es violatoria de nuestra ley sustantiva por errónea interpretación de los textos legales, lo cual determinó la violación por parte del Tribunal de los artículos 3º, 17, 12, 365 y 385 del Código Penal, por no haberlos aplicado al caso pertinente siendo que estos eran más favorables al calificar la situación jurídica de mi patrocinado, y habiendo aplicado 'indebidamente' los artículos 17, 362 y el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal".

Por último, recurre el impugnador a la causal 5ª de casación porque, en su concepto, la sentencia no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados.

Después de algunas apreciaciones sobre la imputación que al acusado se formula, resume

el cargo, por este aspecto, en los siguientes puntos:

a) "La sentencia impugnada no expresa 'clara y terminantemente' que Helí Barbosa Díaz se le haya comprobado que el bulto que tenía oculto bajo la camisa fuera un revólver.

b) "La sentencia impugnada no 'expresa clara y terminantemente' que éste haya sido el autor de los disparos que lesionaron a Ricaurte Antonio Sánchez y a Julio César Tintinago; y

c) "La sentencia impugnada no 'expresa clara y terminantemente' cuáles son los hechos para considerar que Barbosa Díaz haya abusado de las condiciones de indefensión o inferioridad en que se encontraban Tintinago y Sánchez cuando fueron atacados por los hermanos Ospina López, como la asechanza o alevosía, y que fueron los medios valorados erróneamente por el honorable Tribunal para agravar la pena impuesta.

"Por no haberse recaudado la prueba de los anteriores hechos, resulta difícil saber cuál fue exactamente la norma penal sustantiva violada, o sea el objeto jurídico del delito, y cuál fue la causa de la acción física ejecutada por el imputado, aunque de sobra se sabe que hubo una ley violada y una acción física que motivó la consumación de un delito reprimido por el Código de las Penas.

"La sentencia impugnada no dice en forma clara y terminantemente, cuáles son las pruebas que están debidamente acreditados dentro del proceso respecto al elemento intencional o acción psíquica desarrollada por el autor del delito.

"Respecto a la acción física, la sentencia tampoco expresa en forma clara y terminante cuál es la modalidad de la acción física cuyo cargo se le hace al procesado.

"La sentencia solamente recoge algunos testimonios de varios de los mismos participantes de los hechos, sin que ninguno de ellos afirme 'clara y terminantemente' que Barbosa Díaz fuera el autor de los disparos que lesionaron a los ofendidos y menos que lo haya visto ejecutando la acción física de disparar un revólver. El hecho de decir que los disparos salieron del lado del mostrador donde estaba Helí Barbosa, no es manera de decir que el hecho físico de la acción de disparar se encuentre 'clara y terminantemente probada'. El Tribunal tenía la obligación legal de decirle al procesado cuáles eran los hechos que conforme a la ley estaban suficientemente probados y de los cuales se deducía su responsabilidad penal. No se le puede cargar a la cuenta de la responsabilidad penal de Helí Barbosa Díaz un delito de homicidio imperfecto por el solo hecho de estar éste cerca de un mostrador de donde salieron unos disparos que determinaron la lesión sufrida por los ofendidos.

"Si esta causal llegare a prosperar, pido a la honorable Corte que ordene remitir el expediente a quien corresponda por conducto del Tribunal de Buga para los fines previstos por la ley procesal".

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal da respuesta a la demanda de casación en un muy amplio concepto (fls. 70 a 98 del cuaderno número 6) cuya petición final es la de que se *deseche* el recurso.

De sus consideraciones vale destacar:

Por lo que respecta a los cargos fundados en la causal 4ª:

"Este cargo no debe prosperar si se tiene en cuenta que la nulidad invocada por el impugnador se fundamenta en la demostración de una cuestión relativa a la valoración de los hechos, no se comprende cómo pueda el demandante alegar que se ha incurrido en el motivo de nulidad descrito en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, 'incompetencia de jurisdicción' cuando se parte de un presupuesto que no ha demostrado o sea la existencia en este proceso de un delito de lesiones personales. Pues bien: es la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal la que permite llevar a cabo un estudio de las probanzas para demostrar que, por errónea interpretación o apreciación de los hechos, se ha producido una valoración de los hechos equivocada y que ello ha incidido en la estructuración de los elementos constitutivos del delito. Dentro de la causal 4ª esta alegación es antitécnica.

"De manera que el cargo resulta improcedente. En consecuencia, estima este Despacho que la honorable Corte lo debe desestimar".

"Todo indica en los autos que fue precisamente el Juez Superior el que decidió lo relativo al delito de HOMICIDIO IMPERFECTO atribuído a HELI BARBOSA con lo cual las reglas sobre competencia en razón de la naturaleza del hecho tuvieron plena aplicación por lo cual ninguna modalidad que conlleve incompetencia de jurisdicción se observa en los autos. Y, además, es preciso decir que el mismo Juez

Superior no quiso conocer del delito de lesiones personales imputado a los Ospina —y que fue fallado por el Juez Penal del Circuito, conforme constancias del proceso— por cuanto estimó que los hechos no mantenían nexo alguno, sino antes bien habían nacido independientemente, a la vida jurídica, como también surge indubitablemente de autos. Por este aspecto su decisión fue producida conforme a derecho. De modo que el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal no tiene aplicación al caso presente y mal podía ser infringido. La nulidad del ordinal 1º del artículo 198 ibídem, carece de comprobación".

"Las simples consideraciones relativas a cuestiones de hecho, propuestas por el demandante, no revisten la seriedad y ordenamiento técnico de un cargo contra el fallo recurrido. En efecto: lo atinente a la comprobación del cuerpo del delito es una cuestión relativa a los hechos cuya alegación es pertinente dentro de la causal segunda. Por lo tanto al hacerlo por la vía de la causal cuarta el cargo es impropio. Por otra parte la *simple cita* de disposiciones que se estima violadas sin indicar el motivo de su infracción no puede estimarse como *comprobación*, labor ésta más compleja y exigente.

"El cargo es deficiente e impropio dentro de la causal cuarta. En consecuencia, cree este Despacho que debe desestimarse".

"La cuestión de hecho sobre la cual gira la argumentación del abogado recurrente ha debido consignarse dentro de la alegación de la causal segunda, por cuanto es relativa a los elementos estructurales del delito. La causal cuarta ha debido, pues, alegarse como subsidiaria de aquella y no como principal por cuanto al hacerlo así se han formulado dos proposiciones contradictorias: que por lo tanto se excluyen y anulan por sí mismas. De haberse comprobado la presencia de un delito de lesiones personales, es obvio que la calificación de homicidio imperfecto verificada en la sentencia acusada sí era errónea y, por lo tanto sí sería próspero el cargo fundado en la nulidad del ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

"La irregularidad que anota el impugnador no configura violación de la 'plenitud de las formas del juicio', por cuanto en nada lesionó los intereses jurídicos de las partes, ni incidió en la existencia misma del proceso.

"El que algunas pruebas solicitadas por el apoderado del procesado y por el reo no se hubieran practicado no es motivo suficiente para estimar que se coartó el derecho de defensa. Al menos el recurrente no hizo la comprobación plena de este planteamiento. Por otra parte de conformidad con lo prescrito por el artículo 15 del Decreto 0012 durante el sumario 'no se practicaron diligencias de careo en ningún caso', por lo cual la ausencia de tales diligencias solicitadas por el reo (folio 101) en nada violó su derecho, pues por disposición expresa de la anterior norma su práctica durante el sumario está terminantemente prohibida.

"Así las cosas, toda la argumentación del recurrente carece de respaldo jurídico, y, por lo tanto, los cargos antes sintetizados resultan improcedentes para comprobar la causal cuarta".

En cuanto a la causal primera, dice el señor Procurador, en lo principal:

"Sobre un análisis probatorio superficial que no controvierte las argumentaciones del Tribunal ad quem, el impugnador expone su criterio personal sobre el caso de autos, aunado a diversos comentarios sobre los elementos estructurales del delito que estima comprobado. Pero si bien reconoce que la mayor parte de la prueba tenida en cuenta contra Helí Barbosa fue indiciaria, ello no la orienta a demostrar el error evidente de hecho o el error de derecho en que incurrió el citado Tribunal que determinó la errónea interpretación y equivocación al aplicar la ley penal sustantiva. Ninguna argumentación, verdaderamente tal, hace el recurrente que pruebe lo siguiente: a)— Que los elementos del delito tipificado en el artículo 362 no se hallan acreditados en este proceso; b)— Que el artículo 17 no fue rectamente interpretado y aplicado, y c)— Que ha debido aplicarse el artículo 385 del Código Penal. El cargo es deleznable y carece, en consecuencia, de viabilidad para los fines que se propone.

"Por otra parte, el cargo se apoya sobre una cuestión de hecho que de ser probada satisfactoriamente señalaría la infracción consecuencial de las normas sustantivas citadas por el demandante. Pero ni se probó lo primero, ni se demostró, como era necesario, lo último. La violación del artículo 363 del Código Penal, la enunció pero no la comprobó".

"Como fácilmente se observa, el error en la interpretación de la ley penal sustantiva lo hace reposar el impugnador en la estimación equivocada de la prueba por parte del Tribunal *ad quem*. Sostiene el recurrente que los elementos de juicio citados y parcialmente transcritos en el libelo de demanda permiten considerar que la norma aplicable al caso *sub júdice* no era otra

sino el artículo 372 del Código Penal. Y al aplicarse los artículos 362 y 17 de este estatuto se violó la ley sustantiva por errónea aplicación de la misma en el fallo acusado.

"El examen sobre los hechos que se estima erróneo por parte del Tribunal *ad quem* en la sentencia acusada, para proceder con estricta técnica jurídica, ha debido verificarse dentro de la causal segunda de casación que contempla tal posibilidad, para luego subsidiariamente alegarse la causal primera. Al proceder en forma inversa el argumento ha sido planteado impropiamente. No obstante ello esta Procuraduría anota como réplica fundamental lo que sigue:

"En la demanda se ha reconocido que la prueba indiciaria fue pilar básico para la deducción adoptada por el fallador de la segunda instancia. Ahora bien: ningún cargo notable se ha formulado que permita destruír el razonamiento consignado en la sentencia impugnada o haga notorio el error que se invoca. Simplemente se ha antepuesto un criterio interpretativo de la prueba, el del impugnador, a otro: el del Tribunal. Baste anotar que para el demandante no le merece atención uno solo de los presupuestos lógicos contenidos en el fallo acusado, pues no hay referencia directa a alguno de los resultandos y considerandos. Sin precisar en dónde reposa el error, ni por qué motivo éste existe en la sentencia demandada, resulta impropio deducir, *prima facie,* una presunta violación de la ley penal sustantiva".

"Primeramente se anota el absurdo que plantea el demandante acerca del artículo 17 del Código Penal, pues a la vez que primero lo estima *violado por no haberse aplicado,* después sostiene que su infracción se debe a *su aplicación indebida.* El cargo carece de lógica al respecto y nada prueba, en consecuencia. Se debe descartar, se repite, por absurdo.

"En segundo lugar si los artículos 3º, 12, 365 y 385 del Código Penal *no fueron aplicados* en este proceso, ninguna violación de los mismos se ha podido operar al tenor de lo prescrito en el ordinal 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no puede acusarse ni errónea interpretación de dichos preceptos (precisamente porque no se les tuvo en cuenta por el Tribunal ad quem), ni menos aplicación indebida de los mismos, que es la posición contraria invocada por el demandante. Por omisión involuntaria del legislador la infracción directa de la ley penal no fue consagrada como motivo especial dentro de la causal primera de casación, como sí lo está en el Código Judicial (artículo 520, ordinal 1º y el Código de Procedimiento Laboral (artículo 87, causal primera).

"Así las cosas, resulta que quien pretende imprimirle prosperidad a la causal primera de casación penal debe formular argumentaciones que tiendan a comprobar la violación de la ley penal sustantiva por uno de estos dos motivos: a) errónea interpretación y b) aplicación indebida, y que ello incide en el fallo acusado. Nada más.

"Aplicando al caso presente el anterior criterio se observa que lo que ha debido comprobar el recurrente es la infracción de los artículos 362, 363, ordinal 5º y 17 del Código Penal que también acusa como indebidamente aplicados, pero sin lograr acreditar por qué motivo estima que ello tuvo ocurrencia. Los cargos, en concepto de esta Procuraduría, han sido formulados impropiamente y adolecen de demostración.

"Ninguna argumentación seria y convincente se hizo para probar que las referidas normas fueran aplicadas equivocadamente por parte del Tribunal *ad quem* en el fallo demandado. Simplemente el recurrente se dedicó a hacer consideraciones sobre otras figuras delictivas que estimó tenían operancia en el caso de autos. Por otra parte, se observa que los cargos los hace girar el impugnador alrededor de cuestiones de hecho relativas a los elementos estructurales del delito, lo cual ha debido alegar y probar propiamente dentro de la causal segunda de casación que existe para tal fin. Por este aspecto el cargo fue impropiamente formulado".

A la causal segunda replica la Procuraduría:

"La pretendida comprobación de la causal segunda de casación comprende buen espacio en la demanda y contiene referencias y transcripciones de los testimonios de Aleyda María Bocanegra (folio 17 vto.), del cual induce el impugnador los elementos constitutivos de la atenuante descrita en el artículo 28 del Código Penal, y de Humberto Alirio Mateis y Juan García (folios 88 y 89), Eduardo Iglesias Díaz (folio 90), José Manuel Montoya Restrepo (folio 95). Alude también al careo entre Helí Barbosa Díaz y el ofendido Luis Duque (folio 94) para concluír que 'este haz probatorio, uniforme, claro, concordante que demuestra en forma clara una 'circunstancia eximente' plenamente acreditada dentro del proceso y que fue desconocida por el honorable Tribunal' (folio 54 de la demanda), cual es la inocencia de su poderdante pues insiste en afirmar que Helí Barbosa no estaba en el lugar de los hechos. Critica el valor dado al dicho de los ofendidos a quienes

considera como interesados en mentir y por ello sospechoso su testimonio (folio 37 a 45 de la demanda).

"Es fácil anotar que la labor del demandante ha sido supremamente amplia en la demostración que estima conducente a imprimirle viabilidad a la causal segunda. No obstante los cargos pecan contra la realidad procesal, contra la técnica de casación en lo relativo a este motivo o causal, contra las mismas tesis expuestas en la demanda y, aún contra la lógica. En efecto:

"La realidad procesal acredita plenamente que Helí Barbosa Díaz sí se encontraba en el lugar de los hechos y que fue el único autor de los disparos que hirieron a Ricaurte Antonio Sánchez y a Julio César Tintinago Ch. Así lo estimó el Tribunal *ad-quem,* sin que se observe que en su juicio se incurrió en error notorio acerca de los hechos anotados. En efecto en el considerando del fallo acusado se verifica un amplio examen lógico-jurídico de las probanzas que le permitieron al fallador formar su convicción legal-moral para condenar a Helí Barbosa. Los testimonios de Luis Carlos Velásquez (folio 85), Luis Gonzaga Duque (folio 8), uno de los ofendidos, Blanca Oliva Tascos de Tintinago (folio 16), Aleyda María Bocanegra de Duque (folio 27), Jesús María Castro y Alfredo y Leonardo Ospina (folios 10 y 12) sirvieron de pilar fundamental para la formación del razonamiento del Tribunal *ad-quem.*

"Ahora en lo tocante a la *intención de matar,* elemento tipificador del delito de homicidio atribuído a Helí Barbosa, el Tribunal *ad-quem* le deduce de la insistencia en disparar el arma que lesionó a Julio Tintinago y Ricaurte Sánchez, de la región en la cual fueron heridos y del arma empleada para tal fin. Mas aún al examinar las circunstancias en las cuales se verificó el hecho llega a la misma conclusión, según se infiere de lo dicho al respecto. Pero si a lo anterior se anota que el fallo del juez *a-quo* fue aceptado como conforme a la realidad procesal y a la ley, es obvio que las razones del fallador de primera instancia no le merecieron reparos al Tribunal y antes, por el contrario, fueron prohijadas. En este orden de ideas el fallo confirmado en todas sus partes por el Tribunal ad-quem consigna el siguiente aparte que, además, controvierte las argumentaciones tendientes a destruír las circunstancias agravantes del delito. Dice así el Juez *a-quo:*

" "No hay duda que la intención de Helí Barbosa Díaz al disparar a mansalva contra los señores Tintinago y Sánchez, lo hizo con intención de matar, no solamente por la calidad del arma que utilizó para el delito, sino también por haberla dirigido a órganos vitales de las víctimas, y no encontrándose en la necesidad de repeler ataques o de cambiar golpes dentro de una riña, porque ni fue agredido por los hermanos Ospinas López ni por las personas a quienes estos atacaron ni participó en la lucha. Como lo anotaba el Juzgado en el acápite de esta providencia, no hizo otra cosa que aprovecharse de esa situación de confusión, para atentar contra sus propios contertulios. Además, su intención criminal, se refleja ante la circunstancia de dirigir el arma no contra las personas que atacaron a sus compañeros, sino precisamente contra sus compañeros que estaban reducidos a la impotencia, motivos innobles que permanecen ocultos, pues únicamente se sabe de la enemistad que existía entre los hermanos Ospina López y su cuñado (folio 29 vto.), Jesús María Castro. Se trata pues de un doble homicidio imperfecto en el grado de frustración, como lo prevé el artículo 17 del Código Penal, en el cual concurren circunstancias agravantes de indefensión contenidas en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, por haber disparado contra las víctimas no solamente ocultándose a los ojos de las mismas, sino cuando se dedicaban a la lucha con otras personas, impotentes para defenderse de quien disparaba, hecho real que se comprueba con la calidad de las heridas, las que penetraron en parte, según lo describen los reconocimientos médico-legales por la parte posterior del cuerpo" " (Folio 130).

Por último, para referirse a la causal quinta, anota:

"Si bien es cierto que la sentencia impugnada no puede considerarse como modelo en su género, toda vez que su redacción denota cierta brevedad y ordinamiento descuidado, lo cierto es que contiene la exposición pertinente a la demostración de los hechos que se consideran comprobados plenamente, vale decir que se hace alusión a los fundamentos en los cuales reposa la imputabilidad y consiguiente responsabilidad del reo, como también se examinan los motivos por los cuales el delito se considera agravado. Si formalmente no se siguió estrictamente lo prescrito por el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, en lo sustancial la sentencia permite inducir cuáles fueron los hechos que se dieron probados a plenitud.

"En el fallo acusado se indicó expresamente y con claridad cuáles fueron las circunstancias

de lugar, tiempo y modo en que se cometió el delito atribuído a Helí Barbosa, se dijo sobre qué fundamento probatorio se consideró establecida la autoría del reato, y, también se consideró imperfecto y realizado en circunstancias de agravación. De modo que el fallo no ofrece duda alguna sobre tales prosupuestos, ni menos sobre cuáles las normas aplicables al caso *sub-júdice*".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª.— No empece a la extensión de la demanda y a la multiplicidad de los cargos que en forma por demás anárquica hace a la sentencia recurrida, es lo cierto que el señor apoderado no demuestra ninguno de los motivos de impugnación, según pasa a demostrarse.

a) La invalidez del fallo, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad (causal cuarta de casación) se hace consistir en vicios de procedimiento que no tienen la entidad atribuída por el demandante, o que se enuncian dando por demostradas situaciones jurídicas que el proceso no contempla.

En efecto: mal puede afirmarse de modo apriorístico que hubo incompetencia de jurisdicción en los falladores porque en concepto del señor apoderado, Barbosa Díaz incurrió fue en delitos de lesiones personales y nó en homicidios imperfectos, pues para prosperidad de su aserto acerca de la nulidad precisaba demostrar —y no lo demostró— el extremo del yerro en la calificación jurídica de las infracciones imputadas, cargo éste que, por otra parte, no es posible canalizar a través de la causal cuarta de casación.

b) En buena técnica procesal, dada la manera como los hechos tuvieron cumplimiento y habida consideración de que el ataque lo llevó a término el acusado cuando otros sujetos hacían víctima de una agresión armada a los circunstantes, la actuación —sumario y juicio— debió adelantarse bajo una misma cuerda, conservando la unidad de procedimiento, como lo ordena el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, pues todo indica la conexidad de las infracciones. Pero la separación de las investigaciones, antitécnicamente ordenada por el juez que venía conociendo de los delitos de lesiones personales, no entraña que el Juez Superior no tuviera la competencia para juzgar a Barbosa Díaz, dado que este funcionario aceptó que la sindicación resultante era por homicidios imperfectos. Si alguna nulidad se hace aparente, dimana ella de la violación del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, que incidiría no en este proceso sino en el seguido contra quienes fueron juzgados por las lesiones personales.

c) Otras informalidades de que la demanda hace mención para fundar la causal cuarta, no tienen mérito para invalidar el fallo, y a la réplica que sobre el particular hace la Procuraduría Delegada se atiene la Sala en esta providencia, por encontrar que se ajusta a derecho.

2ª.— Las causales primera y segunda que desordenadamente sustenta el señor apoderado, no han sido demostradas en la demanda. Se trata, en síntesis, de una alegación tendiente a criticar la prueba de cargo que el sentenciador apreció para su decisión condenatoria, sin que los reparos hechos a esa prueba constituyan cosa distinta de una oposición de criterios. No alcanza el libelo a establecer fundadamente, que hubo un error en la apreciación de los elementos de juicio, una valoración contraria a la verdad procesal, que pudiera afectar las exigencias del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, tanto por lo que respecta a la naturaleza de los delitos y responsabilidad del agente, como en cuanto toca con las circunstancias que específicamente influyen en la determinación de la pena.

3ª.— En cuanto a la causal quinta es más pobre el planteamiento de la demanda. La sola lectura del fallo recurrido permite apreciar que, en sus aspectos de forma y en las cuestiones de fondo, se ciñe a las normas que el procedimiento impone.

4ª.— No encuentra la Sala, después del más amplio estudio de los autos, que la sentencia recurrida contraríe el derecho, sustantivo o adjetivo, como para casarla. Los defectos de procedimiento, según lo expresado, no son de los que la ley haya erigido en nulidades, ni aparece, tampoco, que por incurrir en ellos hayan sufrido quebranto las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

5ª.— El poder de juzgar de las instancias, si bien no es absoluto, la relativa soberanía que para ellas se estatuye en orden a la estimación de la prueba y determinación del grado de responsabilidad del delincuente, está indicando que el recurso de casación, cuando se invocan las causales primera y segunda, sólo prospera si el recurrente demuestra en forma debida que de modo evidente, irrefragable o indiscutible, el fallador incurrió en error de derecho o en error

de hecho. Esa ha sido la constante doctrina de la Corte y a ella se atiene en el caso *sub-júdice*.

Sin otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

HOMICIDIO, ROBO Y OTROS DELITOS

Se refiere el proceso a hechos sangrientos cumplidos por una cuadrilla de criminales, de los cuales algunos fueron reconocidos y sentenciados. Las causales 4ª y 2ª, alegadas en casación, no prosperan. La indebida aplicación del Decreto 0012 de 1959 fue alegada extemporáneamente.

1. En relación con el impedimento consagrado en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, la reiterada y muy conocida jurisprudencia de esta Sala enseña que no toda opinión que jurisdiccionalmente dé un juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituírlo, sino que es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía.

2. La Sala no puede tener en cuenta ni entrar a estudiar el cargo consistente en haberse aplicado el Decreto 0012 de 1959, en relación con hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, que de haber sido propuesto oportunamente, dentro del término legal para presentar la demanda de casación, hubiera tenido seguramente éxito a través de la causal de nulidad; pues según lo tiene aceptado esta Sala, la demanda de casación no puede ser aclarada, corregida o adicionada, por no permitirlo las características del recurso de casación.

3. Ha sostenido esta Sala que: "Cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito o de la pena".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de fecha seis de mayo de mil novecientos sesenta, al confirmar con reforma la de primer grado proferida por el Juez Primero Superior de la misma ciudad, condenó a Herculano Vélez Otálvaro, Luis Angel Correa y Obed Otálvaro, a la pena principal de veinte años de presidio y a veintiún años también de presidio, a Luis Alfonso Vélez Serna, como responsables de los delitos de homicidio, robo y violación de domicilio.

Contra este fallo interpuso oportunamente el recurso de casación el abogado doctor César Pineda, defensor de los reos Correa, Herculano y Luis A. Vélez, recurso que fue sustentado por el mismo abogado por medio de demanda presentada dentro del término legal.

Cumplidos los trámites del recurso extraordinario, la Sala procede a resolverlo por medio de esta providencia.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La Sala acoge la relación de hechos verificada por el Tribunal Superior de Pereira, que éste sintetiza de modo objetivo y ajustado a la realidad procesal, en la forma siguiente:

"Dan cuenta los autos que una de las tantas cuadrillas de antisociales que ha estado azotando en los últimos años la región occidental de este Departamento, hizo incursión el 19 de diciembre del año de 1958, en la vereda de Cuansa, jurisdicción del municipio de Pueblorrico, habiendo dado muerte a Pedro y Benicio Mesa, Manuel Rendón Rendón, Alvaro Marín, Alberto Orozco, Miguel Morales, Benjamín Otálvaro, Francisco Luis Londoño y Jaime Hernando Montoya; cuyas moradas fueron violadas y saqueadas. La cuadrilla de criminales, que nadie ha sabido su número preciso, algunos la consideran de 15 a 17, hizo su aparición a eso de las seis y media de la mañana de aquel día, y luego se retiraron del lugar de los hechos dejando luto y desolación".

La investigación la inició el Alcalde Municipal de Pueblorrico y en ella intervinieron otros funcionarios, siendo varias las personas que por razón de su conducta quedaron vinculadas a este proceso, habiéndose sobreseído temporalmente a favor de algunas de dichas personas.

El juicio se tramitó de acuerdo con el procedimiento consagrado por el Decreto 0012 de 1959, aplicable a los Departamentos, que como el de Caldas, continúa sometido al régimen excepcional del estado de sitio.

DEMANDA:

El recurrente, en su demanda, que no es propiamente un modelo de técnica procesal, invoca las causales 2ª y 4ª de las contempladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y en el mismo orden procede a su demostración, formulando, con fundamento en ellas los cargos siguientes:

CAUSAL SEGUNDA:

Con el propósito de fundamentar esta causal el recurrente razona de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia recurrida por mala aplicación del artículo 203 y 224 del Código de Procedimiento Penal, violación que incide en la parte resolutiva de dicha sentencia, y en que incurrió el Tribunal por error de derecho y manifiesto error de hecho, por mala apreciación y falta de estimación de las pruebas, ya que la misma entidad le dio el correspondiente valor probatorio a los testimonios que favorecían al sindicado Gabriel Peláez Bayer, y siendo la misma esa prueba testimonial para algunos de mis defendidos, no los tuvo en cuenta, lo cual constituye una inflamante injusticia en la apreciación de esas pruebas, pues si los testimonios semejantes a los llevados por el sindicado Gabriel Peláez para demostrar su coartada aparecen en el expediente, igualmente mis patrocinados llevaron esa prueba, y por tanto no lógico ni jurídico que se acepte unos testimonios para favorecer al sindicado Gabriel Peláez B. y sean rechazados los aportados por Herculano Vélez, Luis Angel Correa y Luis Vélez, sin ninguna razón, lo cual es un error de derecho, pues sobre la prueba testimonial fue por lo que el honorable Tribunal de Pereira confirmó el fallo que solicito sea invalidado.

"Estos errores implican violación de la ley procedimental respecto a la prueba para fundamentar una sentencia condenatoria, como paso a demostrarlo.

"El señor Juez de primera instancia condenó a mis defendidos como a Gabriel Peláez B., tal como consta en el expediente, con base en la prueba testimonial y en algunos reconocimientos por parte de los ofendidos.

"Pero llegado el expediente al honorable Tribunal y dentro del procedimiento del Decreto 0012 de 1959, el negocio se abrió a prueba, en donde se allegaron varios testimonios relativos a demostrar la coartada principal de Gabriel Peláez B.; y los otros sindicados.

"Por tanto, para favorecer al sindicado Gabriel Peláez B., se trajeron las declaraciones de Rosalba Mesa, ofendida dentro del presente proceso, para decir que Luis Angel y Tulio Roldán, testigos de cargo, viven muy distantes del lugar de los hechos y que el primero es como loco, quien habla muchos disparates y que Julia estaba enferma del cerebro y que por tanto ese día estos declarantes no estaban por allí y que además no vieron a los atacantes, porque estaban muy distantes y no es posible identificar a las personas.

"La misma declaración de Rosalba Mesa se trajo al expediente en lo tocante a Herculano Vélez, ya que esta declarante bajo la gravedad del juramento dijo que entre los atacantes en esa fecha, el sindicado Herculano Vélez no estaba allí, ya que no lo conoció.

"Entonces resulta que el honorable Tribunal cuando estudiaba el presente negocio, no tuvo en cuenta el dicho de este testigo, porque trataba de favorecer a Herculano Vélez, pero cuando ese mismo testigo habla de favorecer a Gabriel Peláez, sí se le tiene en cuenta y se afirma que no existe la plena prueba para conde-

narlo y por tanto se le sobresee temporalmente siendo la misma prueba para ambos sindicados.

"Igualmente se allegó al Tribunal la declaración de Jesús Mesa, quien dijo que sus hermanos declararon lo que la gente les dijo, que unido al dicho de Abelardo Mesa, persona ofendida, fue la base para que Gabriel Peláez fuera amparado con un sobreseimiento temporal.

"Y ¿cuál ha sido la base jurídica para que el Tribunal hubiese obrado en la forma citada? Que lo manifestado por Ramón A. Peláez y Sara Peláez son producto de la ingenuidad y que por ello fueron aceptados.

"Y que mientras esa prueba no se desvirtuara, dice el Tribunal, no podía dictarse sentencia condenatoria contra Gabriel Peláez Bayer.

"Y ante esa posición, si el Tribunal aceptó la coartada de Gabriel Peláez, por qué no se tomó el mismo rumbo con relación a mis defendidos, si todos ellos tienen respaldo procesal del lugar en donde se encontraban por la fecha de los sucesos. Y cabría preguntar en esta hora: ¿Por qué no se analizaron esos testimonios con el mismo interés con que se resolvió la situación jurídica de Gabriel Peláez, siendo que este sindicado fue igualmente reconocido por los mismos ofendidos como uno de los asaltantes de los hechos que dieron lugar a la investigación?

"Recalco en tal forma, honorables Magistrados, que en el expediente obran testimonios que favorecen a Luis A. Correa, Luis A. Vélez, y Herculano Vélez, pero que ellas no fueron tenidas en cuenta y por tanto no se les dio el valor probatorio que ha debido dárseles, es decir, que no se les verificó su estudio, lo cual da lugar a casación según la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

A continuación pretende demostrar el recurrente, que de dicho breve y superficial análisis de los testimonios que cita, que no constituye la totalidad de la prueba de cargo que el Tribunal tuvo en cuenta para confirmar el fallo condenatorio de primer grado, se deduce que el fallador de segunda instancia incurrió en un grave error de apreciación al dar como plenamente probado que los reos Correa y Vélez fueron los autores materiales de los hechos investigados, con lo que según el criterio del impugnador se violaron los artículos 203, 224 y 225 del Código de Procedimiento Penal.

Como para reforzar sus argumentos tendientes a demostrar esta causal, el demandante concluye por afirmar que el Tribunal reconoce que "en este caso es tan protuberante la falta de práctica de algunas diligencias...", de donde se deduce que en el proceso no existe la prueba requerida para condenar. Por último alega que el Tribunal, en el fallo recurrido expresó que haría un estudio de la prueba en pro y en contra de los sindicados, pero que ello no ocurrió en relación con sus defendidos, pues las que los favorecían "no fueron siquiera citadas y por lo tanto mucho menos analizadas, porque solamente hubo el tiempo necesario para analizar la situación de Gabriel Peláez..."

CAUSAL CUARTA:

La pretende fundamentar con base en la argumentación siguiente:

"La sentencia en referencia se pronunció sobre un sumario viciado de nulidad que es procedimental, ya que el Magistrado Ponente ha debido declararse impedido para dictar dicho fallo, pues como Juez Superior había conocido del expediente, y prueba de esa actuación se constata a los fls. 160 y ss y fl. 167 fte. y 172 fte. Por tanto el fallo materia de casación es nulo y por tanto ha debido tramitarse ese impedimento como lo ordena la ley, teniendo entonces que esa nulidad surgió desde que el Magistrado Ponente dictó el presente fallo.

"A lo anterior se debe agregar que las primeras declaraciones, o sean las de Rubén Londoño y Nemesio Obando, no fueron firmadas por el Alcalde investigador, lo que luego acarrea una nulidad y sobre esa base vino a dictarse la sentencia. En tal forma, con declaraciones que no tienen ningún valor legal, no ha debido proferirse el presente fallo porque todo ello acarrea una nulidad procedimental, ya que ellas no fueron subsanadas, lo que ha debido ser corregido en su debido tiempo y si ello no se hizo, entonces el expediente se inició con estos vicios que desde luego van en detrimento de los intereses que se me han encomendado.

"A las causales anteriores se agrega que el artículo 26 de la Constitución Nacional fija preceptos que deben seguirse en todo juicio y al caso de estudio ya se ha visto cómo en primer lugar se negó el valor probatorio a unos testimonios, para luego proferirse el fallo precedido de una nulidad que va contra todos los procesados del presente negocio.

"Estimo igualmente, honorables Magistrados, que igualmente otra nulidad de carácter constitucional se ha operado en el presente negocio, consistente en lo siguiente: el Magistrado ponen-

te al folio 313 decretó la práctica de pruebas, solicitadas por el defensor de Gabriel Peláez, (fls. 284 al 291). En el mismo folio 313 se decretó la práctica de pruebas pedidas por Herculano Vélez (fl. 292), y resulta que allí mismo también pidieron pruebas Luis A. Vélez y Luis A. Correa, no habiendo dicho nada el Tribunal sobre las pruebas solicitadas por estos condenados, que igualmente son mis defendidos, con lo cual se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional, al negarles la defensa a estos sindicados, y en cambio facilitándosele toda clase de defensa a Gabriel Peláez Bayer, lo que por demás de ilegal es injusto e inconstitucional y por tanto invoco la aplicación del artículo 26 de la Constitución, porque dentro de las formalidades de cada juicio, está consagrado el derecho de defensa que en esta ocasión ha sido vulnerado por el honorable Tribunal de Pereira".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, tras hacer una metódica y acertada crítica a la demanda y una réplica adecuada a los argumentos con que el demandante ha pretendido impugnar el fallo acusadó, concluye por solicitar a la Sala que no lo case, por estimar que ninguna de las causales ha sido comprobada "en debida forma".

EXAMEN DEL RECURSO

Por razones de técnica procesal y de lógica, teniendo en cuenta el alcance o trascendencia de las causales invocadas, la Sala procederá por examinar primeramente la causal cuarta y en seguida la segunda, siguiendo el orden empleado por el señor colaborador Fiscal.

CAUSAL CUARTA.

Como se ha visto, con fundamento en la causal cuarta de casación, que contempla el caso de que "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad" y alegando para todos los casos una nulidad de carácter supralegal, con invocación del artículo 26 de la Constitución Nacional, el demandante formula tres cargos que se sintetizan así:

a) No haberse manifestado impedido el Magistrado sustanciador, por haber conocido anteriormente del expediente como Juez Superior.

b) Que las declaraciones de Rubén Londoño y Nemesio Obando, "no fueron firmadas por el Alcalde investigador".

c) Que el Tribunal no dijo nada sobre las pruebas solicitadas por los procesados Correa y Luis Vélez, a pesar de que fueron decretadas las pedidas por el sindicado Herculano Vélez, "con lo cual se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional, al negarles la defensa a estos sindicados".

El primer cargo carece enteramente de fundamento y eficacia, pues si bien es cierto que el Magistrado ponente, doctor Manuel Escobar Ospina, anteriormente había intervenido en este proceso como Juez Primero Superior, su intervención se limitó a ordenar la práctica de unas pruebas como juez de instrucción, comisionando para ello al Juez Municipal de Pueblorrico, a quien dirigió el correspondiente oficio, pero esta limitadísima intervención como Juez no lo inhabilitaba legalmente para elaborar la ponencia y firmar el fallo de segunda instancia, según lo previsto en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, pues de acuerdo con reiterada y muy conocida jurisprudencia de esta Sala "No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituír una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía".

"Mientras ello no ocurra, sería extender demasiado aquella causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis de justicia, por la invocación de un impedimento que equivaldría a que cualquier actuación, por ligera y descuidada que se la supusiera o porque es de aquellas que corresponden a la actuación judicial que todo juez debe proferir, sería de esa suerte considerada como incluída dentro de la causal del ordinal 4º, lo que no puede ser admitido por motivo alguno".

En el auto de 23 de febrero de 1959, dictado por el actual Magistrado Escobar Ospina en este proceso, cuando desempeñó el cargo de Juez Primero Superior de Pereira, se limitó a comisionar al Juez Municipal de Pueblorrico para la práctica de varias pruebas, pero esta providencia ni siquiera fue motivada, lo que comprueba que en ella dicho funcionario no tuvo necesidad de emitir una opinión jurisdiccional

de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos de los delitos investigados ni sobre la responsabilidad de los sindicados, de modo que dicha actuación no lo impedía legalmente para proferir posteriormente el fallo definitivo de segunda instancia.

El segundo cargo propuesto como motivo de nulidad tampoco tiene significación alguna puesto que aunque es cierto que las declaraciones de Rubén Londoño (f. 1º) y Nemesio Obando (f. 3), no fueron firmadas por el Alcalde y por lo tanto carecen de valor, esta irregularidad no tiene el alcance de producir la nulidad procedimental que invoca el recurrente por cuanto dichos testimonios no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en el fallo impugnado.

En relación con el tercer cargo propuesto con fundamento en la causal cuarta y en una supuesta nulidad constitucional, el señor Procurador Delegado en lo Penal replica, con todo acierto, lo siguiente:

"*No existe violación del artículo 26 de la Carta.* En realidad a este resultado se llega después de meditar y analizar los argumentos del impugnador. Veamos el fundamento de lo afirmado por esta Procuraduría.

"Pretender que por haber negado el valor probatorio a unas probanzas (que no fueron estudiadas críticamente por el recurrente), el fallo del Tribunal *ad quem* adolece de un vicio es no sólo proceder en forma antitécnica puesto que es con apoyo en la causal segunda (art. 567, ordinal 2º, del C. de P. P.) en donde es dable discutir tal hecho atinente a la valoración de la prueba, sino que implica el desconocimiento de la naturaleza excepcional de la denominada nulidad constitucional o supralegal. En múltiples ocasiones la honorable Corte, al igual que la Procuraduría, han sostenido cómo dicha nulidad se configura rigurosamente cuando ha sido cercenado el derecho de defensa del procesado o los derechos legítimos de las demás personas que intervienen en el proceso penal; cuando se ha incurrido en una irregularidad que atenta contra las formas esenciales que deben presidir el juzgamiento; cuando se ha cometido un acto que lesiona vitalmente la existencia misma del proceso. Pero no cuando se verifica simplemente un acto que en nada incide sobre el fondo mismo del negocio, que para nada atenta contra los derechos de la sociedad o del reo, ni menos la plenitud de las formas propias del juicio.

"Bajo ningún aspecto de los anteriores, ni bajo ningún otro trascendental para los fines que ampara el artículo 26 de la Carta, se ha producido la violación de esta norma. Simples afirmaciones hechas por el impugnador no configuran cargo valedero alguno. El libelo sobre el particular ha sido de nuevo insuficiente para la demostración de la causal cuarta.

"Finalmente, afirma el impugnador que al haberse decretado la práctica de las pruebas solicitadas, en la segunda instancia, por el procesado Gabriel Peláez y por Herculano Vélez, pero no las pedidas por Luis A. Vélez y Luis A. Correa, el Tribunal procedió no solo injustamente, sino con notoria violación del artículo 26 de la Constitución, por haberse negado el derecho de defensa de los dos últimos.

SE RESPONDE:

"*Es cierto* que Gabriel Peláez y su apoderado legal (fl. 284 y 286 del cuad. principal) hicieron solicitud de que se decretaran unas pruebas y que el Magistrado ponente (fl. 315) resolvió favorablemente su petición, si bien estimó que algunas eran improcedentes por lo cual fueron negadas.

"*Es cierto* que Herculano Vélez, Luis Alfonso Vélez y Luis Angel Correa formularon solicitud de que se practicaran unas pruebas (fl. 292), pero también *es cierto* que tal petición no se hizo en forma personal ni discriminando las probanzas que cada uno estimaba como conducentes a demostrar su inocencia en autos. La solicitud se hizo en forma plural y se suscribió en la misma forma, sin especificación alguna. Por lo tanto si bien el honorable Tribunal, por auto del magistrado ponente visible al ya citado folio 315, apenas dijo que 'así mismo se ratificaran las declaraciones de que trata el memorial del procesado Herculano Vélez fl. 292' nada firmo (sic) que implique el desconocimiento del derecho de defensa de los demás sindicados, Luis Alfonso Vélez y Luis Angel Correa, por cuanto se ordenó la ratificación de las declaraciones a que aludía el memorial del folio 292, sin ninguna restricción, como fácilmente se observa. Es obvio: si ninguna especificación se hizo en dicho memorial, que indique las pruebas pertinentes de cada uno, y ninguna tampoco obra en el auto del juzgado sino, al contrario, se ordenó la práctica de todas las pedidas (ratificación de todas las declaraciones extrajuicio citadas en el memorial del fl. 292), ningún derecho se lesionó. El artículo 26 de la Constitución no resultó en consecuencia, infringido tal como parece entenderlo, sin demostrarlo, el impugnador.

"Además, no se olvide que de conformidad con lo acreditado en el proceso (fs. 336 a 351) la mayor parte de los testimonios exigidos por los peticionarios, procesados Herculano Vélez, Luis Alfonso Vélez y Luis Angel Correa, se allegaron a los autos. En efecto: rindieron declaración, bajo la gravedad del juramento, los citados en el memorial del folio 292, que a continuación se enumeran: Antonio María Gómez (f. 336), Rosalba Mesa Orozco (f. 337), Alberto Villegas Chica (f. 338), Luis Rosendo Bayer Vinasco (f. 339), Hernán de Jesús Mesa (f. 340), Felipe Obrego (f. 341), Luis Eduardo Monsalve (f. 342), Mario Soto (f. 344 vto.), Conrado Soto, Javier Mesa Orozco (f. 346), Eduardo Mesa Orozco (f. 350)".

La Sala comparte en un todo los transcritos conceptos del señor Agente del Ministerio ya que carece de fundamento procesal la aserción, de que a los procesados Luis A. Correa y Luis A. Vélez el Tribunal les hubiera negado el derecho de defensa al no haber "dicho nada sobre las pruebas solicitadas por estos condenados", pues las solicitudes oportunamente presentadas por los sindicados ante el Tribunal fueron decretadas por auto del 7 de noviembre de 1959 (f. 315 del cuaderno principal) y se practicaron en lo posible, en cumplimiento de esta providencia, que no contiene negación de prueba alguna.

Síguese de lo expuesto que no puede prosperar la causal cuarta invocada.

Extemporáneamente, cuando ya el negocio había entrado al despacho para el fallo definitivo de casación, el señor abogado recurrente envió desde Pereira un memorial adicionando su demanda, en el que se invoca otra nulidad constitucional, con fundamento en reciente jurisprudencia de la Sala sentada en fallos, en los que se ha reconocido nulidad en los procesos en que se ha dado aplicación al procedimiento establecido por el Decreto 0012 de 1959 cuando se trata de delitos consumados con anterioridad a su vigencia.

De haber propuesto oportunamente, dentro del término legal para presentar la demanda de casación, esta causal de nulidad, seguramente el demandante habría logrado éxito, pero ocurre que la Sala no puede tener en cuenta ni entrar a estudiar este cargo, tardíamente propuesto, pues según lo tiene aceptado esta Sala, la demanda de casación no puede ser aclarada, corregida o adicionada, pues las características del recurso de casación no lo permiten. A este respecto ha dicho la Corte lo siguiente: "Las características del recurso de casación no admiten que la demanda pueda ser modificada o corregida. En él no se enfrenta la situación jurídica del acusado a las conclusiones deducidas en el fallo, sino que se abre un juicio contra la sentencia tendiente a definir si ésta se ajusta a los preceptos de la ley. De ahí que la demanda de casación deba ceñirse estrictamente a los requisitos que impone el artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al juicio criminal en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, sin que sea admisible aclararla o reformarla como si se tratara de una tercera instancia. Ninguna disposición legal lo autoriza".

"En tales circunstancias, ni lo dicho en la audiencia, ni la síntesis escrita presentada en ella, son lo que ha de servir a la Corte como demanda de casación para avocar su estudio. La indagación de si se cumplen los requisitos del artículo 531 del Código Judicial, habrá de referirse al escrito presentado dentro del perentorio término que indica el inciso 2º del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal" (Casación Penal, diciembre 3 de 1956, G. J. Nros. 2174-2175).

CAUSAL SEGUNDA:

La razón capital con que el recurrente pretende demostrar esta causal para convencer que el Tribunal de Pereira incurrió en un grave error de apreciación al proferir el fallo impugnado, la hace consistir en el hecho de haber sobreseído temporalmente a favor del sindicado Gabriel Peláez, y que en cambio, a sus defendidos los Vélez y Correa se los condenó, debido a la equivocada apreciación de algunos hechos establecidos con pruebas legalmente producidas, o a la no estimación de otros debidamente comprobados en el proceso.

Pero esta causal no aparece demostrada en ninguna forma, pues el somero y trunco análisis que el impugnador hace en su demanda de algunos testimonios, pero no de toda la prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar, no llena las exigencias requeridas para el buen resultado cuando se invoca la causal segunda de casación y se pretende convencer de que en la sentencia acusada se incurrió en un manifiesto error que deba ser corregido para reparar una notoria injusticia.

"En casos de estimación de la prueba, ha dicho la Corte, refiriéndose a la causal segunda de casación, su función se limita a aquellos en que es protuberante el error, o sea, cuando el

hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad.

"Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan sólo de oponer un criterio a otro distinto, y además interesado, el Juez estaría siempre expuesto a ser corregido, si se atiende a que no todos razonan con la misma brillantez, con palabras de mucha sonoridad, expresando sus ideas, con la misma propiedad gramatical o con igual claridad, ni pueden explicar sus tesis o los motivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica".

Por esto también ha sostenido esta Sala que: "Cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito y de la pena. Ello porque la verdad de los hechos y las consiguientes deducciones jurídicas, las saca el juez de la masa de las pruebas que le suministra el proceso, y no de una mera fracción de ellas. El conocimiento y la convicción a que llega el sentenciador es, pues, el resultado de un análisis del conjunto probatorio, y por eso el estudio de la mencionada causal es arduo para el demandante, como lo fue también para el encargado de administrar justicia".

Para demostrar hasta qué punto carece de fundamento procesal la afirmación del demandante, de que a sus defendidos se los condenó sin que existiera la prueba requerida para ello y que las declaraciones que los favorecieron "no fueron siquiera citadas y por lo tanto mucho menos analizadas", basta con reproducir a continuación las conclusiones a que llegó el Tribunal después de analizar las pruebas de cargo contra los procesados Vélez y Correa, así:

"En el campo de los acontecimientos fueron reconocidos, por los moradores que lograron salir ilesos del salvaje ataque, los sindicados Luis Vélez, Luis Correa y Herculano Vélez, entre otros; pues estos fueron vistos cuando tomaban parte activa en la masacre; algunos de ellos fueron vistos cuando tomaban posiciones frente a las casas atacadas; otros cuando desenfundaban sus peinillas o machetes, y remataban a sus víctimas, decapitándolos. Así lo están diciendo los testigos de visu María Dolores Rendón, esposa y hermana de dos de los occisos; Pedro Londoño a folio 33, padre de otro de los muertos; Luis Angel Roldán a folio 45 y Julia Rosa Roldán Giral a folio 79; quienes además de haber reconocido a estos criminales por sus nombres y apellidos en el lugar de los hechos, posteriormente ratificaron esta identificación en rueda de otras personas; puesto que para ellos no existía duda para esta identificación, ya que se trata de personajes conocidos de vieja data, pues que habían vivido largo tiempo en Cuansa y sus nombres eran familiares entre los vecinos de aquella vereda. Los sindicados han negado todos estos cargos, han aducido en sus indagatorias encontrarse en determinados lugares el día de los hechos; pero esto, tanto los sindicados como el Estado, no lo pudieron comprobar oportunamente; allegaron varias declaraciones para probar esta circunstancia las que por vagas, imprecisas y faltas de coordinación en sus dichos, no ofrecen ningún respaldo a la versión suministrada por estos sindicados; todo lo contrario, vienen a robustecer y multiplicar la prueba que en su contra existe. La Sala no encuentra en aquellos testigos de cargo que tengan algún interés mezquino que los induzca a declarar por perversión en contra de estos sindicados; solamente los acompaña el interés altruísta de prestar su concurso a la justicia en busca de que este delito atroz en donde perdieron la vida humildes campesinos, no se quede impune. Estos testimonios son producto de las apreciaciones objetivas captadas en el campo de los acontecimientos, y que han sido producidos en forma legal conforme la ritualidad de los preceptos de orden procedimental, y los que hasta ahora guardan todo su valor, ya que en su contra no se ha hecho ninguna gestión que los pueda tornar como falsos o sospechosos. Esta prueba lleva al Juzgador a la convicción de que estos sindicados son penalmente responsables de los delitos que se les ha imputado, y como tal, deben responder ante la justicia porque son actos antisociales violatorios de ésta".

El impugnador no demostró que en el anterior análisis probatorio hecho en el fallo recurrido, el Tribunal hubiera incurrido en una erra-

da y notoria apreciación de los hechos procesales, fácilmente comprensible.

Como con razón lo expresa el señor Procurador Delegado, el demandante "simplemente ha antepuesto su criterio al del citado Tribunal en cuanto al valor de las probanzas, pero no ha cumplido con las obligaciones que la demostración de la causal segunda impone: prácticamente apenas ha planteado lo atinente al primer supuesto, o sea que ha habido una mala valoración o no ha existido la estimación de pruebas, legalmente producidas a los autos, pero no ha comprobado que estos hechos erróneamente interpretados o apreciados son elementos constitutivos de los delitos atribuídos a sus poderdantes y que la mencionada equivocación incide en la parte resolutiva del fallo impugnado".

Menos eficaz aún es el cargo que pretende deducir cuando asevera que el mismo Tribunal dice que en el proceso "es tan protuberante la falta de algunas pruebas", porque de ninguna manera puede de ello concluírse que dicho Tribunal haya considerado que la prueba contra los procesados no es suficiente para proferir el fallo que se acusó, pues esta frase de la sentencia hace referencia al esclarecimiento de la conducta de quienes fueron sobreseídos temporalmente por el Juez de instancia y de quienes aún están eludiendo la acción de la justicia, pero de ninguna manera a los sindicados Herculano Vélez, Luis Angel Correa y Luis Alfonso Vélez Serna, contra quienes la prueba de cargo analizada reúne los requisitos exigidos para proferir fallo condenatorio.

Es suficiente lo dicho para concluír que la causal segunda de casación tampoco puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con lo solicitado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia demandada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

HOMICIDIO. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN JUICIOS CON INTERVENCION DE JURADO.

Mala sustentación del recurso y ausencia de técnica en la invocación de las causales de casación, determinan el fracaso de la demanda impugnatoria de la sentencia que profirió condena por delito de homicidio. Se invocaron las causales 4ª, 1ª y 5ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por sentencia de 24 de mayo de 1960, el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, luego de rituar en debida forma la causa seguida por el delito de homicidio contra Honorio Riaño Peña, sentenció a éste a la pena principal de nueve (9) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes. El Tribunal Superior del mismo Distrito, al conocer por apelación del fallo, le impartió su aprobación en proveído de 20 de octubre último, pero redujo a ocho años la pena privativa de la libertad.

En tiempo oportuno el acusado interpuso contra el fallo del Tribunal recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito entra a ocuparse la Sala por estar agotado su trámite.

HECHOS:

Para los fines del recurso es suficiente transcribir la versión acogida por el Tribunal y reproducida por el Ministerio Público en su concepto de fondo:

"Entre las ocho y nueve de la mañana del tres de febrero del corriente año (1959), se encaminaba Pedro Peña Riaño de su casa de habitación al paraje llamado 'Loma Redonda', donde en compañía de su hermano Luis Alejandro se dedicarían al beneficio de una cosecha de arveja que allí tenían. Antes de llegar al lugar de su destino y al pasar por el punto denominado 'El Chiveche', dio con Honorio Riaño Peña y el menor José Antonio Carrillo Barón y fue muerto a consecuencia de disparos de arma de fuego. Los agresores huyeron por una callejuela que los conducía al antiguo camino real de Málaga y luego desaparecieron. Catorce días más tarde el menor Carrillo Barón se presentó al Juzgado de menores y fue internado en la Escuela Correccional. Casi tres meses después se presentó Honorio ante el Juzgado Superior y quedó detenido, pues contra él había proferido el Investigador auto de detención".

El delito a que la actuación procesal se refiere ocurrió en la fracción denominada "Santa Cruz", jurisdicción del municipio de San Andrés, del Departamento de Santander, motivado por odios familiares generados en anteriores homicidios.

DESARROLLO DEL JUICIO

El Juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario seguido contra Riaño Peña —auto de 3 de septiembre de 1959— con *sobreseimiento temporal,* pero el Tribunal, por providencia de 30 de noviembre de ese mismo año, revocó la resolución del inferior y dispuso "llamarlo a responder en juicio por el delito de homicidio cometido en Pedro Peña Riaño el tres de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en el sitio llamado 'El Chiveche', fracción de 'Santa Cruz', del municipio de San Andrés".

Para el 13 de mayo de 1960 el procesado compareció en audiencia pública, ante Jurado (Fls. 37 y ss. del Cuad. Nº 3). Luego de un amplio debate con intervención del Ministerio Público, representante de la parte civil y del señor defensor, los jueces de hecho dieron un veredicto simplemente afirmativo como respuesta a la cuestión que se les propuso, contentiva del cargo criminal por homicidio común.

El Juzgado acogió el veredicto, dictó el fallo condenatorio y éste lo confirmó el Tribunal con la modificación ya enunciada, consistente en imponerle al acusado la pena mínima que contempla el artículo 362 del Código Penal.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Carlos E. Camacho E., apoderado constituído para demandar la casación, presentó en la oportunidad legal el escrito destinado a ese efecto (fls. 10 a 46 del cuaderno número 4). En él, á más de la relación de los hechos y de un extenso capítulo que el demandante intitula "El proceso y su tramitación", destinado a un examen probatorio y a la crítica de la actuación en sus etapas de sumario y juicio, formula a la sentencia del Tribunal cargos de invalidez con fundamento en las causales 4ª, 1ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden y por los motivos que pasan a exponerse brevemente:

CAUSAL 4ª

La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad:

a) Si bien todos los razonamientos del señor apoderado en torno a esta causal, con cita del artículo 26 de la Carta, se refieren en el fondo a que hubo una "apreciación equivocada de las probanzas" para dictar el auto de proceder, cuestión fundamentalmente extraña, en juicios de la naturaleza del que se estudia, a la expresada causal de casación, no obstante ese enfoque del problema, entiende que la primera violación fue la del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal.

Esta disposición se refiere a lo que debe contener el auto de vocación a juicio en sus partes motiva y resolutiva, pero la demanda se queja de haber sido quebrantado por el fallador, porque en dicha pieza procesal no se admitió en favor del acusado la circunstancia de la "riña imprevista", debido a que le desconoció el valor probatorio propio al testimonio de Helena Carrillo de Carrillo, y también porque al Jurado no se le interrogó en el cuestionario sobre esa aminorante de la responsabilidad.

"Impugno la sentencia recurrida —resume el demandante— con base en el cargo de que en el auto de proceder proferido por el honorable Tribunal Superior no se incluyó (sic) las modalidades de la riña imprevista, expresamente consagrada en el artículo 385 del Código Penal, cuyas modalidades estaban plenamente demostradas en el expediente con la declaración de Helena Carrillo de Carrillo (fl. 94) y con las versiones expresadas por Honorio Riaño Peña y de José Antonio Carrillo Barón, que tienen en el caso de autos, el valor legal que a ellas les da el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y hay que tomarlas en toda su integridad jurídica. Por tal aspecto, el Tribunal violó los artículos 204, artículo 44 de la Ley 153 de 1887, y el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal".

b) En segundo término se acusa la sentencia porque "se le juzgó siguiendo un procedimiento violatorio del derecho de defensa". Se fundamenta diciendo que no se practicaron algunos careos ni al acusado se hizo comparecer a la diligencia de reconstrucción de los hechos, con lo que se violó el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, a más del 26 de la Constitución "puesto que no se observaron 'la plenitud de las formas propias del juicio'."

Dentro del mismo cargo se alega que la asistencia profesional del procesado durante el sumario fue ninguna, y que en la segunda instancia de la causa, ante el Tribunal, fue el propio acusado quien tuvo que solicitar la práctica de diversas pruebas por medio del memorial que obra a folio 2 del segundo cuaderno del expediente.

c) Conviértese en motivo de impugnación, con fundamento en la causal de que se trata, el que la sentencia, con mengua de lo preceptuado en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, se tomó en cuenta para condenar una prueba de indicios. "Y como la prueba citada, arguye el recurrente, fuera un poco débil, el honorable Tribunal Superior le dio un valor probatorio que no tienen, a unas declaraciones de parientes enemigos del hoy occiso Pedro Peña Riaño".

La demostración que aquí se pretende hacer es a través de una crítica de la prueba testimonial, de lo cual se ocupa en extenso el libelo

con toda ausencia de técnica en materia del recurso extraordinario de casación.

CAUSAL 1ª

Se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma:

a) Según el recurrente la sentencia del Tribunal viola la ley sustantiva "por errónea interpretación de los hechos que determinaron el veredicto condenatorio proferido por el Tribunal Popular". Se insiste, ya con base en la causal 1ª, que la penalidad imponible al acusado tenía que consultar el artículo 384 del Código Penal porque el delito fue cometido en el evento de una riña imprevista, de acuerdo con varios testimonios recogidos en el curso de la investigación.

Se involucra en este planteamiento una cuestión que es propia a la causal 2ª y que, demostrada, cuando la calidad procesal del juicio lo permite, conduce a la invocación del error de derecho. Los conflictos de orden probatorio no son susceptibles de debate en la forma propuesta por el recurrente.

b) El segundo motivo se refiere a que habiéndose cometido el homicidio en complicidad correlativa, la sentencia no aplicó el artículo 385 del Código Penal. El cargo aparece caprichosamente fundado en la afirmación de que no se dio aplicación a la ley permisiva o favorable, lo que entraña la violación del artículo 3º del Código Penal.

El desacertado razonamiento, que exonera a la Sala de un examen serio y motivado del cargo, implicaría, como el anterior, una cuestión propia, en primer término, a la causal 2ª, que el recurrente no ha invocado, de una parte, y que de haberlo hecho no procedería por tratarse de un juicio por jurado.

CAUSAL 5ª

Estima el demandante, por último, que la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

La impugnación por este aspecto no aporta razonamiento valedero, pues a la postre, descansa en todo lo anteriormente alegado sobre el valor de las pruebas que incriminan al acusado, confundiendo en esta forma, otra vez, una causal de casación con otras.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, sobrado de razones, se opone a las pretensiones del demandante y solicita de la Corte no case la sentencia acusada.

Por compartir la Sala las apreciaciones consignadas en el concepto del distinguido colaborador, y además prohijarlas para sustentar su decisión, se permite transcribir lo que sigue:

"Pero el planteamiento hecho cae por su base si se tiene en cuenta que fueron los jueces de conciencia, y no el de derecho, quienes, en su sabiduría y dentro de las reglas que la ley les señala, estuvieron ciertos de la criminalidad del imputado, dando ello ocasión para que el *a-quo* y el *ad-quem,* por no encontrar fundamento a una declaración de contraevidencia del veredicto emitido, acomodaron sus decisiones en derecho a ese fallo de hecho y amoldaron también sus sentencias, en relación con la dosificación de la pena, a los cargos deducidos en el auto de proceder, descartando benignamente toda clase de circunstancias de mayor peligrosidad, inclusive la del parentesco entre víctima y victimario.

"De manera, pues, que resulta insólito e inaceptable, desde el punto de vista legal y desde el aspecto técnico que es propio de la casación, pretender darle vida a una causal como la cuarta, con razones solamente propias de la segunda.

"Convencido de que podía prosperar una acusación contra el fallo del Tribunal, porque éste apreció en forma equivocada la prueba que milita contra el acusado, el señor demandante le formula un primer cargo a dicho fallo, criticando una de las más importantes pruebas del investigativo, como es la declaración rendida por la señora Helena de Carrillo, de la cual, conforme a su propia interpretación, pretende deducir la conclusión de que existió una riña imprevista entre los protagonistas de los hechos de 'El Chiveche', riña que no fue reconocida en el auto de llamamiento a juicio y tampoco sometida a la consideración del jurado al elaborarse el cuestionario consiguiente. En este mismo orden de cosas, agrega que 'no es posible que a un testimonio se le dé el valor necesario para fundar la imputación en contra del procesado, y no se le reconozcan las modalidades que tiendan a favorecerlo'.

"A todo lo cual observa la Procuraduría que es la verdad que en ningún momento oportuno de la actuación procesal se hizo valer o se puso

de presente que estaba probada esa circunstancia de tánta importancia y trascendencia como la de la riña imprevista. Y si no fue alegada y tampoco reconocida por los falladores de instancia, se incurre en desacierto al invocarla en casación, so pretexto de hacer viable la causal cuarta de casación que nada tiene que hacer con ella.

"Un segundo cargo consiste en afirmar que no se practicaron careos entre Honorio Riaño y los testigos de cargo.

"En relación á tal cosa, basta simplemente recordar que ella fue debidamente debatida durante la instancia, habiendo resuelto lo siguiente el Tribunal, en lo cual está de acuerdo este Despacho:

" 'Tampoco tiene resonancia procesal la alegación del procesado en el sentido de que declarantes de cargo como Conversión, Ana Lucía y Nicolás Peña no fueron sometidos a careos con él. De una parte se advierte que el careo no es diligencia de estricta obligación para el funcionario de instrucción o el juez de la causa, y aquellos a que se refiere el procesado no fueron pedidos en la etapa averiguativa ni en juicio, pese a que en ambos estuvo debidamente asistido por apoderado y defensor'.

" 'De otra parte, y es lo más importante, tanto en el auto de calificación dictada por el Juzgado, como en el de proceder proferido por el Tribunal, se hizo caso omiso de aquellas declaraciones con las cuales se pretendía recoger manifestaciones anteriores y posteriores del acusado, referentes a la premeditación del crimen y a la satisfacción y alivio que le produjo su comisión. En otras palabras, en ellas no se fundó mérito alguno de imputación ni sirvieron para elaborar el pliego de cargos contra Riaño, por su escasa credibilidad'."

"Por lo demás, las consideraciones que hace el señor demandante, a fin de refutar la primera parte de lo razonado por el sentenciador, carecen de valor y asidero legal. Ellas no pueden servir de base para afirmar que la ausencia de tales careos constituya una falta de garantías en favor de la causa del acusado, que implique, á su turno, violación del artículo 26 de la Constitución, con mayor razón si se cae en cuenta de que la decisión de la responsabilidad penal del matador, fue cuestión del Juri, siendo, además, evidente que en las declaraciones de los testigos no careados, no se hizo pie para llegar a la conclusión de que estaba plenamente probada la comisión del delito.

"Lo propio puede decirse en torno a la observación hecha en el sentido de que 'la diligencia de reconstrucción de los hechos practicada por el señor Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, se verificó sin la asistencia del procesado, ni de su apoderado legal'. Pues esto también fue discutido en las instancias, habiéndose expresado en la sentencia, sobre el particular, lo siguiente:

" 'También aduce el acusado nulidad de la diligencia de reconstrucción que obra al f. 93 v. Al respecto se anota que la reconstrucción fue ordenada por el Juzgado Superior y se practicó con arreglo a la ley. Si en verdad ninguno de los sindicados concurrió, acaso por dificultades de traslado o porque el funcionario no lo creyó necesario, el defecto ni invalida el proceso ni viola el derecho de defensa. Se trataba simplemente de establecer las condiciones de visión y percepción de los testigos para apreciar con más acierto sus declaraciones. Y es de destacar la circunstancia de que a la diligencia concurrieron Gonzalo Pedraza y Carlos Hernández, los dos testigos en quienes ha pretendido Riaño asentar su no intervención en el desarrollo de los hechos. Pedraza y Hernández se situaron aún más cerca de lo que habían afirmado en sus exposiciones. Sus dichos fueron alegados ante los jueces de conciencia por el señor defensor, pero los jueces lo rechazaron como fuente de certeza, acaso por la manifiesta discrepancia entre lo narrado por ellos y lo expuesto por el acusado, y el menor Carrillo su copartícipe'."

"A manera de tercer cargo, se pretende justificar la impugnación hecha con base en la causal cuarta, afirmando (y dando razones al respecto) que la sentencia del *ad-quem* violó directamente los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, 'por haber fundado la sentencia condenatoria sobre pruebas que no estaban 'legalmente producidas' y por no haber aplicado en el caso de Honorio Riaño Peña el principio *'in dubio pro reo'* que es fundamento de nuestro derecho positivo'. (Fl. 34).

"Sin embargo, al argüir esto como lo anteriormente replicado, no cayó en la cuenta el señor demandante que no es pertinente invocar la causal cuarta de casación para oponerse a la decisión del Jurado (base que fue de la sentencia acusada), apelando por una vez más al recurso de alegar una equivocada valoración de la prueba.

"Esto no más basta para desechar toda la dispendiosa disertación o análisis probatorio que

el actor hace al formularle un tercer cargo a la sentencia''.

''.....

''Sobre la cuestión, le parece a este Despacho innecesario repetir aquí los argumentos en virtud de los cuales se puso de manifiesto que no le era legal ni posible al sentenciador admitir como probado que el homicidio, del cual fue por los jueces de conciencia declarado culpable el acusado, había sido cometido en la circunstancia alegada por el actor.

''El segundo de ellos no es otra cosa que un nuevo ataque a la sentencia, afirmando una equivocada apreciación de la prueba recogida en autos, lo que se evidencia con transcribir siquiera parte de lo argüído al respecto en la demanda:

'' 'El expediente prueba —dice— que el delito que se le imputa a mi defendido, fue cometido directa y exclusivamente por José Antonio Carrillo Barón, como se desprende del valor de su propia confesión ante los diversos funcionarios que conocieron del negocio, y posteriormente, en su confesión extrajudicial ante el señor Juez Primero Penal del Circuito de Bucaramanga. Dicha confesión tiene el valor de PLENA PRUEBA, mientras no se demuestre la falsedad del testimonio'.''

''Por lo demás, no debe olvidarse que el Jurado, como soberano calificador de la responsabilidad del reo, descartó, al emitir su veredicto, toda probabilidad de afirmar en lo sucesivo que el delito había sido cometido en complicidad correlativa, puesto que rechazó sin vacilación la audaz invención consistente en hacer aparecer como único autor del homicidio al menor José Antonio Carrillo.

''Y si tal cosa hizo; si despejó toda duda en relación con la responsabilidad de Honorio Riaño Peña, resulta necio insistir por una vez más en ofrecer argumentos que nada tienen que ver con la causal primera, como tampoco con la cuarta, sino con la segunda, que, como se ha demostrado, carece de viabilidad en procesos como el presente''.

''.....

''Para dar respuesta a esta última objeción hecha por el señor recurrente, se comienza por recordar la siguiente doctrina de la honorable Corte:

'' 'Como una garantía del juzgamiento exige la Constitución y la ley (arts. 163 C. N., 471 C. J. y 159, regla 2ª C. P. P.), que toda sentencia deberá ser motivada. Con ello se pretende evitar la arbitrariedad del juzgador y las disertaciones extrañas a los objetivos del proceso; interpretar la ley para darle vida y estabilidad a la jurisprudencia; analizar los hechos y sus pruebas frente al derecho positivo para explicar el porqué de la parte dispositiva de la providencia; y, en fin, darle firmeza y autoridad a la cosa juzgada que toda sentencia definitivamente lleva en sí.

'' 'Y en orden a tutelar tal garantía, se estableció en el ramo penal la causal quinta de casación, que los autores del Código de Procedimiento justificaron en la siguiente forma:

'' 'Mucho cuidado puso la Constitución al formular las reglas a que debe someterse el Juez en la redacción de la sentencia. La exigencia de *resultandos* y *considerandos* numerados y concretos no es caprichosa, ni mucho menos; ella obedece a la necesidad ineludible de evitar divagaciones y encauzar las actividades del Juez hacia los puntos precisos que impone el ejercicio de su delicada misión. En armonía con esa exigencia se ha formulado la 5ª causal de casación'.

''Pues bien: tales prescripciones de la Constitución y la ley no dejaron de cumplirse en la sentencia acusada, pues lo cierto es que en ésta, su parte resolutiva aparece debidamente motivada. Además, se consignó la consiguiente relación de los hechos acontecidos. Se hicieron los debidos comentarios en relación con los hechos demostrados en autos; se reprodujo casi íntegramente el contenido del auto de proceder proferido por el mismo honorable Tribunal y que fue debatido especialmente durante el juicio público; se rebatieron los argumentos presentados por el acusado en su muy bien elaborado memorial dirigido al honorable Tribunal y de cuyos conceptos se han efectuado transcripciones en esta Vista Fiscal; y en fin, para reformar la sentencia del *a-quo* en el sentido de disminuír la sanción impuesta por éste, fueron descartadas las circunstancias de mayor peligrosidad que en el fallo de primer grado habían sido cargadas a la cuenta del procesado, para lo cual se dieron razones más que atendibles. Todo esto demuestra el cumplimiento por el sentenciador, de lo dispuesto sobre el particular y de lo preceptuado por esa Superioridad en relación con el contenido que debe ser propio de una sentencia; de donde se infiere que la causal quinta de casación no está demostrada, por lo cual debe correr la misma suerte de las dos anteriores''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª — Nada tiene que agregar la Sala a las tesis expuestas por la Procuraduría Delegada en este negocio, pues que ellas recogen la doctrina mantenida por la Corporación, tanto en cuanto a la técnica del recurso de casación —no observada por el demandante— como en lo referente a la procedibilidad de las causales, tratándose de juicios con intervención del Jurado.

2ª — La impugnación en el caso de autos está demostrando que el demandante no tuvo para nada en cuenta la técnica propia del recurso: involucró en la causal 4ª cargos no atinentes, y quiso, por medio de la causal 1ª acusar un error de hecho o una indebida apreciación de la prueba (materia de la causal 2ª), improcedente, ya que la sentencia tiene su directo apoyo en el veredicto del Jurado.

3ª — En lo tocante a la causal 5ª, nada abona la demanda en orden a demostrar que la sentencia dejó de ceñirse a los ordenamientos del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis: por mal sustentado el recurso y por ausencia de técnica en la invocación de las causales de casación ésta no puede prosperar, por lo que es pertinente dar aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Así, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

HOMICIDIO.— ERROR EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO.

Factores de perturbación anímica. Reacciones explosivas incontrolables. Grave e injusta provocación, cierta pero anónima. Elementos subjetivos de la infracción. Causal 2ª de casación penal.

1. Es un hecho irrefragable y con toda claridad surge del proceso que el homicida abrigaba fundadamente el temor de una agresión o ataque por parte de bandas de facinerosos, que en esa región como en otras muchas del Departamento de Caldas y de las demás secciones del país sometidas al estado de sitio, en forma reiterada y con todas las características de atrocidad, asaltan haciendas y poblados en incursiones de rapiña y de muerte.

Ese estado de temor, agudizado por amenazas concretas y la especial psicosis colectiva que se ha ido formando en las zonas de violencia, no fueron factores ajenos en la conducta del acusado, y es evidente que la acción homicida, en parte muy considerable, obedeció a esos factores de perturbación anímica.

El acusado disparó contra la víctima, persona inocente que por error las autoridades habían detenido como sospechosa de hacer parte de una banda de forajidos, en el convencimiento de que lo era, y lo hizo de manera voluntaria, no por accidente como cualifica el acusado, en un explicable impulso para el cual su psiquismo estaba en trance. Fue una descarga emocional inevitable, que no podía considerar en que el occiso estaba bajo la custodia de la policía y que no constituía peligro alguno.

2. Pero con todo, ni los antecedentes del insuceso, ni el error en que incurrió el procesado al creer que la víctima era un bandolero, dan viabilidad a la legítima defensa putativa. Muchos medios probatorios indican que el procesado se percató de que la víctima estaba bajo el cuidado de la Policía y de que ningún daño inmediato tenía por qué temer en ese momento. Claro está y eso hay que aceptarlo, la situación de temor sufrida por muchos días, la zozobra permanente a que estaba sujeto el acusado, necesariamente descompensaron su personalidad afectiva y lo tornaron apto para reacciones explosivas incontrolables.

3. Como es obvio, no fue el occiso quien irritó a su matador para encontrar un nexo entre la conducta de aquél y el raptus homicida. La creación del estado anímico provenía de antecedentes imposibles de localizar en persona determinada. Había, por así decirlo, una grave e injusta provocación cierta pero anónima, que dio virtualidad al motivo determinante del homicidio.

Al confundir a la víctima o estimar que éste era uno de los antisociales comprometidos en los enunciados planes de agresión, la carga emocional de un largo período de temor se transformó en un estado de ira para el que caben las notas de gravedad e injusticia en el hecho que lo motivó.

Porque el acusado disparó contra quien creía uno de sus potenciales atacantes, esa conducta antijurídica no tiene la simplicidad del homicidio común. Ello se desprende del contenido del artículo 14 del Código Penal cuyos efectos son, precisamente, los de enmarcar cualquier delito cometido por error o accidente (aberratio personae o aberratio ictus) **dentro de los delineamientos que competen al elemento subjetivo de la infracción.**

4. Para admitir la aminorante del artículo 28 del Código Penal, con los presupuestos ya enunciados, no obsta que los ofendidos no hubieran causado agravio al procesado, porque el motivo de atenuación viene sustentándose en los antecedentes del hecho y la condición de delito aberrante.

Quiere decir lo anteriormente expuesto que la causal segunda de casación prospera en forma parcial, y aunque el demandante no invocó la causal primera, que sería consecuencia obligada de la otra, admitido el error en que incurrió el Tribunal al estimar las pruebas en el proceso, se impone por la Corte corregir el yerro de la sentencia impugnada, de acuerdo con lo establecido en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

En ejercicio del poder especial que le fue conferido al doctor Jaime Chaves Echeverri, abogado titulado e inscrito, por el acusado Mario Jiménez Fernández, demandó ante la Corte, en casación, la sentencia proferida en Sala Penal de Decisión por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 17 de junio de 1960, mediante la cual le impuso la pena principal de ocho años de presidio y las sanciones accesorias pertinentes, como responsable del delito de homicidio. Reformó esta sentencia la dictada el 14 de enero del mismo año por el Juzgado Segundo Superior del mismo distrito, que había fijado al procesado una pena privativa de la libertad de treinta y dos meses (32), mínimo imponible con aplicación de los artículos 362 y 28 del Código Penal.

Surtidos los trámites del recurso la Sala entra a decidirlo.

HECHOS:

Aunque el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal admite que se ajusta a la verdad la relación sobre ellos contenida en la demanda, hace a su vez ésta que detalla mejor lo ocurrido:

"En el municipio de Anserma (Caldas), en la vereda llamada de 'San Pedro', se hallan situadas dos fincas rurales colindantes: una llamada 'La Bohemia', de propiedad del señor Antonio Jiménez, padre del acusado Mario Jiménez Fernández, quien allí habitaba junto con otras personas, entre las cuales se cuentan miembros de la familia y personal de trabajadores, y una segunda finca de propiedad de la señora Leonor Hernández viuda de Naranjo, ocupada por ésta y sus varios hijos varones.

"El día de autos, 17 de septiembre de 1959, a eso de las 2 a las 3 de la tarde, se encontraban presentes en la casa de la finca 'La Bohemia', el acusado, su tío Manuel Jiménez, Rosalba Restrepo, concubina, Magdalena Builes, muchacha del servicio doméstico y los maestros de escuela del sitio de 'Bellavista' con sus alumnos, quienes incidentalmente llegaron allí de paseo.

"De otro lado, ocurría que a la finca de la señora viuda de Naranjo llegaron de paseo en ese mismo día, el señor Julio Eduardo Velásquez O., su sobrino Oscar Velásquez y dos señoras de la familia.

"A la hora ya citada, tío y sobrino, por haber sido autorizados por los Naranjos para cortar un racimo, se dirigieron a la platanera ubicada en los terrenos de propiedad de éstos últimos, en un lote situado entre las dos casas de habitación de las referidas fincas y que no permitía visibilidad entre los dos lugares, aunque la casa de habitación de 'La Bohemia' se encuentra situada precisamente en el límite de las dos parcelas, divididas entre sí por una cerca de anjeo metálico en aquella parte y por un caminito de comunicación entre ambas fincas que corre paralelo a la citada cerca, pero por terrenos de los Naranjos.

"Entre tanto, el señor Inspector de Policía del lugar, en asocio de unos agentes de la Policía, entre los cuales se hallaba Bertulfo Orozco Rendón, inspeccionaba los alrededores de la finca 'La Bohemia', debido a que sus propietarios y moradores habían observado y, aún, habían sido informados por diferentes personas de que una banda rondaba esos lugares, al parecer, en busca del señor Mario Jiménez Fernández, de lo cual avisaron repetidamente a las autoridades.

"Al pasar por los terrenos de los señores Naranjos el mencionado funcionario y sus acompañantes se encontraron con los señores Velásquez, tío y sobrino, y por ser éstos desconocidos por aquéllos fueron detenidos por el Inspector mientras éste terminaba sus indagaciones y obtenía de los señores Naranjos la identificación del caso.

"Dejó, pues, a los Velásquez al cuidado del agente Orozco Rendón, quien para mayor comodidad los llevó al camino mencionado, donde se situaron en un sitio que precisamente queda frente al patio de la casa de 'La Bohemia'.

Allí don Manuel y las mujeres mencionadas se dieron cuenta de la presencia del agente y de sus acompañantes, especialmente el primero, quien conversó con aquél.

"Las mujeres fueron a avisar al señor Mario Jiménez (quien se hallaba conversando con los maestros de escuela mencionados) de la captura de los dos sujetos, para ellas como para el mismo Jiménez Fernández totalmente desconocidos y a quienes creyeron elementos de la banda que se decía merodeaba por los alrededores.

"Jiménez Fernández salió al patio armado de una escopeta debidamente cargada y montada, y, bien porque 'se me zafó un tiro', como manifiesta en su indagatoria (folio 9, cuaderno primero), o bien, como lo afirma el mismo durante la diligencia de inspección ocular (folio 38 idem), porque 'de la impresión y del miedo, se me zafó el tiro', lo cierto fue que impulsivamente disparó contra los dos sujetos que sabía que estaban o habían sido capturados por la policía, y a los cuales vio (suponiendo que no vio al agente Orozco) al otro lado de su propiedad, sobre el camino o senda de tránsito, inermes, en actitud pacífica, sin decirles ni preguntarles nada, etc. Y no sólo un disparo hizo sino tres (3), uno de los cuales hizo impacto en el señor Velásquez O., quien, a pesar de estar herido, huyó junto con su sobrino, en busca de protección que no le dio el agente de Policía, que los acompañaba, siendo en tal actividad seguido por Jiménez Fernández, quien vociferaba en contra de ellos, así como por su padre, don Antonio, que igualmente se hallaba armado y que al parecer se hizo presente en esos momentos.

"Los perseguidores sólo se detuvieron cuando a los gritos del Inspector de Policía y de los mismos agentes, se les hizo saber que ninguna peligrosidad ofrecían los perseguidos, de los cuales el que fue herido, falleció pocos momentos después en el mismo sitio de los acontecimientos.

"Debe, además, ponerse de presente que el señor Oscar Velásquez, al rendir declaración y durante la diligencia de inspección ocular, hace hincapié en el hecho de que los disparos fueron hechos por el señor Jiménez Fernández en forma súbita y en presencia de don Manuel Jiménez y del agente Orozco. Sin embargo, estos niegan tal circunstancia por razones obvias.

"Y es por esto por lo que a lo largo del proceso, insistentemente se ha alegado que el procesado obró en legítima defensa subjetiva de la vida o de la integridad personal, cuestión ésta que no fue admitida en ninguna de las instancias aunque en la primera sobre la base de un error en la persona de la víctima, se aceptó o señaló como circunstancia existente y modificadora de la responsabilidad, la consistente en haber obrado el acusado, dados los antecedentes de su búsqueda por sujetos desconocidos, en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, circunstancia ésta que a la postre fue desechada por el honorable Tribunal al considerar que con el ilícito de autos se trata de un simple homicidio voluntario, en razón del cual su autor es merecedor de una pena mínima por no mediar en su contra circunstancia alguna de mayor peligrosidad y en cambio sí varias de menor".

DEMANDA DE CASACION

Como única causal el señor apoderado invoca la segunda de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y en torno a ella desarrolla contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos, ciñéndose para formularlos y darles fundamento a la técnica del recurso de casación.

Como es en extremo complejo el caso que los autos ofrecen y para resolverlo en derecho con acierto, hay necesariamente que ahondar en el examen de la conducta del acusado y evaluar con toda ponderación los factores que pudieron determinar el homicidio, la Sala procurará estudiar exhaustivamente todos los aspectos del proceso y el verdadero mérito de los elementos de juicio a efecto de determinar si la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal admite la acusación por los motivos consagrados en la causal segunda.

En su orden los cargos son:

1º.—"La sentencia recurrida desconoció la existencia del error en la persona, padecido por el procesado, quien disparó su escopeta convencido de que el occiso pertenecía al grupo armado de individuos que, días antes, habían estado en la propiedad administrada por él en actitud altamente sospechosa, y respecto de los cuales abrigaba el temor de que le dieran muerte".

Se alega en este punto y la alegación se apoya en varios de los elementos probatorios traídos al informativo, que la acción del agente obedeció a un error, es decir, que se trató de un *delito aberrante*, con las consecuencias que jurídicamente se desprenden de lo estatuído en el artículo 14 del Código Penal.

El error en la persona, con relación a la víctima (*aberratio personae*), considera el recurrente, tiene implicaciones, pues sabiéndose de manera cierta por muchos testimonios que el acusado es un hombre de bien, sin antecedentes delictivos y de comportamiento social irreprochable, su súbita y airada reacción contra el occiso no tiene otra explicación que el error sufrido al suponer, dados antecedentes más o menos inmediatos, que aquél era miembro de una banda de forajidos, de la cual había recibido amenazas concretas de muerte.

Este error a que la demanda alude y para cuya demostración cita diversos testimonios recibidos en el proceso, es un hecho evidente, como lo es también el de que el acusado venía, por las amenazas, a la vez que predispuesto ante cualquier estímulo, fundado o infundado que se presentara en relación con las amenazas de que era víctima, a reaccionar coléricamente, de modo impulsivo, como quien reacciona en condiciones ordinarias ante una grave e injusta provocación. En circunstancias normales la acción homicida no tendría explicación en un sujeto sin tendencias criminales y considerado por todos como respetuoso de las personas, correcto y pacífico.

2ª.— "La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, aceptó como estatablecida la circunstancia de que Mario Jiménez 'necesariamente tuvo que ver al agente Orozco en el momento de hacer el disparo' ".

El error a que se alude en este aspecto de la impugnación, fundamental para definir la responsabilidad penal del agente, como tendrá ocasión la Sala de analizarlo en sus consideraciones de fondo, tiene esta sustentación en la demanda:

"No existe en el proceso prueba que permita sostener la conclusión del honorable Tribunal Superior que se deja transcrita, ya que los testimonios de Oscar Velásquez y Manuel Jiménez, analizados juiciosamente, no permiten concluír como lo afirman los honorables Magistrados, que el procesado, en el momento de disparar, hubiera percibido al agente Orozco en compañía de los señores Velásquez.

"Si bien es cierto que el testigo Velásquez Robledo, en su primera exposición afirma que en el momento de ser herido su tío, se encontraban en compañía de ellos, el agente Orozco y don Manuel Jiménez, este aserto está desmentido tanto por Orozco como por el pariente del procesado.

"José Bertulfo Orozco Rendón en diligencia de indagatoria visible a folios 22 y siguientes dice: 'El inspector me dijo que me quedara ahí con los Velásquez, en esas salió Rosa la mujer de Mario Jiménez y me dijo que entrara, le dije que no podía y me dijo que voltiara hacia la parte de atrás a ver qué se veía por entre el cafetal, yo le dije que don Hernando estaba por allá con el otro agente, me quedé ahí y en ese momento me retiré unas cuatro o cinco varas hacia arriba para asomarme a ver qué se veía pero siempre pendiente de los dos que habían quedado a mi cuidado cuando oí dos o tres disparos.....'.

"De acuerdo con la versión anterior, este agente se hallaba retirado de los Velásquez, en los momentos de producirse la tragedia. En la diligencia de reconstrucción de los hechos se estableció nítidamente que Orozco, en el momento de consumarse el hecho, se hallaba fuera del campo visual del procesado. Fue así como los señores peritos en asocio de los funcionarios, dijeron que 'no se ve el sitio donde fue colocado el agente de Policía que se dice acompañaba a dichos sujetos' (los Velásquez) desde el lugar en donde estaba ubicado el procesado.

"Por otra parte, Manuel Jiménez Rico (folio 17 y siguientes), tío del procesado, de acuerdo con su declaración juramentada, no se hallaba presente en el lugar de la consumación del hecho y en el momento preciso de su ocurrencia y por consiguiente, de su dicho, mal podría desprenderse que mi defendido, en el instante mismo de disparar, veía a los señores Velásquez en compañía del agente Orozco.

"Es cierto que este testigo estuvo en compañía de los Velásquez, con posterioridad a su captura, lo mismo que el inspector y que el otro agente de policía, pero de allí mal podría concluírse que en el momento del disparo aún permanecía junto con ellos.

"El único declarante que podría dar respaldo a la conclusión del honorable Tribunal que se analiza, es el sobrino del occiso, pero sus asertos carecen de fuerza de convicción, por las siguientes razones:

A)— "No es testigo imparcial, en razón del parentesco que lo liga a una de las partes.

B)— "Su afirmación inicial está contradicha no solo en detalles sino en puntos esenciales, por intervenciones posteriores del mismo (comparar declaración con diligencia de reconstrucción).

C)— "Su dicho está desmentido por Manuel Jiménez y Bertulfo Orozco, además de que, en

la citada diligencia de reconstrucción se estableció la imposibilidad de que el procesado, en el momento de disparar, hubiera visto al mencionado agente de policía con los señores Velásquez''.

3º.— ''La sentencia recurrida, por errónea interpretación de los hechos, desconoció la existencia de una legítima defensa putativa de la vida, circunstancia que es eximente de la responsabilidad penal''.

Afianza el cargo con la argumentación que sigue:

''Para descartar la legítima defensa, el honorable Tribunal cita al ilustre tratadista nacional doctor Gutiérrez Gómez, pero interpretando equivocadamente el pensamiento expresado por él, extrae conclusiones reñidas con la realidad procesal.

''Los argumentos que esgrime el honorable Tribunal Superior para desconocer la legítima defensa, pueden plantearse en la siguiente forma:

a) ''En la legítima defensa putativa, el agente activo del hecho (no del delito) debe tener algún conocimiento de la persona de quien teme la agresión.

''Este requisito, por regla general, necesario para la aceptación de la legítima defensa subjetiva, carece de validez en los casos de error de hecho o de derecho, o de persona. En tales eventos, y en particular en el caso que nos preocupa, lo que determina la existencia de la defensa justa es el convencimiento razonable que acompaña al procesado de que su acto está ceñido a la ley y obedece a la necesidad de repeler una agresión que aunque carece de realidad objetiva, tiene una vigencia subjetiva indiscutible.

''No otra cosa quiso significar el doctor Gutiérrez Gómez cuando dijo que 'la legítima defensa subjetiva es una ilusión de injusto peligro convertida en realidad psíquica'. Esta definición está ceñida rigurosamente a las circunstancias que rodearon el hecho consumado por mi patrocinado: Mario Jiménez se hallaba sometido a una situación de peligro; en su mente surgió la idea de que su vida se hallaba amenazada, y esta creencia se convirtió en realidad psíquica cuando vio a dos personas desconocidas frente a su vivienda. Bien es cierto que erró al confundir a los Velásquez con miembros de la pandilla de oscuros ejecutores de la violencia que poco antes había ido en su búsqueda, pero tal cosa tiene plena justificación, si se analiza y aprecia en su justo valor las circunstancias ambientales que lo rodeaban. No se debe olvidar, como lo hicieron los honorables Magistrados, que Anserma ha sido y es paralelo de la violencia y que para la época de la consumación de los hechos se habían presentado casos tan graves en ese municipio como lo fueron los asesinatos perpetrados en una misma semana, del Alcalde del lugar, de un miembro del Concejo Municipal, del Tesorero de la población, del Presidente de uno de los directorios políticos, del Administrador del matadero, de un conocido odontólogo del lugar, y de varios campesinos. Tan es así que el distinguido colaborador fiscal del honorable Tribunal, en su concepto de fondo, y con base en el conocimiento que tiene del medio ambiente propio del lugar de la tragedia, dijo: 'Pero esa precipitud y falta de razón en hechos nimios, es necesario calificarlos no en el ambiente tranquilo y reposado del Juez que va a fallar, sino en el mismo ambiente y circunstancias del autor del daño...'.

''En síntesis, en el caso de autos aunque el procesado desconocía no solo la identidad de sus atacantes, sino la de los señores Velásquez, esta circunstancia, analizada a las luces de la lógica, jamás podría tener vigencia suficiente para desconocerle la legítima defensa subjetiva. Apoyándonos en la opinión del tratadista citado por el honorable Tribunal, encontramos respaldo para este aserto. Dice el doctor Gutiérrez Gómez que la ilusión del peligro 'como toda ilusión, debe naturalmente fundarse en una realidad, en un acto positivo' y qué más realidad que la atmósfera de angustia atravesada por Jiménez, y qué más acto positivo que la presencia de desconocidos armados en su vivienda, y la tentativa de romper las cercas protectoras que le determinaron a buscar el apoyo de la autoridad.

b) ''En la legítima defensa putativa es necesario que la persona de quien se teme la agresión haya ejecutado algún acto que produzca en el actor la certeza de que se halla en peligro.

''En el caso de autos, el occiso no ejecutó acto alguno que hiciera temer al procesado la existencia de un peligro inminente, distinto a su presencia inusitada en el lugar de los hechos. Pero dicha presencia, sumada a las circunstancias antecedentes relacionadas con otras personas con quienes confundió mi patrocinado a los Velásquez, constituyó razón suficiente para justificar la reacción de aquél.

''Fue así como Jiménez Fernández, en el momento de disparar, lo hizo convencido de que

los señores Velásquez venían a atacarlo y la presencia desusada de éstos, fue el hecho que lo condujo a tal convencimiento.

c) "Que la eximente no ha sido alegada por el procesado, es la última razón que lleva al honorable Tribunal Superior a desconocer la legítima defensa putativa a favor del procesado.

"El profesor Ortega Torres, en sus comentarios al Código Penal, novena edición, ha dicho: 'Esta disposición (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal), inspirada en las conferencias del profesor Luis Alzate Noreña, no consagra una presunción legal, de obligatorio respeto para el juez; apenas se limita a permitir su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica, estudiadas especialmente por Eduardo J. Couture'.

"La anterior opinión que cuenta con el respaldo de la lógica, ha sido compartida por esa honorable Corte, en diversas oportunidades. El procesado tiene, en tal virtud el carácter de testigo en su propia causa, pero como la prueba 'no pierde el carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente —atestación contra sí mismo, pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión. (Sentencia 3 febrero 1948, LXIII, 862).

"Pues bien, en el caso de autos, se estableció que el procesado en su injurada incurrió en inexactitud al relatar los hechos, circunstancias que restan validez a sus asertos y que obliga a buscar otras fuentes distintas de convicción.

"De tal manera que el hecho de que Jiménez no hubiera planteado en su favor la existencia de una legítima defensa subjetiva de la vida, no es óbice, como erradamente lo cree el honorable Tribunal, para que no se acepte esa figura.

"Jiménez pudo haber mentido, pero en el caso de autos no se le juzga por mentiroso, sino como presunto autor de un delito de homicidio".

4º) "La sentencia recurrida, por errónea interpretación de hechos, no sólo desconoció la circunstancia eximente de responsabilidad que se dejó analizada en el acápite anterior, sino que llegó al extremo de descartar el estado de ira, causado por grave e injusta provocación".

Considera el demandante que de no llegarse al reconocimiento pleno de la eximente de responsabilidad, con fundamento en los motivos antes alegados, la sentencia recurrida es casable porque al menos es indudable que el acusado obró en las circunstancias previstas en el artículo 28 del Código Penal, tal como lo aceptó el fallador de primer grado después de un ponderado análisis de los hechos.

La formulación de este cargo supone que el señor apoderado transige en sus peticiones extremas para conformarse, en último término, con una invalidación parcial de la sentencia, si bien los fundamentos de hecho y de derecho son en sustancia los mismos en que se apoyan los tres primeros cargos.

En su parte final la demanda enuncia los textos legales que estima infringidos con la sentencia, a saber: artículos 14, 25 y 28 del Código Penal. Hace cita del último para "el caso que esa honorable Corte comparta la tesis sostenida por el Juzgado de primera instancia..... ya que desconoció una circunstancia atenuante de responsabilidad, consignada en tal disposición".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, aunque estima procedente la invocación de la causal segunda por tratarse de un proceso rituado conforme al decreto 0012 de 1959, que rige para los Departamentos en estado de sitio, se opone a la casación del fallo porque la causal carece de justificación, y abona en defensa de su pedimento estas razones, como las más importantes:

"Con respecto a uno y otro de tales planteamientos, el señor abogado demandante lleva a efecto un examen de las pruebas que, en su concepto y conforme a sus puntos de vista, sustentan la tesis por él propuesta.

"Se cuida así, o mejor, se abstiene de proceder a rebatir concretamente las ponderadas y contundentes consideraciones y deducciones que se consignan en el fallo acusado.

"Se trata, por lo tanto, con lo alegado de una contraposición de criterios y no de cosa diferente, tanto más si se tiene en cuenta que los apartes A) y D) se refieren al mismo tema.

"Pero, además, obsérvese que las cuestiones propuestas en la demanda a la honorable Corte, carecen de novedad, puesto que lo que se pretende hacer objeto de controversia en casación, ya había sido materia de detenida discusión y

reflexión estudiosa durante las instancias del juicio, con motivo de las alegaciones hechas por los defensores del enjuiciado, siendo de anotar, a su vez, que el honorable Tribunal, al revocar la determinación del señor Juez de primera instancia, expuso, en forma ordenada, clara y convincente, las bases y razones de su criterio y de su convencimiento legal y moral para reformar la condena impuesta a Mario Jiménez Fernández.

"Resulta superfluo reproducir aquí las argumentaciones del *a-quo,* aunque sí es el caso de que exprese este Despacho su total acuerdo con el significado de las mismas.

"Los hechos mismos —tal como ocurrieron, y ocurrieron como esta Procuraduría los resume— no dan pie para afirmar que el acusado al dar muerte al señor Julio Eduardo Velásquez, hubiera obrado por virtud de una equivocada creencia de estar amenazado con perder su vida o sufrir un ataque a su integridad personal. Ni el espanto, el temor o el simple miedo, pudieron ser circunstancias psicológicas que se apoderaran de su ánimo para que, suponiéndose de buena fe, víctima de una inminente agresión, disparara su arma las veces que lo hizo.

"Tampoco es dable aceptar el pretendido *'aberratio delicti'* planteado por el actor, puesto que el procesado muy bien sabía y así lo da a entender durante su indagatoria y en el acto de inspección ocular, que los Velásquez habían sido capturados y estaban bajo la guardia y custodia de la autoridad, lo cual los ponía fuera de su control o actividad para ejercer por sí mismo un acto de justificación o uno modificatorio de su propia responsabilidad penal.

"Al disparar, por tanto, contra los dos detenidos, no hizo otra cosa que delinquir y violar el respeto a la autoridad que había cumplido la función de aprehenderlos, tanto más cuanto que en tal momento, en la finca, con la numerosa concurrencia que allí había, como que hasta los niños de la escuela allí se encontraban, el acusado no corría peligro alguno".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª.— Interesa para la decisión de la Corte en el caso *sub júdice* ver si los fundamentos de la sentencia recurrida, que permitieron al Tribunal concluír que el homicidio perpetrado por Jiménez Fernández encuadra dentro de los términos del artículo 362 del Código Penal, corresponden con exactitud al contenido probatorio del proceso, o si, por el contrario, en su valoración pudo el sentenciador incurrir en error, atribuyendo a algunos hechos significado que no tienen en cuanto a demostrar el grado de responsabilidad del agente, o negando a otros su poder demostrativo de una causal —positiva o negativa— de justificación o un motivo específico de aminoración.

El fallo recurrido, que descarta toda posibilidad de que el acusado hubiera obrado en legítima defensa putativa, que en mejor técnica penal constituye un error asencial de hecho (ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal), e inadmite la provocación en las condiciones del artículo 28 ibidem, resume su argumentación con estas consideraciones:

"Conforme a lo anterior obviamente se deduce que el agente activo del delito debe tener algún conocimiento sobre la persona que cree puede causarle daño. Y, además, que previamente esa persona ejecuta algún acto que le produzca la certeza de que está en presencia de una agresión actual. Porque de no ser así, esa justificación no tiene, no puede tener vida jurídica.

"Ahora, lo que resulta aquí con base en la actuación procesal, es esto:

"Que los Velásquez y el procesado Jiménez no se habían conocido nunca; que solo el día de los hechos fueron ellos a la finca de sus parientes, los señores Naranjos, la cual linda con la que administra Jiménez; que los Velásquez se hallaban pacíficamente y completamente desarmados a tiempo de ser aprehendidos por la policía, que en el momento preciso de los hechos eran vigilados por el agente de policía José Bertulfo Orozco Rincón, en cumplimiento de la orden que al respecto le había dado el Inspector de Policía; que el imputado necesariamente tuvo que ver al agente Orozco en el momento de hacer el disparo, porque aunque se ha pretendido sostener lo contrario, así se deduce de lo declarado tanto por Oscar Velásquez como por Manuel Jiménez, tío del acusado; que sabía sobre lo de la captura, porque de ello se le había dado aviso por las mismas mujeres de la casa; que, según Oscar, el mencionado Manuel se hallaba conversando pacíficamente con aquél y con el occiso inmediatamente antes del disparo, de lo que se dio cuenta el imputado, circunstancia que debió producir a éste la sensación de que no estaba frente a ningún peligro; y que a pesar de que los ofendidos no ejecutaron ningún acto positivo que infundiera al sindicado la certidumbre de una agresión actual, sin ejercer sobre sí mismo ningún control, precipi-

tadamente disparó su arma, con los resultados que ya se conocen.

"Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que los elementos que configuran la legítima defensa subjetiva no están demostrados. Y que, por lo mismo, la tesis del señor Fiscal colaborador, según la cual al acusado debe absolvérsele por haber obrado dentro de aquélla, no prospera.

"Por otra parte, tal eximente no ha sido alegado por el procesado, toda vez que lo que dijo fue esto: *que después de que las mujeres de la casa le dieron aviso de que habían capturado a dos,* tan pronto como salió a verlos, se le zafó o se le fue el tiro, sin explicar la forma como tal cosa pudo haber ocurrido. Tal planteamiento, de ser aceptable, constituiría un delito culposo. Pero, dada la manera como se cumplió el hecho, las circunstancias que lo antecedieron y subsiguiente, no resulta acertado darle esa calificación, con más razón si se tiene en cuenta que el agente obró en forma intencional, y es bien sabido que en la culpa penal el elemento intención no existe. Y menos podría hablarse de un caso fortuito.

"Así las cosas, la Sala está de acuerdo con el señor Juez *a-quo* en cuanto, después de analizar serenamente todas las constancias expedientales, llegó a la conclusión de que Mario Jiménez lo que cometió fue un delito voluntario de homicidio. Pero no acepta el que le hubiera reconocido la atenuante consagrada en el artículo 28 del Código Penal, en este caso: *'cólera injustamente provocada'*. Y ello, por cuanto el sindicado no fue objeto por parte de ninguno de los Velásquez de ofensa *grave* o *injusta* y en tal forma que el hecho tuviera vínculo con aquélla, conforme lo exige la jurisprudencia, en forma constante e invariable".

Por su parte, el Juzgado de instancia negó la situación que a lo largo del proceso ha venido alegándose de la legítima defensa, y si bien reconoce el carácter aberrante del delito, el error lo toma en cuenta para reconocer en favor del acusado el estado de ira causado por grave e injusta provocación.

Como el homicida, en presencia de los Velásquez, lanzó contra ellos expresiones injuriosas, dominado por la cólera, considera el Juzgado que no 'es de creerse que una persona poseída por el temor' se exprese en esta forma. La frase no revela otra cosa que un marcado enojo, para quienes creyó eran los forasteros que lo intranquilizaban. Ira que se puso de presente cuando superó la verja y continuó tras ellos, exclamando al mismo tiempo que disparaba 'espérenme hijueputas'. Todo esto al decir del agente de policía que se encontraba en ese lugar. Unicamente el profundo rencor y la incontrolable cólera, que en él crearon los repetidos intentos de sus enemigos, podía ser la causa de la alterada conducta en hecho y palabras".

Concluye el fallador de primer grado: "No creemos necesarias más argumentaciones para sostener que la conducta del acusado se ubica en la figura del homicidio voluntario, con la atenuante de su cólera injustamente provocada. Todo esto dentro de un clásico error en la persona consignado por el legislador en el artículo 14 del Código Penal".

2ª.— Ahora bien:

Es un hecho irrefragable y con toda claridad surge del proceso que el homicida (administrador de la finca 'La Bohemia', jurisdicción del municipio de Anserma) abrigaba fundadamente el temor de una agresión o ataque por parte de bandas de facinerosos, que en esa región como en otras muchas del Departamento de Caldas y de las demás secciones del país sometidas al estado de sitio, en forma reiterada y con todas las características de atrocidad, asaltan haciendas y poblados en incursiones de rapiña y de muerte.

Ese estado de temor, agudizado por amenazas concretas y la especial psicosis colectiva que se ha ido formando en las zonas de violencia, no fueron factores ajenos en la conducta del acusado, y es evidente que la acción homicida, en parte muy considerable, obedeció a esos *factores de perturbación anímica.*

3ª.— El acusado disparó contra la víctima, persona inocente que por error las autoridades habían detenido como sospechosa de hacer parte de una banda de forajidos, en el convencimiento de que lo era, y lo hizo de manera voluntaria, no por accidente como cualifica el acusado, en un explicable impulso para el cual su psiquismo estaba en trance. Fue una descarga emocional inevitable, que no podía considerar en que el occiso estaba bajo la custodia de la policía y que no constituía peligro alguno.

4ª.— Pero con todo, ni los antecedentes del insuceso, ni el error en que incurrió el procesado al creer que la víctima era un bandolero, dan viabilidad a la legítima defensa putativa. Muchos medios probatorios indican que el procesado Jiménez Fernández se percató de que el ofen-

dido Velásquez estaba bajo el cuidado de la Policía y de que ningún daño inmediato tenía por qué temer en ese momento. Claro está y eso hay que aceptarlo, la situación de temor sufrida por muchos días, la zozobra permanente a que estaba sujeto el acusado, necesariamente descompensaron su personalidad afectiva y lo tornaron apto para *reacciones explosivas incontrolables.*

5ª.— Como es obvio, no fue el occiso quien irritó a su matador para encontrar un nexo entre la conducta de aquél y el raptus homicida. La creación del estado anímico provenía de antecedentes imposibles de localizar en persona determinada. Había, por así decirlo, una grave e injusta *provocación cierta pero anónima,* que dio virtualidad al motivo determinante del homicidio.

6ª.— Al confundir a la víctima o estimar que ésta era uno de los antisociales comprometidos en los anunciados planes de agresión, la carga emocional de un largo período de temor se transformó en un estado de ira para el que caben las notas de gravedad e injusticia en el hecho que lo motivó.

Porque el acusado disparó contra quien creía uno de sus potenciales atacantes, esa conducta antijurídica no tiene la simplicidad del homicidio común. Ello se desprende del contenido del artículo 14 del Código Penal cuyos efectos son, precisamente, los de enmarcar cualquier *delito cometido por error o accidente* (*aberratio personae* o *aberratio ictus*) dentro de los delineamientos que competen al elemento subjetivo de la infracción.

7ª.— Para admitir la aminorante del artículo 28 del Código Penal, con los presupuestos ya enunciados, no obsta que los señores Velásquez no hubieran causado agravio al procesado, porque el motivo de atenuación viene sustentándose en los antecedentes del hecho y la condición de delito aberrante.

Quiere decir lo anteriormente expuesto que la causal segunda de casación prospera en forma parcial, y aunque el demandante no invocó la causal primera, que sería consecuencia obligada de la otra, *admitido el error en que incurrió el Tribunal* al estimar las pruebas en el proceso, se impone por la Corte corregir el yerro de la sentencia impugnada, de acuerdo con lo establecido en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* parcialmente el fallo recurrido y *dispone* condenar a Mario Jiménez Fernández, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de dos (2) años y ocho (8) meses de *presidio,* sustituyendo así el fallo del Tribunal, el cual rige en lo demás, con la advertencia de que las penas accesorias que impliquen duración, se reducen al término de la sanción privativa de la libertad.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncállo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

TRIPLE HOMICIDIO (ASESINATOS).—CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL.

Aplicación de la ley preexistente al hecho imputado. La retroactividad de la ley permisiva o favorable y el derecho de defensa. Facultad de los jueces para dejar de aplicar una ley inexequible. Confrontación entre el Decreto 0012 de 1959 y las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto a disposiciones favorables a los reos.

1. El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

2. El principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley de procedimiento, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa.

3. Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal.

4. Los jueces tienen facultad, en un caso dado, para dejar de aplicar una ley inexequible, sin que sea necesario el previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con base en el artículo 214 de la Carta. (Artículo 215 de la Constitución Nacional).

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

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Previos los trámites del Decreto 0012 de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del diez de septiembre del mismo año, condenó a José Ignacio Meneses, Trino Meneses, Mateo Meneses, Floresmiro Ramírez Lozano o Floro Carrillo, José de la Cruz Ortiz y Carlos Ortiz, "como coautores del delito de 'Triple Homicidio' (asesinatos) cometidos en las personas de Alfredo Susunaga, Ignacio Guzmán y Germán Castro, en el sitio de 'Buenavista', del Municipio del Valle de San Juan", hechos ocurridos en la tarde del 19 de mayo de 1959, a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio, más las accesorias de rigor.

En la misma providencia, y por razón de los mismos hechos, se sobreseyó temporalmente en favor de Luis Carlos Reina Medina, ordenándo-

se reabrir la investigación con respecto a este procesado.

El fallo del a-quo fue reformado por el Tribunal Superior de Ibagué en sentencia del veintidós de septiembre de mil novecientos sesenta, en el sentido de revocar el sobreseimiento temporal en favor del mencionado Reina Medina y, en su lugar, condenarlo a la misma pena principal que impuso a cada uno de los otros procesados: veinte años de presidio.

Con excepción de Carlos Ortiz, todos los reos interpusieron el recurso extraordinario de Casación contra la sentencia de segundo grado, la cual también fue recurrida por el señor defensor de Mateo, Manuel Ignacio y Trino Meneses.

Ante la Corte sustentaron el recurso, mediante demandas oportunamente presentadas, el doctor Néstor Aya Z., apoderado de Mateo Meneses, Manuel Ignacio Meneses, Trino Meneses, Floresmiro Ramírez Lozano o Floro Carrillo y José de la Cruz Ortiz; y el doctor Max Vargas Archila, en representación de Luis Carlos Reina Medina. Agotado el trámite propio del asunto, la Sala procede a decidir.

ANTECEDENTES

Por no interesar para las conclusiones que habrán de adoptarse en este fallo un circunstanciado relato de los hechos que dieron origen al proceso, la Sala acoge, por encontrarla acertada, la siguiente resumida versión que sobre los mismos se consigna en la sentencia de primer grado:

"Se refiere la presente investigación a los hechos ocurridos el día 19 de mayo del año en curso, hacia las 3 de la tarde, en la fracción de 'Buenavista', municipio del Valle de San Juan, en los cuales recibieron muerte violenta los señores Alfredo Susunaga Bonilla, Germán Castro e Ignacio Guzmán. Al día siguiente de los hechos, el señor Alcalde Municipal del Valle verificó la diligencia de levantamiento de los tres cadáveres, diligencia en la cual se consignó lo siguiente: Los tres cadáveres presentaban varias heridas ocasionadas con arma de fuego, por diferentes partes del cuerpo; los cadáveres de Alfredo Susunaga y de Ignacio Guzmán aparecían decapitados; y todos los cadáveres presentaban numerosísimas heridas ocasionadas con peinilla machete, y aunque los bolsillos de los pantalones de los occisos estaban volteados, a Germán Castro se le hallaron $ 23 moneda corriente, y en el cadáver de Guzmán se halló un anillo de oro, con piedra verde. (Folios 1 y 2)". (Folio 290, cuaderno primero).

Tales hechos, como se ha visto, ocurrieron el 19 de mayo de 1959. Por auto del 3 de junio del mismo año, el Juzgado Ciento Doce de Instrucción Criminal decretó la detención preventiva de los sujetos a quienes luego se condenó en el fallo recurrido en casación. (Folios 48 a 52 ibidem). En providencia del 21 de julio subsiguiente, el Juzgado del conocimiento, "A fin de imprimirle a este proceso la tramitación que ordena el artículo 3º del Decreto número 0012 de fecha cuatro de junio pasado", dispone, entre otras cosas, "emplazar por edicto durante cinco días al sindicado Carlos Ortiz, quien no ha rendido indagatoria". Y mediante proveído del 12 de agosto del citado año, declaró clausurada la investigación y ordenó poner los autos a disposición de las partes por el término de tres días, para la presentación de alegatos, conforme al artículo 3º del mencionado Decreto. (Folio 268 id.). En adelante, el proceso se condujo en armonía con las normas procedimentales de excepción previstas en el susodicho estatuto.

LAS DEMANDAS

El doctor Néstor Aya presentó dos demandas contra la sentencia acusada: una como apoderado de José Ignacio Meneses y otra como personero judicial de Trino y Mateo Meneses, Floresmiro Ramírez Lozano o Floro Carrillo y José de la Cruz Ortiz. (Folios 9 a 24 y 25 a 39), cuaderno segundo). El doctor Max Vargas Archila sustentó el recurso en representación de Luis Carlos Reina Medina.

En las demandas del primero de los apoderados mencionados, formuladas con arreglo a las exigencias legales, se invocan y sustentan, dentro del orden que se enumeran, las causales cuarta, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Los argumentos aducidos para fundamentar cada una de las causales dichas son, en ambos libelos, substancialmente los mismos. El abogado Vargas Archila, para impugnar el fallo recurrido, sólo invoca la causal cuarta de casación, y las razones expuestas para sustentarla coinciden, en el fondo, con las ofrecidas por el doctor Aya.

Sostienen, en esencia, los demandantes que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuanto habiendo ocurrido los hechos del proceso en fecha anterior a aquélla en que se inició la vigencia del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, ha debido aplicarse la ley preexistente, vale decir, el procedimiento ordinario, por ser más favorable a los intereses de los procesados, y no las normas

excepcionales y restrictivas de aquel estatuto. Se estructura así una nulidad supralegal, ya que se violaron las formas del juicio, garantizadas por el artículo 26 de la Constitución, en donde se prescribe que la ley nueva, en materia criminal, sólo puede aplicarse cuando es permisiva o favorable, pero no cuando es restrictiva o desfavorable, como acontece en el caso sub-judice.

En desarrollo de estas razones el doctor Néstor Aya expone en sus libelos lo siguiente:

"Con motivo de la aplicación del Decreto 0012 de 1959 en el Departamento del Tolima a los procesos que se habían iniciado antes de haberse dictado esa norma legal, se creó una situación de aberrante injusticia para con aquellas personas que en una u otra forma se vieron afectadas con la vigencia de esa norma, a todas luces más drástica, menos favorable, más restrictiva que el Código de Procedimiento Penal, Ley reguladora de los procesos que estaban en curso.

"Es mandato constitucional que en materia penal la ley permisiva o favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Que nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio; y es natural que las formas propias de cada juicio sean las vigentes en el momento de su iniciación o aquéllas que hagan más favorable la situación de los procesados.

"El mencionado decreto en manera alguna podía aplicarse a los procesos en curso porque acortándose en él los términos probatorios, suprimiéndose recursos de apelación o beneficios de libertad, aboliéndose el juicio propiamente tal, que se iniciaba a partir del auto de enjuiciamiento, no cabía la menor duda de que era una disposición, una norma más drástica, menos favorable a los sindicados".

Y un poco adelante agrega:

"No cabe, pues, la menor duda de que el señor Juez Segundo Superior de Ibagué no podía cambiar la tramitación de este proceso, como lo hizo en el auto de 21 de julio de 1959 (folio 154 del cuaderno principal), porque con ello estaba ejercitando una facultad de que carecía, estaba violando el artículo 26 de nuestra Carta Fundamental, los artículos 1º y 5º del Código de Procedimiento Penal y artículo 5º de la Ley 57 de 1887 y con ello vició de nulidad el proceso a partir de ese momento procesal. No podía ignorar el señor Juez que al hacerlo les quitaba el derecho a los sindicados para ser llamados a juicio (en caso de que se llenaran los requisitos legales) y para ejercitar en la causa los derechos que la Ley les otorga; les quitaba el derecho de defensa ante el Jurado y la decisión sobre su responsabilidad por medio de los jueces de conciencia; les recortaba los términos de prueba y todos los recursos de que trata nuestro Código de Procedimiento y de las ventajas de que se ha hablado anteriormente. No podía ignorar el señor Juez que con ello violaba la Constitución y ejecutaba, por lo tanto, un acto sin validez de ninguna clase.

"Como la sentencia tanto de la primera instancia, como de la segunda instancia, fueron dictadas cuando ya el proceso estaba afectado de la nulidad a que acabo de referirme, son violatorias de la Ley Procedimental y por consiguiente debe invalidarse por la honorable Corte la proferida por el honorable Tribunal Superior de Ibagué en este negocio el día 22 de septiembre de 1960 y debe ordenarse la devolución del proceso a los funcionarios competentes para que se reponga lo actuado a partir del momento procesal a que he hecho referencia".

En semejantes argumentos abunda el apoderado de Luis Carlos Reina Medina, citando al respecto copiosa jurisprudencia de la Corte, para concluír de la siguiente manera:

"La doctrina así elaborada concuerda cabalmente con el régimen institucional colombiano. Lo que el artículo 215 de la Constitución establece, es no solo una facultad del Juez para conservar el imperio de la Carta en un caso subjudice, sino un mandato imperativo en guarda de las garantías supralegales. Las decisiones que se adopten en concreto, tienen los precisos efectos sobre la situación a que se contraen, lo que está indicando que cuando en las instancias ordinarias de un juicio, o a virtud de un recurso extraordinario, se acepte la excepción de inconstitucionalidad, esa jurisdicción en aspecto alguno invade la que es privativa de la Corte Suprema de Justicia (Sala Plena), conforme al artículo 214 de la Constitución, consagratorio de la acción pública de inexequibilidad. (Sent. de 15 de marzo de 1961).

"Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, me permito solicitar a esa honorable Sala, se sirva invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 20 (sic) de septiembre de 1960, por medio de la cual se condenó a Luis Carlos Reina Medina a la pena principal de 20 años de presidio, a las accesorias legales y al pago de perjuicios, por ser violatoria del artículo 26 de la Constitución, en virtud de haberse pronunciado dentro de un juicio viciado de nulidad, y, en consecuencia, que de acuerdo con el artículo 570 del Código

de Procedimiento Penal, se devuelva al señor Juez de Conocimiento (Segundo Superior) de Ibagué, el proceso, a fin de que se reponga el procedimiento, a partir del auto de 12 de agosto de 1959 que declaró cerrada la investigación, para que se le dé la tramitación contemplada en el Código de Procedimiento Penal".

Es innecesario el examen de los argumentos que el demandante, doctor Néstor Aya ofrece para sustentar las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque, según se verá, la 4ª, invocada en primer término, habrá de prosperar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Coincide el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal con el criterio expuesto por los demandantes al sustentar la causal 4ª de casación. Como el tema que las demandas plantean y desarrollan ha sido dilucidado a fondo por esta Sala y por la Procuraduría en anteriores oportunidades, hasta llegar una identidad sustancial de pensamiento sobre la materia, el representante del Ministerio Público, con todo acierto, reproduce en esta ocasión lo que en presencia del mismo problema jurídico, había tenido oportunidad de expresar. De tal reproducción conviene transcribir los siguientes apartes:

"Lo restrictivo de las normas del Decreto 0012 de 1959 (junio 4) se hace ostensible en comparación con las disposiciones de la Ley 94 de 1938. Al respecto, basta señalar que el auto de detención proferido en los procesos tramitados por el decreto mencionado es inapelable (art. 5º de dicho estatuto) y el término del emplazamiento más reducido que el ordinario (art. 5º ibídem), que en ningún caso se puede conceder excarcelación (art. 6º), que al sobreseído temporalmente solo se le puede conceder la libertad cuando tal decisión se haya confirmado por el superior (art. 7º, Decreto 0012 y art. 410 del C. de P. P.), que el auto de aceptación o rechazo de la práctica de una prueba en el sumario es inapelable (art. 15), que las causales de nulidad se limitaron y lo mismo la oportunidad procesal para alegarlas (art. 22). Tales, algunas de las restricciones que conlleva la aplicación del Decreto 0012 de 1959.

"Mas lo que en concepto de este Despacho resulta más desfavorable dentro de las preceptuaciones del citado Decreto es la abolición de la etapa denominada *juicio* en sentido estricto. Y es precisamente el artículo 26 de la Carta, el que ordena cumplir tan trascendental actuación dentro del proceso, por lo cual su omisión conlleva la infracción de esta norma con el efecto consiguiente de que se produce por tal motivo una nulidad de índole supralegal".

SE CONSIDERA

El pensamiento de esta Sala sobre la materia en estudio, expuesto con mesura y amplitud en múltiples ocasiones, especialmente en fallos del presente año, es susceptible de compendiarse así:

a) El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

b) El principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa.

c) En consecuencia, si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la Ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal.

d) Los jueces tienen facultad, en un caso dado, para dejar de aplicar una ley inexequible, sin que sea necesario el previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con base en

el artículo 214 de la Carta. (Art. 215 de la C. N.).

De todo lo expuesto fluye con suma claridad la conclusión de que habiéndose perpetrado los hechos de autos en fecha anterior a aquélla en que empezó a regir el Decreto 0012 de 1959, el juicio debió tramitarse conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal (ley preexistente), porque de la confrontación entre aquel Decreto y este estatuto resulta claro que las disposiciones del último son ostensiblemente más favorables a los reos.

En tales condiciones, prospera la causal cuarta invocada, y en esa virtud, habrá de invalidarse el fallo impugnado. Igualmente, en armonía con lo dispuesto en el artículo 570, letra b), del Código de Procedimiento Penal, se ordenará devolver el negocio a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir, inclusive, del auto del veintiuno (21) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, por comprender dicho proveído un emplazamiento conforme al artículo 5º del Decreto 0012 del citado año.

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, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y acorde con él, INVALIDA el fallo materia del recurso examinado en la parte motiva de esta sentencia y ORDENA devolver el proceso al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento a partir, inclusive, del auto de fecha veintiuno (21) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959). (f. 154, cuaderno 1º).

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

LA RIÑA

como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio o lesiones personales. Conceptos de expositores de Derecho Penal sobre "el delito de riña". Interpretación de circunstancias subjetivas como atenuantes de la responsabilidad del delincuente. Modalidades de la riña imprevista. A falta de tribunal popular, corresponde al Juez en Derecho propiciar una decisión que corresponda a las circunstancias. Características y naturaleza jurídica de la riña. Causales 1ª y 2ª de casación.

1. La riña es una entidad jurídica que en el Código Penal colombiano, a diferencia de otros extranjeros y del derogado de 1890, no está instituída como infracción autónoma, lo que quiere decir que en el estatuto penal vigente hace parte como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio o lesiones personales, por mandato del artículo 384 del Código, los cuales ilícitos cuando se cometen mediante la modalidad de la riña imprevista, merecen un grado de atenuación sancionadora, en razón de que el agente actúa u obra por un motivo determinante que si no se excluye de responsabilidad, sí es susceptible de un tratamiento legal más justo que lo encuadre dentro de la ocurrencia en que el delito se cumplió y la actividad de los protagonistas en el hecho. Por ser esto así, es necesario señalar el concepto de riña para confrontar si tal concepto, como lo enseña la doctrina, se presenta en un caso dado.

2. Si como dice Odérigo la "agresión es un acometimiento, un ataque unilateral, aunque medie defensa", no es posible prescindir de patentizar esta circunstancia para derivar de ella la enseñanza adecuada en orden a ver en la riña algo más que el acometimiento de dos o más personas armadas, sino también igual fenómeno cuando en determinadas circunstancias, como las que señalan los autos, un hombre en avanzado estado de embriaguez arremete contra un intruso en la discusión o contienda de palabras y de obra, que debe terminarse porque los contendores tienen presente la autoridad, que trata aunque en forma desgraciadamente pasiva de contenerlos, pero que la intromisión de un individuo ajeno a aquella la agrava para recibir las consecuencias de un estado de cosas no provocado sino por el dominio absoluto que sobre la personalidad del homicida había hecho el alcohol.

Con un criterio objetivo visto el caso no admite modalidad favorable al delincuente pero en sus aspectos subjetivos, determinantes de la conducta del agente en el acto mismo de cumplirse los hechos, no es forzar la equidad, sino más bien atender a ella, considerar que el homicidio presenta características que a falta de un Tribunal popular que las valore con criterio humano dentro de la libre apreciación que la ley le concede a los jueces de conciencia, los que juzgan en derecho las valoren también para buscar una interpretación de las circunstancias que permita aproximarse a la verdad dentro de la relativa capacidad humana de juzgar.

Existen factores que no excluyen la colocación de la responsabilidad del reo dentro de condiciones que permitan una atenuación de su delincuencia, por el concepto de que obró en circunstancias subjetivas que dieron a su conducta modalidades de una riña imprevista surgida por la intromisión de un extraño en los hechos que determinó la agresión del agente y a la cual contestó el agredido, dando fisonomía con esta circunstancia al combate que requiere la riña.

3. En un código donde la peligrosidad del agente tiene tan marcada resonancia en orden a graduar la delincuencia, ese factor es indis-

pensable para señalar el quantum de responsabilidad que en cada caso corresponde a un procesado. Por eso, si existen dudas fundadas y razonables sobre si en la ocurrencia surgieron hechos que determinan una modalidad atenuadora, como la riña en este caso, al Juez de Derecho le es dado, por ausencia del tribunal popular, propiciar una decisión que corresponda a las circunstancias, dándoles a éstas entidad bastante para que produzcan aquellos efectos.

No es doctrina ésta susceptible de aplicación en todos los eventos. Como sucede en materia penal, los casos son tan disímiles y su suceder diferente. Basta esto para que no se tome como doctrina general una decisión que solo es factible para un caso dado por la peculiaridad que revistió su comisión.

4. Por otra parte, conviene advertir que el Código de 1936, no hace de la figura de la riña una concepción autónoma y menos la define. De aquí que sea preciso recurrir a la doctrina de los expositores para describir sus características y la naturaleza jurídica que debe dársele al concepto, el cual por tales circunstancias tiene que surgir de la doctrina.

Siendo ello así, cobran especial relieve para fijar aquellos caracteres, las definiciones que se han destacado como las que mejor comprenden y abarcan el fenómeno de la riña dentro de sus modalidades específicas. Por consiguiente, con tal pauta, a falta de alguna que señale el Código, que como queda dicho no existe, las ocurrencias de autos pueden ser comprendidas dentro de circunstancias que caracterizan una riña, en su verdadera significación jurídico-doctrinal, sin que el hecho de apartarse ésta un poco de la concepción corriente o vulgar de que se precisan armas idóneas o semejantes en los contendores, impida aceptar que tal modalidad no es elemento que modifique la naturaleza jurídica de la riña, la cual apenas exige el combate o conato del mismo, la disposición de los contendores, el número de estos, que tienen que ser de dos o más y las circunstancias todas que rodean el evento para precisar sus contornos, de tal manera que la predisposición de los protagonistas manifieste el ánimo de actuar, determinado por la controversia verbal a la que siguen vías de hecho, características de la riña.

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

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Con fecha 14 de julio de 1960, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió sentencia contra Abdonías Guayara Rojas, a quien condenó a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Carrillo, al mismo tiempo que sobreseyó temporalmente en favor del propio Guayara Rojas por el cargo de lesiones personales inferidas a su hermano Lorenzo Guayara Rojas, proceso que se siguió de conformidad con las prescripciones del Decreto legislativo número 0012 de 1959, ya que el delito se cumplió con posterioridad a la vigencia del mismo.

El procesado Guayara en el momento de ser notificado de la sentencia condenatoria, interpuso el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y admitido por la Corte.

Dentro de los términos legales el procesado, por medio de apoderado especial que nombró para sustentar la casación, presentó la demanda respectiva, en la cual se cumplen todos los requisitos técnicos de esta clase de recursos, por lo que satisfechas las exigencias de índole procedimental, procede la Corte a decidirlo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Los distintos funcionarios que en el negocio han intervenido, hacen un recuento sucinto algunas veces, discriminado otras, de las circunstancias en que ellos ocurrieron. Como este recuento es de vital importancia para las conclusiones que haya de adoptarse en la decisión del recurso, la Corte hará un pormenorizado examen de las ocurrencias todas del suceso, a fin de describir la forma como éstas se cumplieron y la participación que tomaron los distintos protagonistas del hecho.

Con ocasión de las festividades de San Juan Bautista, que con tanto entusiasmo como regocijo se celebran populosamente en las poblaciones del Tolima y en las horas de la tarde, a eso más o menos de las cinco y media del 24 de junio de 1959, el procesado de autos, Abdonías Guayara Rojas, en avanzado estado de embriaguez, llegó hasta la tienda o cantina que sobre la vía pública tiene el señor Leovino Oviedo Palma en el sitio de "Varsovia", fracción de la "Primavera", jurisdicción del Municipio de San Luis, con el fin de proveerse de bebidas embriagantes.

El señor Oviedo se negó con cualquier pretexto y en atención al estado de embriaguez de Guayara, a venderle más licor, lo que dio ocasión a que el ebrio, con la necedad propia de ese estado y, molesto con la negativa, comenzara a hacer manifestaciones de que portaba un revólver, el que efectivamente y por curiosidad, como lo indica el mismo testigo Oviedo, al tocarlo por encima del pantalón, pudo darse cuenta de que efectivamente sí portaba aquella arma.

En vista de esto, el dueño de la cantina hizo todo lo posible por apaciguar al ebrio y llevarlo a su casa, para lo cual hizo llamar a su esposa, residente en las vecindades, sin que nadie pudiera conseguir, dada la intoxicación alcohólica que padecía Guayara.

Así las cosas, la situación tomó mayor gravedad cuando se presentó a la tienda o cantina el carabinero de la Policía Nacional, señor José Medina, quien intentó desarmar al ebrio, sin que pudiera hacerlo, porque éste se trepó sobre unas vigas que formaban algo así como un zarzo en la pieza vecina a la cantina de Oviedo. Allí el ebrio consiguió dormirse, circunstancia que fue aprovechada por el menor Carlos Lozano, quien por indicaciones del carabinero Medina, consiguió desarmar al borracho, dándole con un palo en la mano en que portaba el revólver, el cual fue entregado a la autoridad allí presente, ya engrosada por otros carabineros, de nombres José Ignacio Acosta Urrego y José Isidro Porras Quintero.

Tan pronto como Guayara se dio cuenta de lo sucedido con el arma, descendió del sitio, donde se encontraba a solicitar que le fuera entregada, con la impertinencia característica de los borrachos. Esto no le fue concedido y, por el contrario le fue quitado el instrumento de trabajo que llevaba encima, pues según constancias procesales, el día lo había pasado en las labores propias de su condición de campesino, siendo apenas cuando dejó éstas, que al decir del mismo, tomó varios vasos de chicha que le produjeron la embriaguez de que tantas veces se ha hablado.

Se formó así una trifulca por la concurrencia de varias personas curiosas que llegaron al lugar de los hechos como espectadoras de los mismos, muchas de las cuales manifestaron su deseo de intervenir para llevarse al ebrio a su casa, lo cual se habría logrado seguramente si en esos momentos no se presenta Lorenzo Guayara, hermano de Abdonías, quien también había ingerido licor y creyendo que su hermano corría peligro, intervino en su favor, como es fácil de suponer en tales circunstancias.

Una vez percatado de los sucesos Lorenzo, dándose cuenta de lo que ocurría, intentó llevarse al ebrio a su casa, situada en los alrededores, con tan mala fortuna que mientras todas estas cosas se desarrollaban y los representantes de la autoridad tomaban distintas actitudes, como que uno de ellos, José Isidro Porras Quintero, hizo según dice él mismo, un disparo al aire para amedrentar a los circunstantes y a los hermanos Guayara, parece ser que en medio de la trifulca formada de tal manera, a Lorenzo se le cayera un machete o peinilla que portaba entre los pantalones, según afirma, el cual inmediatamente recogió del suelo Abdonías en actitud de hacer frente a los que en medio de su embriaguez consideraba sus enemigos. Fue en ese momento cuando en forma inoportuna y entrometida, intervino Carrillo, quien portaba en su mano un bastón, al parecer lo que se denomina vulgarmente "perrero", a juzgar por su profesión de vaquero, que todos le reconocen. La intervención de Carrillo dentro de tales circunstancias motivó la reacción de Guayara con el arma que portaba y que había intentado quitarle su propio hermano Lorenzo, consiguiendo apenas que en el forcejeo se cortara la palma de la mano y parte del antebrazo. Abdonías se avalanzó contra Carrillo y en breve lucha entre los dos, porque éste le hacía frente con el bordón que portaba, consiguió alcanzarlo en el estómago con un golpe, con tan mala fortuna que dio al traste con su vida a los pocos minutos.

La Corte aclara que esta relación ha tenido que extraerla de las distintas piezas del proceso, no solamente de los testigos presenciales, especialmente de los carabineros y José Joaquín Conde, compañero del occiso y quien se trasladaba con éste a visitar unas amigas, testimonio al que se ha dado excesiva importancia en el proceso y también de los careos practicados entre el testigo Conde y Lorenzo Guayara, como de las diligencias de reconstrucción de los hechos y las propias indagatorias y ampliaciones de las mismas que le fueron recibidas, tanto a Abdonías el homicida, como a Lorenzo, al cual en un principio se le adujo el cargo, que no prosperó, de complicidad en los hechos.

Y se ha tenido que echar mano de todos estos elementos de juicio, porque como se verá después en la discriminación que se haga para formar criterio sobre la realidad jurídica de la responsabilidad penal que corresponde al homicida, es indispensable un escrutinio muy minucioso sobre las distintas contingencias que propiciaron u originaron el homicidio, que no fue un hecho aislado y sin antecedentes, sino la resultante de

varios factores que se conjugaron para que en condiciones extrañas y ante la misma autoridad representada en los carabineros de la Policía Nacional, se llevara a cabo un delito, que de haber sido distinta la actitud de esa misma autoridad, éste según todas las probabilidades humanas, tal vez no se hubiera cumplido.

El proceso correspondió al señor Juez 34 de Instrucción Criminal, funcionario que por virtud de la Resolución número 1264 de fecha dos de julio de 1959, fue comisionado por la Seccional de Instrucción Criminal y Vigilancia Judicial del Tolima para adelantar la investigación y dictar el fallo correspondiente. En cumplimiento de sus atribuciones, aquel funcionario dictó la sentencia en primera instancia, condenatoria contra Abdonías Guayara Rojas, a quien impuso la pena de ocho años y dos meses de presidio y las incorporales anexas y pago, en abstracto, de los daños y perjuicios morales y materiales causados por el delito. En la misma providencia absolvió a Lorenzo Guayara Rojas del cargo que le fue formulado por lo que se consideró al principio complicidad en los hechos.

Esta sentencia subió en consulta al Tribunal Superior de Ibagué, Corporación que con fecha 14 de julio de 1960 la confirmó en lo que respecta a Abdonías, con la reforma de sancionar a éste solamente con la pena de ocho años de presidio, al mismo tiempo que sobreseía temporalmente en su favor por el cargo de lesiones personales a su hermano Lorenzo que le resultaron del forcejeo por la retención de la peinilla de que antes se hizo mención, hecho sobre el cual ni siquiera se produjo en el proceso el establecimiento del cuerpo del delito, pues el lesionado no fue reconocido por los médicos legistas, circunstancia esta que dio ocasión o fue el motivo del sobreseimiento temporal.

DEMANDA:

El señor apoderado del recurrente invoca las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y la cuarta en subsidio de las anteriores. Resume así el libelo las causales en él sustentadas:

"*Demanda de casación.*— Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 14 de julio de 1960, de que vengo hablando y por medio de la cual condena a Abdonías Guayara Rojas a ocho años de presidio, a las accesorias legales y al pago de los perjuicios y sobresee temporalmente en favor del mismo por las lesiones causadas a Lorenzo Guayara Rojas, con base en las causales segunda, primera y, en subsidio, cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, así:

"*Causal Segunda.*— Por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se le atribuyó un valor probatorio que no tienen, o se les negó el que sí tienen, y no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siendo elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad y de las sanciones.

"Dicho de otro modo, el Tribunal le dio pleno crédito a los testimonios que señalan a Abdonías Guayara Rojas como autor de un homicidio voluntario, sin tener en cuenta que de autos aparece probada una legítima defensa, al menos subjetiva, o un exceso en la legítima defensa, o, por lo menos, un homicidio en riña suscitada de modo imprevisto.

"*Causal primera.*— La sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación del artículo 362 del Código Penal, en vez de haber aplicado el artículo 25, ordinal 2º, o el 27 o el 384 del mismo Código.

"*Causal cuarta.*— En subsidio de las anteriores, alego la nulidad del proceso, desde la sentencia por incompetencia de jurisdicción, porque después de dictada la sentencia no puede proseguirse la actuación (ord. 1º del art. 198 del C. de P. P.).

RESPUESTA DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un detenido análisis de las causales que le sirven al recurrente para impugnar el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, análisis que lo lleva, discriminando una a una aquellas causales, a no encontrar en ellas fundamento alguno para invalidar la sentencia recurrida.

ESTUDIO DEL RECURSO:

Causales segunda y primera:

Errada interpretación y apreciación de los hechos.

Como queda ya indicado, el libelo de demanda impugna la sentencia con fundamento en las causales 2ª y 1ª. La Corte respetará el orden adoptado por el recurrente, y en forma conjunta estudiará esos motivos de impugnación

contra el fallo de segundo grado, toda vez que la manera de argumentar concretada en la demanda, indica que la causal primera no es sino consecuencia de lo que pretende conseguir con fundamento en la causal segunda.

Dice la demanda para sostener esta causal:

"El Tribunal cita los testimonios de Joaquín Conde, Carlos Lozano y los tres carabineros José Medina, Pedro Ignacio Acosta y José Isidro Porras, más el de Leovino Oviedo, presencial apenas de la iniciación de los acontecimientos, para hacer este análisis de los hechos:

'Respecto del factor subjetivo o relacionado con la responsabilidad de la infracción, también se encuentra suficientemente comprobado, con los informes y declaraciones presentados por los tres carabineros que intervinieron en la requisa de Abdonías Guayara, con la del menor que intervino también en tal sentido Carlos Lozano y las de Joaquín Conde y Leovino Oviedo; todos los cuales presenciaron, con excepción del último, la forma como Abdonías Guayara después de rapar el arma de su hermano Lorenzo, la aplicó contra Enrique Carrillo, en los momentos en que éste le insinuaba respeto con la autoridad'.

"No tiene en cuenta para nada la requisa del acusado, que estaba dormido cuando se le quitó su revólver, ni el forcejeo y conducción a la fuerza del mismo, ni los culatazos, ni el estar armados los carabineros como es obvio que lo estaban y así aparece acreditado, ni el estar apuntándole con sus armas, ni el haber disparado frustráneamente contra él, como lo expone uno de ellos, ni el haber sufrido golpes directos de la víctima. Las declaraciones de los agentes de policía, a pesar de su interés en favorecerse, dejan ver cuál fue la situación real que confrontó el sindicado en el desarrollo de los hechos".

Hace después la demanda una incursión sobre la prueba de cargos que sirvió al Tribunal para su decisión condenatoria, especialmente en lo tocante con las exposiciones de Leovino Oviedo Palma, Lorenzo Guayara Rojas, tanto en lo que dijo en sus personales declaraciones, como en el careo con José Joaquín Conde; las contenidas en los testimonios de éste último sujeto, las referentes a los carabineros Medina, Porras y Acosta, como en las afirmaciones del menor Carlos Lozano. De este estudio probatorio saca la demanda algunas conclusiones que se patentizan mejor en los siguientes párrafos:

"Aquí resulta que sí hubo lucha entre Abdonías Guayara y Enrique Carrillo, que vino a intervenir en favor de la policía, es más, Abdonías resulta herido en la cabeza con el garrotazo de Carrillo, pues así lo testifica el funcionario de instrucción, y ello constituye plena prueba. Ello, después de la actitud de lucha entre la policía y el acusado Guayara Rojas, y de los ataques de que hicieron víctimas tanto a la señora tía de los Guayaras como a su hermano Lorenzo.

"Y si se alega que estas son exposiciones de parte interesada, ¿qué razón hay para darles mayor crédito que a los carabineros de la policía, que tienen el supremo interés de presentar las cosas a su acomodo, o sea, favorablemente a sus intereses, a la actitud correcta que han debido adoptar?".

Y agrega:

"Así las cosas, los hechos no ocurrieron como los admite el Tribunal, en forma parcializada erróneamente. Es raro que un homicidio se cometa sin motivo visible, salvo el caso de obrar en estado de inconsciencia. De todas las exposiciones se deduce de modo patente: que Guayara Rojas se encontraba en avanzado estado de embriaguez; que fue desarmado de su cuchillo y de su revólver; que estando desarmado se le quiso llevar por la fuerza y contra su voluntad; que en esas intervino su hermano Lorenzo y se formó una lucha, en la cual tomaron parte los dos hermanos y por lo menos el carabinero Pedro Ignacio Acosta; y que al intervenir Enrique Carrillo con su palo y golpear por la cabeza a Abdonías Guayara Rojas, éste se defendió con su cuchillo".

Finaliza así el recurrente, en cuanto a la causal segunda de casación:

"Teniendo en cuenta el interés de los dos grupos de declarantes, queda en limpio la escena tal como se deja expresada en forma tan simple y descarnada en el aparte anterior. No debe olvidarse el estado de embriaguez 'llorona' del acusado, que antes que agresivo se mostraba deprimido, pidiendo que lo mataran; que tan embriagado estaba, que el revólver se le cayó con un golpe en el brazo al quedarse dormido, pues tal lo declaran quienes estuvieron más cerca en los primeros momentos; y que la reacción del acusado no se verificó sino en medio de carabinas apuntadas hacia los Guayaras, y que no pereció sino porque el arma del carabinero José Medina se le trabó y el disparo no salió.

"Habiendo sido apreciadas erróneamente las pruebas del expediente, unas por darle un valor probatorio que no tienen y otras por no haberles atribuído el que sí tienen, como lo dice

el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es el caso de invalidar la sentencia acusada de que he venido hablando, para en su lugar absolver al acusado, como respetuosamente lo pido a la Corte Suprema de Justicia y de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal".

En cuanto a la causal primera, ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, plantea el recurrente que ella tiene como fundamento el hecho de haber aplicado el Tribunal el artículo 362 del Código Penal, que trata del homicidio simplemente voluntario e intencional, que no era el adecuado para el caso, porque lo procedente es considerar que el hecho ocurrió en legítima defensa, o, en subsidio, un exceso de legítima defensa, o, en subsidio, y en últimas, en una riña imprevista. Hace una serie de consideraciones para demostrar estos asertos, los cuales irá teniendo en cuenta la Sala a medida que ello sea procedente para los fines del recurso.

SE CONSIDERA:

La circunstancia de no intervenir el Jurado en los juicios penales que se siguen con el procedimiento excepcional del Decreto legislativo 0012 de 4 de junio de 1959, hace procedente en este caso un examen exhaustivo de la prueba que comporta el proceso, como lo tiene ya admitido esta Sala en reiterada jurisprudencia.

Dentro de este orden de ideas, menester es señalar analíticamente esa prueba para ver el contenido positivo de ella, así como sus vacíos y ambigüedades, a fin de colmar estos llenándolos con una reconstrucción ideal de los sucesos que permita descubrir cómo ocurrieron y señalar el grado de responsabilidad penal que corresponde al homicida, pues solo así puede hacerse cumplida justicia en este complejo negocio.

Leovino Oviedo Palma (fs. 3 y vto. y 4), frente a cuya casa-cantina se comenzaron a desarrollar los hechos que culminaron con el homicidio, hace una pormenorizada relación del primer episodio, o sea el de la llegada de Guayara a su tienda en busca de bebida, y señala que lo hizo en estado de avanzada embriaguez y muy necio, agregando que ni siquiera su propia esposa podía contenerlo. Sigue diciendo cómo fue la actitud de los carabineros para quitarle el revólver y la reacción de Guayara por este hecho. Nada dice sobre la manera en que se cumplió el delito, pues esto sucedió a alguna distancia de su casa. Esta declaración tiene importancia porque merced a ella se pone de manifiesto el grado de intoxicación alcohólica de Abdonías, factor determinante de los acontecimientos.

Pero la declaración que aparte de las de los carabineros Medina, Acosta y Porras se le ha dado mayor importancia en el proceso, es la de José Joaquín Conde (fs. 9 y ss.). Es evidente que este testigo presenció el desarrollo de los hechos en todas sus distintas etapas y está bien que se le tenga como uno de los soportes probatorios de mayor fuerza en orden a establecer que Abdonías fue el autor del homicidio en la persona de Carrillo. Lo que ofrece alguna duda es en lo tocante con otras modalidades de los hechos que no están suficientemente clarificadas en ese testimonio y que es necesario destacar para darle el verdadero significado que tiene, ya que la demanda hace especial hincapié en que a la prueba de cargo se le dio un valor de que legalmente carece.

En efecto, el testimonio de Conde adolece de una anomalía que no encuentra explicación adecuada a menos que se considere que por ser compañero de Carrillo, el día de los sucesos, podría tener algún interés en falsear la verdad. Por ejemplo, al describir el episodio en que fue herido mortalmente Luis Enrique Carrillo, afirma enfáticamente que Lorenzo Guayara, hermano de Abdonías, quien llegó al lugar de los sucesos cuando éste último discutía con los carabineros, "sacó la peinilla que llevaba por dentro de los pantalones y se la pasó a Abdonías", el cual en seguida se abalanzó, tirándole con dicha arma.

No se compagina este relato en los términos anteriores con la circunstancia muy importante de que Lorenzo presentó lesiones en el antebrazo y en la mano derecha, que le fueron causadas, como insistentemente lo afirma en su indagatoria el propio Lorenzo, en el forcejeo ocurrido cuando Abdonías le arrebató por la fuerza el arma a su hermano para herir con ella mortalmente a Carrillo. Si no existe reconocimiento médico y esta fue la razón del sobreseimiento temporal decretado por el Tribunal en la misma sentencia condenatoria contra Abdonías, debe tenerse como comprobante de ese hecho lo que afirma la diligencia indagatoria de Lorenzo (fs. 7 vto.). Este asevera, en efecto, que su hermano Abdonías le quitó la peinilla y muestra ante los funcionarios las heridas en el antebrazo y en la mano derecha, lo que dio lugar a que en aquella diligencia se dejara constancia de que "el indagado presenta una cortada bastante larga que va del antebrazo a la parte interior de la mano derecha ya apuntada con varios puntos y que revela su reciente acaecimiento".

Si esto es así, como todo indica que lo fue, la declaración de Conde es susceptible de tacha por afirmar algo que no aconteció exactamente como lo relata. Por lo menos surge una duda fundada sobre la afirmación del testigo, que por cierto ratifica incomprensiblemente el carabinero José Medina en el informe que sobre los hechos rindió al señor Alcalde del Municipio de San Luis (Tolima), fs. 11.

Conviene advertir que el menor Carlos Lozano (fs. 23 y vto.), testigo presencial de los hechos, que relata minuciosamente y quien describe cómo quitó el revólver a Guayara, cuando se subió a la enramada o zarzo de la casa de Oviedo para dormir la borrachera, por petición que en aquel sentido le hicieran los carabineros, corrobora lo afirmado por Lorenzo de lo que se dejó constancia en la indagatoria de éste al relatar la forma como culminaron los sucesos. Afirma:

"Lo que yo presencié, cuando llegó Lorenzo a donde estaba su hermano Abdonías Guayara fue que éste se le botó y le quitó la peinilla a Lorenzo y no que éste se la pasara, pues si fuera (sic) que se la pasara no habrían luchado por dicha peinilla, ni Abdonías habría herido a su hermano".

Conde, en la diligencia de la reconstrucción de los hechos (fs. 27, 28 y vto. y 29), hace una afirmación que no puede pasarse desapercibida para fijar todo el desarrollo de los hechos y los motivos determinantes. Dice así:

"Yo llegué a este lugar en compañía de Enrique Carrillo, con quien veníamos en diligencia, montábamos cada uno nuestra cabalgadura, precisamente cuando llegamos aquí frente a la casa de Leovino Oviedo y en el lugar donde cayó fulminado Enrique, nos desmontamos y Enrique se dirigió a un grupo formado por unos agentes de policía cuyo número no recuerdo, y los dos sujetos Abdonías Guayara y Lorenzo Guayara, Abdonías estaba insolente con la policía y ésta trataba de contenerlo cuando Enrique para proteger a la policía se dirigió a dicho grupo y le indiqué que no se metiera en eso, pero él insistió y al llegar allí vi cuando Lorenzo Guayara le pasó a su hermano Abdonías Guayara la peinilla que ya tuve de presente, peinilla ésta con la cual Abdonías comenzó a revolarle en ataque persistente a Enrique Carrillo y éste trataba de defenderse con una varita delgada, hasta que al fin Lorenzo logró ensartarle la peinilla en el estómago hacia el lado derecho. Enrique al verse herido se dirigió a donde yo estaba teniendo las bestias y al llegar al sitio donde yo estaba, me dijo: 'ay, Joaquín, me mataron'; de allí lo sacamos para la casa de Leovino, donde a otro instante falleció".

Ya en la diligencia de careo entre Lorenzo y el declarante José Joaquín Conde (fs. 32 a 33 vto.), aclara el primero al segundo en forma rotunda sobre la circunstancia de cómo llegó a manos de Abdonías la peinilla: "yo no le pasé la peinilla a mi hermano Abdonías y solamente llegué a donde estaba mi hermano con la policía y como mi hermano estaba diciendo que lo mataran, le cogí para llevarlo a la casa, en esos instantes se me cayó la peinilla que efectivamente llevaba por dentro del pantalón para evitar que me la quitara la policía, y mi hermano me la quitó en el momento en que yo la recogí del suelo a donde se me había caído".

Por su parte, el carabinero Medina no insiste en lo aseverado en su informe de folios 11 a que ya antes se hizo referencia, al rendir la declaración de folios 37 y 38, en la cual hace un relato detallado de los acontecimientos. Al ser preguntado el testigo sobre la manera como Abdonías obtuvo la peinilla con que hirió a Carrillo, afirma: "A esto no puedo decir nada, si fue que se la pasara o se la rapara, pues había bastante gente". Es notoria la restricción mental que tal afirmación acusa.

A este respecto el carabinero Ignacio Acosta Urrego (fs. 42), es enfático en afirmar, al ser preguntado, para que "diga en forma clara y precisa si Lorenzo Guayara le entregó voluntariamente el machete a Abdonías o si por el contrario éste último se lo quitó contra su voluntad". Contestó: "No señor, no fue que Lorenzo se lo pasara, sino que Abdonías se lo quitó".

En nuevo testimonio de folios 44 y 45, Lorenzo Guayara ratifica sus declaraciones sobre el arma y explica cómo llegó a manos de su hermano, sin que se la entregara voluntariamente.

Todo esto es de gran interés para valorar los testimonios de cargo, tanto de José Joaquín Conde, como los de los carabineros, cuyas discrepancias en puntos básicos hacen resaltar la circunstancia de que no dijeran toda la verdad y permiten llegar por vía de inferencia a llenar ese vacío, colmándolo con una equilibrada interpretación de los hechos que permita estructurar una riña o pelea entre Abdonías y Carrillo, para lo cual la actitud entrometida de éste cuando nadie lo llamaba a intervenir en favor de la policía, que bien armada estaba dispuesta a hacer respetar su autoridad y a pesar de las amonestaciones repetidas de su compañero Conde para que no interviniera en sucesos

que en nada le incumbían, resultó ser la causa determinante del delito.

La riña es una entidad jurídica que en el Código Penal colombiano, a diferencia de otros extranjeros y del derogado de 1890, no está estatuída como infracción autónoma, lo que quiere decir que en el estatuto penal vigente hace parte como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio o lesiones personales, por mandato del artículo 384 del Código, los cuales ilícitos cuando se cometen mediando la modalidad de la riña imprevista, merecen un grado de atenuación sancionadora, en razón de que el agente actúa u obra por un motivo determinante que si no es excluyente de responsabilidad, sí es susceptible de un tratamiento legal más justo que lo encuadre dentro de la ocurrencia en que el delito se cumplió y la actividad de los protagonistas en el hecho.

Por ser esto así, es necesario señalar el concepto de riña para confrontar si tal concepto, como lo enseña la doctrina, se presenta en un caso dado.

Sirviéndose la Sala del admirable estudio sobre la materia del profesor de la Universidad de Sao Paulo, Flavio Queiroz de Moraes, titulado "El delito de Riña", citará algunas definiciones de aquel fenómeno para verificar de conformidad con ellas si se ajusta a los acontecimientos que el proceso relata y a las circunstancias en que obró el sindicado, y así concluír que por este aspecto tiene razón el recurrente al plantear como modalidad del hecho atribuído a Guayara la existencia de una riña que surgió de modo imprevisto, como fue imprevista y hasta extraña y entrometida la actitud del occiso, que sin tener por qué intervenir en un suceso que controlaba plenamente la autoridad, precipitó el hecho sangriento, puesto que determinó la beligerancia del procesado exacerbando su ánimo, ya grandemente excitado por el licor ingerido y por los distintos episodios antecedentes que se habían presentado entre la autoridad, el ebrio y las muchas personas que en él intervinieron, que culminaron con la muerte violenta de Carrillo cuando éste infortunadamente tomó parte en el conflicto. Dentro del orden normal de los sucesos humanos fácil es suponer que nada hubiera ocurrido si Carrillo no tercia en el conflicto surgido para la reducción del ebrio, ya casi conseguida cuando medió el occiso y se produjo el homicidio.

"Se señala como clásica —dice el autor citado— la definición que da Nicolini de riña:

"Un cierto arrebatamiento recíproco y precipitación en las palabras, en la mutua controversia y en los hechos, a cuyo calor el hombre se ve impulsado al extremo por la continuidad de un movimiento agitado, casi sin darse cuenta de ello". Y agrega el mismo Nicolini, según la cita en referencia, este importante concepto: La riña "es el conflicto que resulta de una discusión, y en el cual los contendores llegan a las vías de hecho".

"Pessina presenta la riña como el acaloramiento de los ánimos entre dos o más personas, la mutua irritación de unas con otras, y algunas veces, el tránsito de las injurias a los actos materiales, por una serie de provocaciones recíprocas".

Para el mismo autor, "la irritación lleva muchas veces a los individuos de las injurias a los actos". Y agrega: "Mientras haya solamente intercambio de palabras, inclusive groseras, atrevidas o injuriosas, no se configura el delito de riña. La noción de ésta siempre estuvo ligada a los actos materiales, como vías de hecho o cualquier tentativa de agresión. Así, solo en la segunda parte de la definición podría vislumbrarse una riña; en la primera nunca".

Como en los conceptos anotados se coincide en dar como nota característica de la riña las "vías de hecho", bueno es transcribir la definición de Von Liszt, en el sentido de que riña "es la disputa entre dos o más personas que redunda en vías de hecho".

Igual criterio sustenta Nelson Hungría, para quien la riña "es una pelea entre dos o más personas acompañada de vías de hecho o de violencias recíprocas". Como se ve, solo agrega este último factor a la definición del penalista alemán.

Prescindiendo del número de participantes en la riña, aspecto este sobre el que existe discrepancia manifiesta entre los penalistas, pues unos fijan que deben ser tres o más los contrincantes y otros aceptan que puede darse entre solo dos personas trabadas en combate o pelea singular, pues no es el momento de ensayar un estudio sobre este problema, ya que el caso subjudice no lo exige, sí merece especial mención en este orden de ideas, y para señalar finalmente la elaboración del concepto de la riña más aceptado por los penalistas, esta opinión de Ondei, que el profesor Queiroz de Moraes califica de "magnífico estudio", según el cual aquél, después de examinar diversos problemas suscitados sobre la riña "señala el hecho de que para que ésta llegue a verificarse no son

necesarios grupos hostiles, pues, que son suficientes los actos de violencia recíproca entre las dos partes contendientes, aún en el caso de que una de ellas estuviese constituída por una sola persona".

Y una nota sobre este mismo criterio y del mismo penalista Ondei, se lee: "Por el contrario, lo que es menester para que haya riña, no es la existencia de dos grupos colectivos enemigos, sino la existencia de actos de violencia recíproca entre dos bandos combatientes, aún cuando uno de estos se componga de solo una persona. (Obra citada, página 55).

"Para que haya riña es preciso que los adversarios no se limiten a la simple discusión; debe haber por lo menos un encuentro en que los participantes se ataquen, se agarren, hagan uso de cualquier arma, o traten de hacerlo, obrando unos contra otros, en tal forma que pongan en peligro su integridad corporal o su salud". (Queiroz de Moraes. Obra en cita, página 62).

Las citas anteriores se han traído con el propósito de señalar una orientación al problema que permita encajarlo dentro de las ocurrencias en que se cumplió el delito de autos, que ofrece características singulares, por lo cual no puede al juzgarse equipararlo tampoco a un hecho en el cual no puedan tomarse en cuenta aspectos que importan mucho para acertar en el encuadramiento jurídico de la verdadera responsabilidad del autor.

En efecto, si a este se le juzga con el criterio estrictamente objetivo, como lo han entendido los funcionarios que han intervenido en el proceso, su conducta no ofrece modalidad atenuante alguna, porque el delito lo consumó sin mediar circunstancias que permitan ubicar la acción como determinada por alguna forma de agresión que cumplida por el occiso con su intervención inoportuna y entrometida, elevó al más alto nivel la reacción del ebrio, quien bajo los estímulos violentos del alcohol, por la ingestión del peligroso brebaje de la chicha, lo condujo a agredir al infortunado Carrillo, en momentos en que este actuaba sin que nadie lo llamara, de manera evidentemente inoportuna y desaconsejable, como lo reconoce en forma paladina el mismo señor Agente del Ministerio Público.

Si como dice Odérigo la "agresión es un acometimiento, un ataque unilateral, aunque medie defensa", no es posible prescindir de patentizar esta circunstancia para derivar de ella la enseñanza adecuada en orden a ver en la riña algo más que el acometimiento de dos o más personas armadas, sino también igual fenómeno cuando en determinadas circunstancias, como las que señalan los autos, un hombre en avanzado estado de embriaguez —hecho comprobado plenamente— arremete contra un intruso en la discusión o contienda de palabras y de obra, que debe terminarse porque los contendores tienen presente la autoridad, que trata aunque en forma desgraciadamente pasiva de contenerlos, pero que la intromisión de un individuo ajena a aquella la agrava para recibir las consecuencias de un estado de cosas no provocado sino por el dominio absoluto que sobre la personalidad del homicida había hecho el alcohol.

Con un criterio objetivo, el caso se reduce a la más mínima expresión, pues no admite modalidad favorable al delincuente; pero visto en sus aspectos subjetivos, determinantes de la conducta del agente en el acto mismo de cumplirse los hechos, no es forzar la equidad, sino más bien atender a ella, considerar que el homicidio presenta características que a falta de un Tribunal popular que las valore con criterio humano dentro de la libre apreciación que la ley le concede a los jueces de conciencia, los que juzgan en derecho las valoren también para buscar una interpretación de las circunstancias que permita aproximarse a la verdad dentro de la relativa capacidad humana de juzgar.

Por estas consideraciones desde el principio se pusieron de presente las inconsecuencias probatorias del proceso, para hacer resaltar que los testimonios de cargo adolecen de graves deficiencias y deben ser creídos solo en cuanto sirven al señalamiento del autor del hecho, pero con muchas reservas en cuanto a las modalidades y circunstancias del delito.

Esas reservas conducen a la necesidad de aceptar que existen factores en este proceso, peculiar en sus distintos desarrollos, que no excluyen la colocación de la responsabilidad del reo dentro de condiciones que permitan una atenuación de su delincuencia, por el concepto de que obró en circunstancias subjetivas que dieron a su conducta modalidades de una riña imprevista surgida por la intromisión de un extraño en los hechos que determinó la agresión del agente y a la cual contestó el agredido, esquivando los golpes con el palo o vara que portaba, dando fisonomía con esta circunstancia al combate que requiere la riña.

Las lagunas de la prueba se llenan interpretando los sucesos de manera que conduzcan a un mejor entendimiento de las condiciones en

que el homicidio se cumplió. Probado que los testigos dejaron de narrar hechos fundamentales y dieron a otros interpretación acomodaticia, es menester sómeter sus dichos al análisis que se ha hecho a fin de valorar la ocurrencia con criterio equitativo y justo.

Para así hacerlo, las anteriores apreciaciones son conducentes, sin perder de vista que el procesado no conocía a Carrillo ni mediaba enemistad alguna entre ellos; que fue su intromisión lo que exaltó el ánimo de Guayara y que la conducta de éste, como lo establece una prueba testimonial abundante, constituída por las declaraciones de un número plural de testimonios, entre los cuales pueden citarse los de Arturo Suárez (fs. 36), Luis Granja Tafur (fs. 36 vto.) y Felipe Carrillo (fs. 41 vto.), como los principales, fue buena, pues todos estos testigos afirman que es persona trabajadora, cumplidora de sus deberes y pacífica, no inclinada con frecuencia a la bebida, elemento que tanto influyó en el acto que se le incrimina y que fue la causa determinante de su conducta homicida. Pero como esto no exime de responsabilidad y apenas es circunstancia de menor peligrosidad cuando se obra en las condiciones de autos, no por ello puede prescindirse de tenerle en cuenta cuando predispone a ejecutar un acto en que factores de índole subjetiva permiten darle la fisonomía propia de un altercado, en el cual los elementos de la riña, tal como los señalan los autores que se han citado antes, no son extraños y más bien por el contrario, procedentes.

Que la embriaguez padecida por Guayara en el momento de los hechos tuvo especial resonancia síquica, lo establece de manera concreta el dictamen de los médicos legistas de folios 98 y 99, ordenado en el término probatorio de la segunda instancia por el Tribunal Superior de Ibagué, a petición de la defensa (fs. 92). Tal prueba se concretaba a que "se le practiquen los diferentes exámenes psico-patológicos al procesado y luego se diga si en el momento de ejecutar el hecho se encontraba en estado de grave intoxicación alcohólica y si además padeció de una grave anomalía psíquica".

Las conclusiones de ese examen son del siguiente tenor:

"No hallamos en Abdonías Guayara signos ni síntomas de que haya sufrido ni sufra en la actualidad de grave anomalía psíquica ni enajenación mental ni intoxicación crónica de carácter endógeno ni exógeno.

b) "En cuanto hallarse en el momento del ilícito que se le investiga, en estado de enajenación mental transitoria, manifestamos que ello es afirmable en el sentido de que la embriaguez aguada es un estado de enajenación mental transitorio, pero no es constitucional en sí, ni producto de factores ajenos a la intención del embriagado, por lo cual en Medicina Legal, la embriaguez no se asume como enajenación mental".

Lo anterior se destaca para abundar en consideraciones sobre el examen de todos los hechos y circunstancias que confluyeron en el delito, no porque tenga repercusiones en la decisión del recurso, ya que la demanda guardó silencio sobre este aspecto, que a la Corte no le es dado modificar.

En un código donde la peligrosidad del agente tiene tan marcada resonancia en orden a graduar la delincuencia, ese factor es indispensable para señalar el quantum de responsabilidad que en cada caso corresponde a un procesado. Por eso, si existen dudas fundadas y razonables sobre si en la ocurrencia surgieron hechos que determinan una modalidad atenuadora, como la riña en este caso, al Juez de Derecho le es dado, por ausencia del tribunal popular, propiciar una decisión que corresponda a las circunstancias, dándoles a éstas entidad bastante para que produzcan aquellos efectos.

No es doctrina ésta susceptible de aplicación en todos los eventos. Como sucede en materia penal, los casos todos son disímiles y su suceder diferente. Basta esto para que no se tome como doctrina general una decisión que solo es factible para un caso dado por la peculiaridad que revistió su comisión.

Por otra parte, y para evitar ambigüedades en esta decisión, conviene advertir que el Código de 1936 no hace de la figura de la riña una concepción autónoma y menos la define. De aquí que sea preciso recurrir a la doctrina de los expositores para describir sus caracteres y la naturaleza jurídica que debe dársele al concepto, el cual por tales circunstancias tiene que surgir de la doctrina.

Siendo ello así, cobran especial relieve para fijar aquellos caracteres, las definiciones que se han destacado como las que mejor comprenden y abarcan el fenómeno de la riña dentro de sus modalidades específicas. Por consiguiente, con tal pauta, a falta de alguna que señale el Código, que como queda dicho no existe, las ocurrencias de autos pueden ser comprendidas dentro de circunstancias que caracterizan una riña, en su verdadera significación jurídico-doctrinal, sin que el hecho de apartarse ésta un poco de la concepción corriente o vulgar de que se precisan armas idóneas o semejantes en los

contendores, impida aceptar que tal modalidad no es elemento que modifique la naturaleza jurídica de la riña, la cual apenas exige el combate o conato del mismo, la disposición de los contendores, el número de éstos, que tiene que ser de dos o más y las circunstancias todas que rodean el evento para precisar sus contornos, de tal manera que la predisposición de los protagonistas manifieste el ánimo de actuar, determinado por la controversia verbal a la que siguen vías de hecho, características de la riña.

Una reconstrucción ideal de los hechos, ya que la objetiva de la investigación está llena de vacíos y deficiencias que la hacen inoperante para la valuación de la conducta de los protagonistas todos que tomaron parte en ellos, permite hacer hincapié sobre una circunstancia que da especial relieve al tema que se expone, cual es la que el procesado no arremetió contra los carabineros ni contra los demás asistentes al conflicto sino solo contra Carrillo, sin duda porque su furor de ebrio creció cuando, como lo dice el Ministerio Público, "atacó a quien consideraba entrometido e inoportuno intermediario".

No puede perderse de vista este hecho para rebatir de paso al mismo funcionario, que al pie de aquella afirmación que tanto destacan los autos, hace aparecer a Carrillo como defendiéndose con el bordón o vara que llevaba en la mano. Esto sería así, si las declaraciones de los testigos presenciales hubiesen hecho una relación completa de los acontecimientos. Ya se vio cómo distintas circunstancias demuestran que en los testigos hubo propósito de modificar la realidad. Con razón el Juez de primera instancia en su proveído sentenciador, en el aparte d) del considerando 5º, hace esta rotunda afirmación que por no haber sido tenida en cuenta es por lo que se ha dado a los hechos una apreciación indebida que no confirman las constancias procesales. Dice:

"Tenemos, por último, que dada la amistad y compañerismo entre el occiso y Joaquín Conde, sí existe un móvil, una justificación en un criterio estrecho para deformar la verdad'. (F. 75 del cuaderno 1º).

Ya antes se examinaron los testimonios de los carabineros, en especial el de José Medina y se comprobó que éste hizo afirmaciones contradichas entre sí, que luego hubo de modificar en sentido favorable al procesado. Esto mismo habría sucedido si el investigador obra como lo manda la ley, de conformidad con el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, es decir, investigando con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que eximan de ella o la extingan o atenúen.

De haber cumplido esta última prescripción, la realidad de los hechos no se habría deformado, hasta darles apariencias que dentro del desarrollo global de ellos no pudieron producirse, y en cambio sí se habría patentizado que la actitud de Carrillo provocó una reacción del ebrio desproporcionada, hasta el punto de entablar con aquél un cambio de golpes, con armas distintas es cierto, pero que para los efectos legales y en el caso sui géneris, bien pueden configurar una riña, por lo menos para que esta circunstancia modificadora de la responsabilidad atempere la delincuencia y la coloque en el verdadero límite del equilibrio entre la realidad subjetiva del embriagado homicida y la objetiva que de manera trunca e incompleta suministran los autos.

Debe agregarse además, que Lorenzo Guayara afirma enfáticamente que Carrillo durante su intervención inoportuna dio un golpe en la cabeza a Abdonías con el palo que portaba. Este hecho no lo destacan los demás testigos y ello se explica por lo trunco e incompleto de sus aseveraciones, pues en todos se adivina el interés de ocultar parte de la verdad. Pero a falta de algo que contradiga a Lorenzo, su dicho debe ser tenido al menos en cuenta como elemento de discriminación de los hechos para la formación de un juicio que conduzca a la realidad procesal y sobre él se edifique una decisión acorde con la equidad.

Debe hacerse notar, porque ello es pertinente, que el funcionario instructor dejó de recibir varios testimonios de sujetos que presenciaron los hechos, los cuales posiblemente habrían podido suministrar a la justicia datos más completos y precisos que los recibidos. Se limitó a cumplir con el deber a medias, y en forma incompleta, lo que permite al fallador en cumplimiento de su grave misión de hacer justicia, resolver los vacíos y deficiencias del caso en forma que la responsabilidad del procesado se coloque en el justo medio, para que ni se le condene por más ni se le castigue por menos, justo medio que para el caso es la aplicación del artículo 384, en concordancia con el 362 del Código Penal y no esta última disposición, únicamente, como lo hace la sentencia recurrida.

Por todo lo dicho, las causales primera y segunda deben prosperar.

Causal cuarta.— El recurrente la sustenta de manera subsidiaria. Para tal efecto hace las siguientes observaciones:

"En subsidio de que no prospere ninguna de las anteriores solicitudes, pido respetuosamente que se anule el proceso, por incompetencia de jurisdicción, causal de nulidad prevista en el artículo 198, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal.

"El Tribunal, en su sentencia, sobresee temporalmente en cuanto a las lesiones personales causadas a su hermano Lorenzo Guayara Rojas, 'señalando al Alcalde Municipal de San Luis para que reabra y adelante las diligencias investigativas, debiéndose enviar copia de lo pertinente'."

"Eso no puede hacerse, esto es, dictar sentencia definitiva por medio de un sobreseimiento temporal. El ordinal 7º del artículo 1º del Decreto 12 de 1959 permite *'al fallarse el proceso en primera instancia'* dictar un sobreseimiento temporal, cuando no haya plena prueba para absolver o condenar, sobreseimiento que debe consultarse.

"Pero es que la palabra 'fallo' tiene el sentido genérico de auto interlocutorio o de sentencia, y aquí solo tiene el de providencia interlocutoria que tiene el sobreseimiento. Quiere significar, pues, el precepto, que cuando no haya prueba para condenar o absolver, ha de sobreseerse temporalmente, pero lo que no puede hacerse, porque ello es un absurdo, es dictar una sentencia definitiva que tenga al mismo tiempo el carácter de providencia interlocutoria.

"No pudiendo ello hacerse, no puede comisionarse en una sentencia, providencia de carácter definitivo que debe producir la fuerza de cosa juzgada, comisionarse a funcionario alguno para que prosiga la investigación, porque éste no tendría ni jurisdicción ni competencia".

Por su parte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal contesta a las afirmaciones del recurrente de la siguiente manera, que la Sala prohija por ser esos conceptos trasunto fiel de la realidad procesal y estar ajustados a derecho:

"Al sobreseer temporalmente al acusado Abdonías Guayara por el delito de lesiones personales, el honorable Tribunal obró conforme a la ley, y más precisamente, de acuerdo con las prescripciones del Decreto 12 de 1959, de obligatoria aplicación en el presente asunto, desde luego que justificó plenamente dicha determinación al poner de presente que en los autos no se encuentra comprobado el cuerpo del delito de las lesiones inferidas a Lorenzo Guayara.

"Si bien es cierto que condenó por un delito al acusado y sobreseyó al mismo por otro delito, esto no significa, como lo pretende el recurrente, que una y otra resolución no fuera posible tomarla al fallar el proceso, pues a tal cosa no se opone en manera alguna el aludido decreto.

"Lo que hizo el *ad quem* consistió en dictar condena por un delito y revocar la impartida en primera instancia en relación con otro delito, reemplazando esta última condena por un sobreseimiento temporal, lo que a todas luces no corresponde precisamente a dictar sentencia por medio de un sobreseimiento temporal, como erradamente lo sostiene el recurrente.

"Y con relación a la supuesta nulidad por incompetencia de jurisdicción, ante todo vale anotar que en dicha nulidad —si es que existe— no se ha incurrido todavía. Por lo demás, no se olvide que al Alcalde de San Luis apenas se le ha comisionado 'para que reabra y adelante las diligencias investigativas, debiéndose enviar copias de lo pertinente', es decir, que no le ha atribuído facultad de fallador sino atribuciones de simple instructor que sí puede ejercer, siendo entendido que quien habrá de fallar en primera instancia, con relación al aludido delito de lesiones, será el funcionario determinado por la gravedad de las heridas, según el experticio cuya ausencia anota la sentencia.

"Lo expuesto hace ver que carece de asidero alguno la causal cuarta alegada por el demandante".

DECISION:

Como de conformidad con el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ordinal a), sí prosperan las causales primera y segunda, la invalidación del fallo conlleva dictar el que deba reemplazarlo, la Corte dará cumplimiento a aquel mandato.

La pena aplicable al reo es la que surge del artículo 362 del Código Penal en concordancia con el artículo 384 ibídem. Como no hay circunstancias de mayor peligrosidad y sí de menor, la sanción se gradúa en cuatro (4) años de presidio, es decir, el mínimo prescrito en esta última disposición. Las penas incorporales quedan reducidas en igual proporción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y en parte de acuerdo con él, INVALIDA PARCIALMENTE el fallo objeto del recurso y en cambio condena al procesado Abdonías Guayara Rojas a la pena principal de cuatro (4) años de presidio en lugar de ocho (8) que le fueron impuestos en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL

Aplicación de la Ley preexistente al hecho imputado. Retroactividad de la ley permisiva o favorable y el derecho de defensa. Facultad de los jueces para dejar de aplicar una ley inexequible. Confrontación entre el Decreto 0012 de 1959 y las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto a disposiciones favorables al reo.

1. El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

2. El principio de que en "materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa.

3. Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravosa para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley, debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal.

4. Si los hechos por los cuales se condenó al procesado tuvieron ocurrencia en fecha anterior a aquella en que empezó a regir el tantas veces citado Decreto 0012 de 1959, el juicio debió encauzarse con acatamiento a las normas procedimentales imperantes, por ser ostensiblemente más benignas o favorables para el acusado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del diez de noviembre de mil novecientos sesenta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó plenamente la proferida el 23 de junio del mismo año por el Juzgado Segundo Superior de la ciudad nombrada, en la cual se condenó al procesado Arcadio Charry a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las correspondientes sanciones accesorias, "como único responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Mercedes Montañez viuda de Cárdenas, según hechos cumplidos en las horas de la madrugada del 19 de febrero de 1953, en la fracción de Betulia, corregimiento de Junín, Municipio de Venadillo".

Contra el fallo de segundo grado recurrió en tiempo hábil, el procesado. Concedido el recurso

extraordinario por el Tribunal; admitido luego por la Corte; sustentado ante ésta por abogado inscrito y agotada, en suma, la tramitación propia del asunto, procede la Sala a decidir.

HECHOS

No siendo indispensable para la decisión que habrá de proferirse en esta sentencia un detallado relato de los hechos, basta subrayar, como acertadamente lo observa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su respuesta a la demanda de casación, que el Tribunal de instancia, sin que hubiera intervenido el Jurado de conciencia en este proceso, consideró al acusado Arcadio Charry responsable de haber dado voluntariamente muerte a la señora Mercedes Montañez viuda de Cárdenas, en la fecha y lugar que ya se indicaron.

LA DEMANDA

El libelo, formulado con arreglo a las exigencias legales, resume los hechos del proceso, se refiere luego a la actuación procesal y finalmente, en capítulo separado, invoca y sustenta, como causal única, la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

El pensamiento cardinal del demandante está expuesto en los siguientes términos:

"La sentencia que condenó a Arcadio Charry L., es violatoria del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, en razón de que en los procesos penales se aplica la ley más favorable a los intereses del procesado. En el caso de autos, tenemos que a mi defendido, se le siguió el procedimiento señalado por el Decreto 0012 del 9 de junio de 1959 para un delito sujeto al procedimiento ordinario, puesto que el delito que se juzgó, fue cometido el día 19 de febrero de 1953, cuando por esa época regía para los delitos de homicidio el procedimiento ordinario consagrado en el Código Procesal Penal, luego en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, Arcadio Charry tenía derecho a que su delito se le juzgara como ya se dijo, por el procedimiento ordinario, es decir, con intervención del Tribunal Popular. Siendo el procedimiento señalado por el citado Decreto 0012 extremadamente restrictivo de los derechos y garantías del procesado, ya que en dicho procedimiento se suprime el término probatorio de la causa, la intervención del Jurado y todas las rebajas de pena consagradas en el Código Penal, tenemos que el procedimiento ordinario era el más favorable al procesado y al cual tenía derecho que se observara en su juzgamiento. Por tal motivo, el Tribunal Superior, al dictar la sentencia de segunda instancia incurrió en una violación de las garantías procesales determinadas en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Sustantivo, como son el artículo 3º del Código Penal que desarrolla el 44 de la Ley 153 de 1887, que prescribe al juzgador la rigurosa observancia de las leyes de procedimiento más favorables a la causa del procesado. Al negar el Tribunal ese derecho a Arcadio Charry, incurrió el *ad quem* en una violación de los derechos y garantías ciudadanas, generando en consecuencia, una violación de la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta Fundamental, que determina la completa nulidad del juicio seguido contra Arcadio Charry Lozano, por no ser pertinente en el caso de Arcadio Charry el procedimiento del ya citado Decreto 0012 de 1959".

En apoyo de sus argumentos cita en seguida el demandante una reiterada doctrina de la Corte, conforme a la cual "es contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa".

Afirma además el impugnador que su patrocinado no fue eficazmente defendido en las instancias, de lo cual deduce que, por este aspecto, se incurrió también en una violación de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta. Y concluye formulando la siguiente petición:

"Con fundamento en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal convenientemente demostrada y analizada en este caso especial de Arcadio Charry, con mi acostumbrado respeto, pido a la honorable Corte, que invalide la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1960, procedente del honorable Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Arcadio Charry a la pena de 8 años de presidio, y decrete la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación (folio 67) a fin de que se reponga el procedimiento y se juzgue al procesado conforme a la ley".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En concepto del 19 de junio último el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la "causal cuarta de casación invocada es procedente, por cuya circunstancia deberá reconocerse". Y, en armonía con tal criterio, solicita a la Corte "que *case* la sentencia acusada, y disponga la devolución del proceso al juzgado de origen, por conducto del Tribunal de instancia, a fin de que se reponga el procedimiento" a partir del auto del 7 de junio de 1960, mediante el cual, conforme al artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, el Juez declaró cerrada la investigación y ordenó poner los autos a disposición de las partes por el término de tres días para la presentación de alegatos.

El fundamento de la anterior solicitud aparece nítido en los siguientes apartes del concepto fiscal:

"Sin vacilación reconoce este Despacho que al señor demandante le asiste toda la razón cuando sostiene que el Decreto número 0012 de 1959, fue indebidamente aplicado en el presente proceso, pues el juzgamiento del homicidio que se le atribuye a Arcadio Charry no podía verificarse con arreglo al procedimiento señalado por dicho Estatuto, por haberse cometido el delito con anterioridad a la vigencia del mismo Decreto.

"Se incurrió, por tanto, en un quebrantamiento de forma que como tal apareja las consecuencias que la honorable Corte señala en sus fallos de fechas 14 y 15 del mes de marzo próximo pasado y en su sentencia del día 15 de los corrientes.

"Con efecto, esa Superioridad, en torno al Decreto 0012 de 1959, ha sentado la siguiente doctrina, aplicable al caso de que se ocupa la Procuraduría:

'No se necesita hacer un gran esfuerzo comparativo para concluír que el procedimiento establecido por el Decreto 0012 aplicado a este proceso, es notoriamente restrictivo de las garantías procesales de la defensa establecidas con anterioridad a su vigencia.

'Síguese de lo dicho, que al aplicarse a este proceso una ley desfavorable y restrictiva, posterior al delito a que dio origen, se violó lo dispuesto y consagrado en el artículo 26 de la Constitución y se incurrió en una causal sustancial de invalidez que debe ser reconocida, invalidando lo actuado desde el auto de fecha 13 de julio, inclusive, con el que se inició la aplicación del Decreto 0012 de 1959'. (Casación de Bernardo Monsalve por homicidio. Sentencia del 14 de marzo de 1961)".

Se considera:

El tema que la presente demanda ha suscitado nuevamente ante la Corte ha sido ya dilucidado a fondo por esta Corporación, no sólo en los fallos citados por el señor Agente del Ministerio Público, sino en otros que sería prolijo enumerar. Por ello, como un homenaje a la brevedad y a la precisión, basta sintetizar aquí, de la manera que en seguida se verá, el criterio de la Sala al respecto:

a).— "El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938.

b).—"El principio de que 'en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable', proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa.

c).— "En consecuencia, si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal.

d).— "Los jueces tienen facultad, en un caso dado, para dejar de aplicar una ley inexequible, sin que sea necesario el previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con base en el

artículo 214 de la Carta. (Artículo 215 de la Constitución Nacional)''.

Por tanto, si los hechos por los cuales se condenó al procesado tuvieron ocurrencia en fecha anterior a aquella en que empezó a regir el tantas veces citado Decreto 0012 de 1959, el juicio debió encauzarse con acatamiento de las normas procedimentales imperantes, por ser ostensiblemente más benignas o favorables para el acusado.

Prospera, en consecuencia, la causal cuarta invocada, con las consecuencias que con toda lógica reclaman el demandante y el señor Procurador.

DECISION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* el fallo recurrido y *ordena* devolver el proceso al Juzgado Segundo Superior de Ibagué, por conducto del Tribunal de origen, para que, con arreglo a las normas vigentes en el momento de la consumación de los hechos, se reponga el procedimiento, a partir, inclusive, del auto que declaró clausurada la investigación, visible al folio 67, cuaderno primero.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

Documento auténtico "incompleto" por omisión de la firma de un perito en acta de diligencia sumarial. Efectos que al documento "completo" la ley le asigna. Demostración de que, en el caso de autos, el acto de la sustitución de la diligencia del levantamiento de los cadáveres es penalmente inocuo. Causales 4ª, 1ª y 2ª de casación penal.

La Sala comparte sin ninguna restricción los apartes que se transcriben del concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en este proceso: "Ciertamente que solo uno de los cargos de que se habla, es procedente: el de la falta de la firma del perito Hincapié. Esa ausencia de firma es suficiente para inferir que dicha acta quedó incompleta, y que de un instrumento incompleto, esto es, no conformado íntegramente, no es posible predicar que se proyecte jurídicamente, produciendo los efectos que al documento completo la ley le asigna.

"Ahora bien: un acto que no se ha producido con todas las de la ley, que no se ha conformado íntegramente, es susceptible de enmienda o corrección si las personas que en él intervinieron se percatan de su ineficacia jurídica o de los errores que con él se han cometido. Pero tal corrección no ocurrió con el documento de que se trata.

Lo que se arguye es más que claro si se tiene en cuenta que el acta referida no es precisamente un instrumento público a la luz de los artículos 1758 del Código Civil y 251 del Código de Procedimiento Penal, a los cuales alude el artículo 231 del Código Penal. Es simplemente un documento auténtico u oficial de los indicados por el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, y a los cuales se refiere el artículo 233 del Código Penal diciendo "que en rigor no son equiparables en un todo a los documentos públicos, y que la disposición en cita los distingue de éstos".

"Con lo razonado hasta aquí, queda implícitamente demostrado que el acto de la sustitución de la diligencia del levantamiento de los cadáveres, es penalmente inocuo".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 25 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al señor Héctor de Jesús Ardila Gómez, como responsable del delito de falsedad en documentos públicos, a la pena de ocho años de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, ciñéndose a la realidad que emerge de las pruebas que recoge el proceso, resume los hechos así:

"En las últimas horas de la tarde o primeras de la noche del domingo 5 de febrero de 1956, en la fonda denominada "El Garaje", ubicada en el Corregimiento de "Las Cruces", o "Los Cruces" del Municipio de Obando (Valle), vecino este poblado a las ciudades de Cartago y Pereira, se suscitó un hecho sangriento a consecuencia del cual resultaron muertos Jesús Sal-

vador Zapata Gómez y otra persona absolutamente desconocida que se hallaba en compañía de Zapata y cuya identidad nunca pudo establecerse. Finalmente fue herido Pastor Ortiz vecino del lugar y espectador de los hechos, quien fue conducido al Hospital de Cartago. Aquellas muertes como esas heridas se atribuyeron a José Luis Montoya Gómez, vecino también del lugar y quien finalmente fue condenado, según lo atesta la sentencia que ha sido recurrida en casación. (Folio 226, cuaderno primero).

"Esa misma tarde, con ocasión de un paseo vespertino que en compañía del presbítero Nelson Guerrero García, cura párroco de Obando, y de otras personas, hacía el señor Héctor de Jesús Ardila Gómez, joven alcalde, de Obando (Fls. 61, 76, 146 y 147, id), este funcionario pasó por enfrente de la referida fonda, no habiendo observado, debido a las sombras, nada anormal. Mejor dicho, no se dio cuenta él ni sus acompañantes de lo que en el ventorrillo había ocurrido momentos antes, razón por la cual siguió hasta el sitio de "Cruces", donde se le informó de lo acaecido y se le avisó también que el Inspector Departamental de Policía del lugar, señor Eberto Carvajal Mejía (folios 55, 74 y 147, id), se había dirigido al lugar del suceso, a fin de verificar las diligencias de rigor, entre otras, la consistente en levantar los cadáveres de las víctimas.

"Enterados de tal modo el alcalde y el párroco, ambos regresaron inmediatamente al sitio de los acontecimientos, donde encontraron al Inspector referido, entregado a la tarea correspondiente. El alcalde, después de haber observado detenidamente los cadáveres y de darse cuenta de otros pormenores, le preguntó al Inspector si estaba en condiciones de redactar las correspondientes actas en forma acertada, a lo cual el interrogado manifestó que sí, siendo esto suficiente para que aquél se limitara a recomendarle que fuera cuidadoso en la consignación de los detalles o circunstancias pertinentes, y hecha esta advertencia se retiró del lugar.

"Al día siguiente, lunes 6 de febrero, bien sea porque el alcalde pidiera al Inspector las diligencias que este había adelantado, o bien, porque el Inspector, espontáneamente y en las horas de la mañana, vino a entregárselas a la cabecera del Municipio (pues la cosa no está bien clara), es el caso que las mismas diligencias llegaron a la alcaldía. Entonces sucedió que el Alcalde, el Inspector y el Secretario del primero, obrando éste como simple escribiente, procedieron a redactar una nueva acta relacionada con el levantamiento hecho de los cadáveres, ya que la escrita o redactada por el Inspector adolecía de graves deficiencias, cuestión de suyo evidente y reconocida por el propio Inspector.

"La nueva acta es visible a los folios 10 y 11 del expediente y la primera al 14.

"A continuación del acta elaborada en segundo término y suscrita el 6 de febrero, dictó la Alcaldía un nuevo auto cabeza de proceso, también destinado a reemplazar el análogo de la misma fecha proferido por la Inspección, y el cual adolecía en realidad de graves deficiencias, que hubieran podido remediarse con proferir simplemente otro auto adicional, sin que fuera necesario retirar del informativo el primero dictado, y mucho menos prescindir de la actuación cumplida por la Inspección, que fue lo que en realidad se hizo.

"Estas providencias, en su texto original figuran en autos, la del Alcalde, a los folios 11 vto. y 12, y la del Inspector, al folio 15.

"Al llegar a este extremo debe subrayarse un importante detalle que se le ha escapado a todos los funcionarios que hasta ahora han intervenido en el desarrollo del proceso, y el cual consiste en que el auto proferido por el Alcalde con fecha 6 de febrero, *fue ese mismo día* notificado al señor Personero del lugar, como lo demuestra el folio 12 citado. Esta constancia sirve para acreditar que en fecha cierta y determinada llegaron las diligencias a la Alcaldía de Obando, y descarta, a su vez, toda discusión, relativa a la nota de remisión del negocio que lleva fecha siete (7) de febrero.

"No es de dudar que con esa nota del Inspector para el Alcalde, se cometió un error de fecha, como así lo afirma su autor al 59 vto. id., error semejante a los que la sentencia recurrida contiene en su primera parte al citar las fechas respectivas de los sucesos o hechos que se han dejado relatados, así como el nombre de uno de los 'peritos o testigos actuarios' de la primera acta de levantamiento de los cadáveres. (Folio 207 id.).

"Por otra parte, cabe, asimismo, considerar desde ahora que las nuevas actuaciones, es decir, el acta segunda y el auto cabeza de proceso de la Alcaldía, vinieron a reemplazar a la primera acta y al primer auto. A reemplazar —se repite— *pero sin destruírlos, suprimirlos u ocultarlos, pues* tanto éste como ésta, *fueron guardados o mantenidos en el archivo de la Alcaldía,* (folio 230, cuaderno primero) siguiéndose la ac-

tuación sobre aquéllos, y llegando el acta y el auto iniciales a poder del señor Juez 88 de Instrucción Criminal Nacional, quien, a instancias del mismo Alcalde de Obando, señor Ardila Gómez hubo de ser designado por el Ministerio de Justicia, Investigador Especial de los sucesos de 'El Garaje' (folios 61 y 136, cuaderno primero).

"En este mismo orden de cosas, debe, asímismo, tenerse en mientes que al prescindirse del auto cabeza de proceso dictado por el Inspector, se retiró también del informativo el principio de una declaración, o toda la declaración rendida por el señor Alfonso Gómez ese mismo día 6 de febrero, por ante el Inspector, sin que se sepa que tal diligencia o su acta respectiva, la firmaran el declarante, el funcionario receptor y su secretario, pues ocurre que la parte final de tal acta no fue hallada.

"Las diferencias que se confrontan entre las dos actas correspondientes a las diligencias de levantamiento de los cadáveres, han constituído el tema u objeto principal de la investigación adelantada y de la sentencia recurrida, por virtud de las intenciones atribuídas a quienes confeccionaron las mismas actas. Así se ha podido hablar de que obraron dolosamente quienes elaboraron la segunda de tales actas".

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

Los hechos narrados, aunque muy anteriores a la expedición del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, fueron juzgados conforme al procedimiento de ese estatuto y así, en fallo del 18 de enero del año pasado, el Juzgado 1º Superior de Buga, condenó a los señores Héctor de Jesús Ardila Gómez, Nelson Gálvez Ospina y Elberto Elías Carvajal Mejía, como responsables del delito de falsedad en documentos públicos, a la pena de ocho años de presidio y accesorias correspondientes. Ese fallo, en sentencia del 25 de mayo del mismo año, lo confirmó el Tribunal Superior de la citada ciudad en cuanto al procesado Ardila Gómez, y lo revocó en cuanto a Gálvez Ospina y Carvajal Mejía, personas que resultaron absueltas.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, elaborada conforme a las exigencias legales, el recurrente señor Héctor de Jesús Ardila Gómez, por conducto de su apoderado, invoca, dentro del orden que se enumeran, las causales segunda, primera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con fundamento en la causal segunda se formulan al fallo acusado varios cargos que, en su esencia, se condensan en lo que aparece en la siguiente transcripción:

"A las dos actas que obran a folios 10 y 14 del expediente, y particularmente a las exposiciones periciales que contienen y constituyen la parte sustancial de las mismas, se le dio el valor de documento público, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, ...siendo esta la causa para que Ardila Gómez fuera condenado, y constituyendo los hechos contenidos en dichas actas elementos constitutivos del delito de falsedad en documentos públicos al tenor de la sentencia".

El recurrente examina las proposiciones que plantea en el aparte que se deja reproducido desde varios puntos de vista y luego concluye así:

"Véase, pues, cómo concurren tres motivos legales principales para sostener que el Acta del folio 14 es nula de nulidad insubsanable, y en consecuencia no es un documento público, al cual se le dio un valor probatorio que no puede tener".

Esos tres motivos a que alude la transcripción y que serán examinados adelante, se plantean sobre la base de que en sentir del recurrente, los peritos señores Alfonso Hincapié y Gustavo Arbeláez, "antes de tomar posesión de sus cargos no fueron amonestados por el Inspector Departamental de Policía en los términos que prescribe el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal", circunstancia que vició de nulidad "toda la exposición pericial sobre la filiación de los cadáveres, la manera como estaban vestidos, la posición que tenían, las armas que portaban, las mismas heridas que se les encontraron". El segundo motivo se contrae al hecho de que el acta del folio 14 "carece de la firma del perito, señor Alfonso Hincapié, quien aparece ilegalmente posesionado, omisión que, a su vez, hace nula esa diligencia. Por último, se reafirma la tesis de que el citado documento es nulo en razón de que ninguna de las partes del mismo aparece la designación de "la persona que iba a actuar como Secretario ad hoc. Solamente se dijo que el Inspector se trasladó ' "en asocio de su secretario Ad Hoc" ' pero sin dar las más remotas señales de la persona que iba a desempeñar este encargo".

La causal 1ª la fundamenta el impugnador a través de cinco aspectos encaminados a demostrar que con el fallo acusado se violó la ley

sustantiva por errada o indebida aplicación de la misma. Las razones que se aducen en torno a ese particular, como lo anota el señor Procurador, "tienen una íntima relación con las expuestas al sustentar la causal 2ª" y puede decirse que las últimas son la consecuencia de las primeras. Esas razones no requieren ser objeto de especial relación en orden a que, como se verá, la causal 2ª tendrá que prosperar.

Con invocación de la causal 4ª el recurrente sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, conforme a lo siguiente:

"La nulidad se cometió al no cumplirse con los requisitos del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, por no haber juramentado a los peritos que aparecen figurando en el acta de folio 149 vto., quedando ellos sin posesión y nulo de nulidad insubsanable el peritazgo de folios 150 y ss.

"Se violó así el artículo 203 y 159 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 26 de la Constitución Nacional".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer un cuidadoso estudio de la demanda, primero en conjunto y después en orden a cada una de las causales invocadas, solicita que se case el fallo con fundamento en la segunda y, como consecuencia se absuelva al señor Héctor de Jesús Ardila Gómez. La Sala, se irá ocupando de ese estudio a medida que lo considere necesario.

SE CONSIDERA:

En la demanda, como quedó indicado, el recurrente invoca en último término la causal 4ª pero sin sustentarla como subsidiaria de las otras dos, de que también se vale, ni advertir y mucho menos solicitar que sea considerada dentro del orden en que la propone. En estas circunstancias, teniendo en cuenta el especial significado de esa causal en el recurso de casación, procede examinarla en primer término.

El vicio de nulidad que plantea el recurrente en su invocación de la causal 4ª, como quedó anotado, se pretende sobre la base de que no se dio cumplimiento al artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, "por no haber juramentado a los peritos que aparecen figurando en el acta de folio 140 vto., quedando ellos sin posesión y nulo de nulidad insubsanable el peritazgo de folios 150 y ss.". El acta en cuestión, denominada posesión de los peritos, dice así:

"Al despacho del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago, Valle, comparecieron hoy quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis los señores doctores Bernardo Izquierdo Gamboa y Oscar Salazar Chávez, mayores de edad, vecinos de este municipio, en donde están cedulados bajo los números 2532277 y 2538982, respectivamente, y abogados titulados, con el fin de tomar posesión de cargo de peritos para que han sido nombrados en el presente negocio. En tal virtud, el señor Juez, por ante su Secretario, y previa imposición del artículo 191 del Código Penal, les recibió juramento con las formalidades de los artículos 147 y 148 del Código de Procedimiento Penal, así: 'A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asumen ustedes ante Dios y ante los hombres, ¿juran ustedes proceder fielmente en el cotejo pericial que se les confía, hacer todo lo que esté en su poder para llegar al conocimiento de la verdad, sin otro fin que el de hacerla conocer y declararla ante la justicia sin exageraciones ni reticencias y sin ambigüedades ni eufemismos?' Y los peritos, puestos en pie y con la cabeza descubierta, contestaron, por separado: 'Sí lo juro'."

El contenido de esta acta es concluyente para demostrar lo infundado del cargo que se presenta para darle asidero a la causal 4ª de casación, condenada a no prosperar en modo alguno en este proceso.

El primer cargo que se hace al fallo acusado con invocación de la causal 2ª, como quedó expresado, se aduce en la consideración de que al posesionar a los peritos señores Alfonso Hincapié y Gustavo Arbeláez en la diligencia a que se contrae el acta que obra al folio 14 del expediente, se pretermitió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, en fuerza de que esos peritos no fueron amonestados en la forma prevenida en ese precepto legal ni se les recibió juramento. En esa acta aparece lo que sigue:

"Hoy cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, siendo las siete de la noche se tuvo noticias en este Corregimiento de que en el lugar denominado 'El Garaje', habían dos muertos; el suscrito Inspector Departamental de Policía de el Corregimiento de Cruces, Municipio de Obando, Valle, en asocio de su secretario ad hoc, se trasladó al lugar de los hechos,

estando allí se nombró de peritos a los señores Alfonso Hincapié A. y a Gustavo Arbeláez, para que asistan estas diligencias, con el fin de practicar el levantamiento de los cadáveres; a los peritos se les dio posesión de su cargo, con las formalidades de los artículos 147 y 148 de el Código de Procedimiento Penal y en armonía con el artículo 191 de el Código Penal, el suscrito Inspector les recibió el juramento de rigor, por cuya gravedad ofrecieron proceder fielmente en las investigaciones que se les confíen, hacer todo lo que esté en su poder, para llegar a el conocimiento de la verdad, sin otro fin que el de hacerla conocer, y declararla ante la Justicia".

En este otro cargo, correspondiente al primero que se formula al fallo acusado con base en la causal 2ª, es también el acta la que sirve de prueba para demostrar plenamente que carece de fundamento.

En realidad, en el acta que figura al folio 14 no aparece la designación del Secretario Ad Hoc que la suscribe. Allí lo único de que hay constancia en ese aspecto se contrae a que el Inspector, "en asocio de un Secretario Ad Hoc se trasladó al lugar de los hechos", sin que siquiera se dé el nombre de la persona que entró a ejercer ese cargo. Pero sucede que de los asertos del Inspector, señor Eberto Carvajal, formulados en su indagatoria, visible a los folios 55 y siguientes, los cuales explican el asunto, se deduce que el nombramiento del Secretario Ad Hoc lo hizo el Inspector verbalmente en la persona del agente de la Policía, señor Ignacio Idrobo, quien es el que firma la diligencia. En estas condiciones, el cargo en torno a ese punto queda sin apoyo ni justificación.

Como lo sostiene el recurrente, evidentemente el señor Alfonso Hincapié, quien figura como perito en la diligencia del levantamiento de los cadáveres, visible al folio 14 y que se ha tenido como la original, no firmó esa diligencia, omisión que, como lo plantea el recurrente impidió que esa diligencia pudiera entenderse como documento público. En este aspecto las ideas y conceptos del señor Procurador son de un acierto indiscutible y por compartirlos sin ninguna restricción, la Sala encuentra oportuno hacer la transcripción del caso:

"Ciertamente que solo uno de los cargos de que se habla, es procedente: el de la falta de la firma del perito Hincapié. Esa ausencia de firma es suficiente para inferir que dicha acta quedó *incompleta*, y que de un instrumento *incompleto* esto es, no conformado íntegramente, no es posible predicar que se proyecta jurídicamente, produciendo los efectos que al documento completo la ley le asigna.

"Ahora bien: un acto que no se ha producido con todas las de la ley, que no se ha conformado íntegramente, es susceptible de enmienda o corrección si las personas que en él intervinieron se percatan de su ineficacia jurídica o de los errores que con él se han cometido. Pero tal corrección no ocurrió con el documento de que se trata.

Lo que se arguye es más que claro si se tiene en cuenta que el acta referida no es precisamente un instrumento público a la luz de los artículos 1758 del Código Civil y 251 del Código de Procedimiento Penal, a los cuales alude el artículo 231 del C. P. Es simplemente un documento auténtico u oficial de los indicados por el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, y a los cuales se refiere el artículo 233 del Código Penal diciendo "que en rigor no son equiparables en un todo a los documentos públicos, y que la disposición en cita los distingue de éstos", como lo sostiene el profesor Gustavo Orjuela Hidalgo.

"Con lo razonado hasta aquí, queda implícitamente demostrado que el acto de la sustitución de la diligencia del levantamiento de los cadáveres, es penalmente inocuo".

"Deberá agregarse que no es justo decir que quienes participaron en la extensión de la segunda acta, obraron con dolo de alguna especie, pues es lo cierto, según lo que aparece a los folios 92, 97 vto. y 136 vto., que la relación de los hechos que allí se hace, resulta más exacta y precisa que la contenida en la primera acta, sin ser la segunda una 'imitación' de ésta.

"Ahora bien: si la buena fe se presume para Gálvez Ospina, Secretario de la Alcaldía, como lo reconoce así el honorable Tribunal en su sentencia, por no haber destruído la primera acta que fue elaborada, esa misma presunción debe amparar a Ardila Gómez por no existir constancia de que este último hubiera ordenado destruírla, y por no estar probado que al mismo Ardila se le hubiera impedido romper el acta reemplazada. Si hubiera querido desaparecerla, muy fácil le hubiera sido, y a lo mejor, no se habría visto comprometido en un proceso penal como el que se le ha seguido.

"Se concluye, por tanto, que no hubo intención alguna de destruír, suprimir u ocultar un documento público. Apenas ocurrió que se juzgó sin valor alguno la primera acta redactada y con la mejor buena fe se estimó lícito, conve-

niente o provechoso para la justicia, reemplazarla por otra acta debidamente redactada.

"Por lo demás, todas las circunstancias relativas a los hechos constitutivos del doble homicidio a que se refieren las actas y a las cuales circunstancias el Tribunal les dio en su sentencia una importancia especial, son secundarias en el presente asunto, con el cual no se trata de esclarecer los delitos imputados al señor José Luis Montoya Gómez, sino más bien de comprobar las implicaciones jurídico-penales que pueda tener el hecho de haberse confeccionado una nueva acta correspondiente al levantamiento de los cadáveres de las víctimas del referido Montoya Gómez".

A los razonamientos anteriores cabe agregar, en el mismo objetivo de justificar la invalidación del fallo acusado, que, en verdad, a la declaración del presbítero Guerrero García, el Tribunal no le dio el valor que le concierne y en esta suerte dejó de lado la afirmación de este testigo en el sentido de que el cadáver que se encontraba en el suelo aprisionaba, con la mano derecha, la empuñadura de la peinilla que exhibía al cinto, a medio desenfundar, y con la mano izquierda sostenía la cubierta de la misma, en la evidente manifestación de que trató rápido de sacarla, circunstancias que son corroboradas por el testigo señor Jorge Ramírez Molina. Esas circunstancias fueron descritas en la segunda acta, lo que quiere decir que recogió la realidad.

Por último, a la fotografía que obra en autos, tanto el instructor como el mismo Tribunal le asignaron un valor probatorio de que carece, según vienen a acreditarlo los testimonios del reportero gráfico que tomó esa fotografía y del corresponsal de los periódicos que la publicaron. Ambos relatan las condiciones en que se tomó la foto y las expresiones que oyeron de los circunstantes, especialmente del Inspector que había efectuado la diligencia. Ese documento gráfico, ciertamente, no desvirtúa en ninguno de sus aspectos el contenido de la segunda acta.

Prospera, pues, la causal 2ª de casación y entonces debe invalidarse el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo al tenor del aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, el cual tiene que ser absolutorio en favor del señor Héctor de Jesús Ardila Gómez, de quien se ordenara su libertad incondicional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida en cuanto en ella se condena al señor Héctor de Jesús Ardila Gómez por el delito de falsedad en documentos públicos y como consecuencia ABSUELVE al predicho sujeto por ese delito y ORDENA su inmediata libertad incondicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO AGRAVADO

Apreciación de las pruebas en cuanto a la modalidad intencional del homicidio. Homicidio tomado como asesinato con base en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 18 de agosto del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó al señor Hernán Vasco Otálvaro, como responsable del delito de homicidio en el menor José Fabián Luna, a la pena de quince años de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS:

En torno a las nueve de la noche del 24 de diciembre de 1958, el señor Hernán Vasco Otálvaro se presentó a la pieza de la señora Rosa Gilma Zapata García, ubicada en el segundo piso de una casa de la carrera 11 con calle 27, en la ciudad de Manizales, con el fin de llevarse al niño José Fabián Luna, de treinta y cinco meses de nacido, fruto de sus relaciones de amante de la señora Rosalba Luna, quien había dejado a su hijo al cuidado de la citada mujer, mientras cumplía con su trabajo en el Café Cóndor. La señora Zapata García se opuso a las pretensiones del señor Vasco Otálvaro, el cual terminó por arrojar al niño por una ventana que da al interior de la casa y en esta forma le causó la muerte, puesto que el menor, al caer se fracturó el cráneo, precisamente en atención a la altura de que fue lanzado —de ocho a diez metros— y así perdió la vida.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

Al proceso generado en los hechos que se acaban de referir, no obstante que ellos ocurrieron con anterioridad a la vigencia del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, se le imprimieron los trámites fijados en ese estatuto, y en esa suerte el Juzgado 3º Superior de Manizales, en sentencia del 7 de abril del año pasado, condenó al señor Hernán Vasco Otálvaro, como responsable del delito de homicidio, dentro de la denominación de asesinato, consumado en el menor José Fabián Luna, a la pena de quince años de presidio y accesorias del caso. Este fallo lo confirmó el mencionado Tribunal Superior en el suyo del 18 de agosto también del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada en tiempo, por conducto de apoderado y con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca como causales de casación las previstas en los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, precisamente dentro del orden en que se anotan.

En la sustentación de la causal 2ª, luego de que se afirma que por "la equivocada interpretación de las pruebas en este proceso se ha dado en decir por los juzgadores de ambas instancias que estamos frente al caso de un homicidio agravado", lo que evidentemente "no es exacto, pues aquí nos encontramos frente a un homicidio culposo", se pasa a enseñar los elementos de juicio que en sentir del recurrente demuestran ese enunciado inicial.

En el predicho objetivo se toma la indagatoria del señor Hernán Vasco para sostener que ella corresponde a una confesión indivisible, en

donde se da "una explicación obvia y diáfana de lo sucedido", la cual aparece corroborada por varios elementos de convicción, "sobre todo por la diligencia de inspección ocular que se verificó en el lugar de los sucesos". El señor Vasco refiere los hechos así:

"Yo salí o fui a salir para la calle con el niño en mis brazos, y cuando iba por el interior, la muchacha Gilma no me fue a dejar salir, entonces el niño se me zafó no sé cómo, y fue a caer por las barandas de la casa, del corredor que hay, al pie de un lavamanos o lavaplatos. Yo del susto salí y me vine para mi casa. Eso fue todo".

Esta versión, según la demanda, aparece confirmada con el testimonio de la señora Lucrecia Otálvaro viuda de Vasco, madre del acusado, quien manifestó que con anterioridad de cerca de mes y medio con respecto a los sucesos, su hijo le preguntó "si quería cuidarle en la casa" al menor José Fabián y que como ella terminó por darle una respuesta afirmativa, el procesado se dispuso a conseguirle ropa y cuna, todo lo cual acredita que en el señor Vasco nunca existió "ánimo homicida contra el menor... sino por el contrario un ánimo de protección a su favor".

También se presenta como circunstancia que conforme a la impugnación respalda la transcrita versión del procesado, el hecho de que al decir de varias testigos, la señora Rosalba Luna, después de muerto su hijo, siguió en tratos con el inculpado, visitándolo en la cárcel e incluso llegando hasta bailar e ingerir licor en su compañía, conducta que de suyo establece cómo no estaba "convencida de la responsabilidad intencional de Hernán Vasco" respecto a la muerte del menor, cosa que resulta aún más exacta si se tiene en cuenta que "se negó a acceder al ruego de unos parientes suyos que la instaron para buscar un acusador en el negocio".

Por último, el recurrente pretende que la versión a que se alude encuentra confirmación en el dictamen que emitieron los peritos señores Jorge Guerrero y Jaime Forero, cuyo texto obra a los folios 58 y siguientes, con ocasión de su intervención en ese carácter en la diligencia de inspección ocular o reconstrucción de hechos, visible a los folios 48 y siguientes, donde aparece la frase que dice "también pudimos apreciar que el niño no fue lanzado al abismo".

Por lo demás, el recurrente, en su tesis de homicidio culposo, sustentada con fundamento en la versión del procesado, trae a colación los dos conceptos de los Fiscales del Juzgado de conocimiento, emitido uno antes de que se le imprimiera al negocio el trámite del Decreto 0012 para pedir el llamamiento a juicio del señor Vasco por el delito de homicidio en la modalidad de asesinato, donde aparece la frase que sigue: "El caso presente es de aquellos que por la diversidad e ininteligebilidad de sus tópicos se presta a toda suerte de riesgos en su apreciación jurídica", frase que se entiende como de respaldo a la mencionada tesis, y el otro emitido después de que al proceso se le imprimió el trámite del citado estatuto, por Fiscal distinto, donde se sostiene que el homicidio imputable al señor Vasco Otálvaro reviste el carácter de culposo y en esa virtud "queda bajo la sanción que determina el artículo 1º de la Ley 164 de 1938 que derogó el artículo 370 del Código Penal".

La causal 1ª aparece invocada en la demanda como consecuencia de la 2ª, en orden a que en sentir del recurrente, la sentencia impugnada es "violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma", precisamente por haberse incurrido en "errónea interpretación de las pruebas".

De otra parte, el demandante, insistiendo en su tesis de que el fallo acusado viola la ley sustantiva, por indebida aplicación, manifiesta que al homicidio en que se genera su condena se le dio el carácter de asesinato con fundamento en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, lo que en su concepto fue equivocado, y así tiene que prosperar esta otra causal.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con la propiedad que le es característica y el juicio lógico que lo distingue, luego de que estudia la demanda, primero en conjunto y después en relación con cada una de las dos causales que se invocan, solicita que se deseche el recurso de casación propuesto.

SE CONSIDERA:

En el momento de ocurrir los hechos del proceso se encontraban presentes, precisamente dentro de la alcoba en que tuvieron desarrollo, la señora Rosa Gilma Zapata García, quien era la persona que tenía a su cuidado al niño que resultó muerto, la señorita Margarita Caicedo Gutiérrez y el menor Eduino Esquiner Luna. Importa determinar, entonces, lo que dicen estos testigos respecto al obrar del señor Vasco Otál-

varo en relación con el menor. La señora Zapata García, luego de que refiere en detalle todo lo que sucedió en la pieza, textualmente dice:

"...yo cogí el niño de los piecesitos bregando a quitárselo a Hernán, pero éste continuaba estrujándome, y luego cogió el niño y otod (sic) "berraco" lo tiró por encima de un lavaplatos de la cocina a las escalas de la casa, a una altura más o menos de ocho a diez metros que queda del piso de la cocina a las escalas. Inmediatamente tiró el niño a las escalas, salió, abrió la puerta y corrió no sé para dónde se iría... El sí había intentado hace ocho días, quitarle dizque la cabeza al niño con una navaja". (Fls. 5 y ss.).

La testigo señora Zapata García, en careo con el procesado, reiteró estos asertos, los cuales ratificó también en la diligencia de reconstrucción de los hechos. (Fls. 38 v. y ss. y 48 y ss.).

La señorita Caicedo Gutiérrez, después también de que se refirió a todo cuanto ocurrió en la pieza, coincidiendo con el dicho de la señora Zapata García, dijo:

"...luego salieron para la cocina y allá Hernán estrujó o tiró a Gilma contra el fogón, luego cogió el niño y dijo 'para que no quede para ninguno de los dos' refiriéndose a Rosalba y a él, lo tiró por encima de un lavaplatos, por un voladero, hacia las escalas, donde el niño cayó... cuando lo tiró a las escalas, dijo 'siquiera maté al niño'."

Esta testigo, del mismo modo que la anterior, en diligencia de careo, sostuvo su relato en presencia del acusado, el cual ratificó en la reconstrucción de los hechos. (Fls. 40 v. y s. y 48 y ss.).

El menor Eduino Esquiner Luna, cuya declaración es apenas de una página, debido a su edad de simples siete años, en lo que interesa, dice:

"...y entonces le dijo Gilma que le entregara el niño, entonces Hernán le tiró una patada a Gilma y la tiró a un rincón, y ahí mismo cogió el niño y lo tiró por encima de un lavaplatos y cayó al patio de abajo". (Fl. 38).

El menor Eduino Esquiner Luna, también en diligencia de careo con el inculpado, se sostuvo en su dicho, el cual ratificó, a su vez, en la diligencia de reconstrucción. (Fls. 42 v. y ss. y 48 y ss.).

Como puede apreciarse, las tres declaraciones de los testigos presenciales de los hechos en que perdió la vida el niño José Fabián Luna, coinciden en que el señor Vasco Otálvaro, obrando de manera absolutamente voluntaria, lanzó al menor por la ventana, como es racional, con el propósito, claro y evidente, de proporcionarle la muerte.

En la demanda se prescinde de estas pruebas que con tanta claridad sostienen que el homicidio atribuído al señor Vasco Otálvaro es voluntario y no culposo, como se pretende en la impugnación, donde solo se recoge, como si no existieran los predichos testimonios, la versión del acusado para luego tratar de buscarle respaldo, en primer lugar, en la declaración de la señora Lucrecia Otálvaro de Vasco, cuyo contenido se reseñó, la cual en modo alguno desvirtúa las aseveraciones de quienes presenciaron los sucesos, particularmente si se tiene en cuenta que el señor Vasco consumó el delito en razón de que no le fue posible llevarse al niño.

El trato de la señora Rosalba Luna con el procesado, después de ocurridos los hechos, y el supuesto convencimiento de ella respecto a que su hijo no había recibido muerte voluntaria por parte del señor Vasco Otálvaro, como es obvio nada tienen que ver con la llamada confesión del acusado.

La frase de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, señores Jaime Guerrero y Jorge Forero, cuyo texto se conoció a más de aparecer como insólita, en fuerza de que carece de toda explicación frente a los hechos que fueron materia de inspección, apenas corresponde a un concepto estrictamente personal, ausente por completo de motivación y mucho menos de justificación. De ahí que no sea posible acogerla como respaldo de la versión del acusado y, por ende, como algo que rectifique los asertos de los que presenciaron los sucesos.

Por último, los conceptos fiscales a que se refiere el recurrente no son hechos invocables para sustentación de la causal 2ª de casación. Esto es tan sencillo que no requiere comentario.

De todo cuanto se deja expuesto se desprende, como conclusión segura y exacta, que la causal 2ª, invocada en primer término, carece de fundamento.

Desde luego, las razones expuestas en orden a sacar la conclusión que precede, de suyo demuestran, a su vez, que también es infundado el primer cargo que se hace al fallo con base en la causal 1ª, puesto que si no hubo errónea apreciación de las pruebas en cuanto a la modalidad intencional del homicidio imputado, tampoco pudo existir violación de la ley al considerarse el delito en ese carácter.

Finalmente, la verdad es que, contra lo que se supone en la demanda, el homicidio no se tomó como asesinato, con base en el ordinal 5º del artículo 363, sino del 6º del mismo texto legal, según se deduce del siguiente párrafo cuya claridad es absoluta al respecto:

"Pero si se tiene en cuenta que la persona sacrificada era un niño de menos de dos meses de nacido, que de nada podía defenderse, ni huír, ni pedir socorro, al abusar de esa indefensión para darle muerte, hace que el hecho criminoso tome la denominación de asesinato".

El contenido de la transcripción deja en el vacío el cargo examinado, lo mismo que los razonamientos con que trata de justificarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de invalidar la sentencia materia de estudio, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, donde se condena al señor Hernán Vasco Otálvaro, como responsable del delito de homicidio en la modalidad de asesinato, a la pena de quince años de presidio y accesorias correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

FUERO PENAL CASTRENSE

La Constitución Nacional distingue entre Fuerzas Militares y Fuerzas de Policía, si bien una y otra están comprendidas bajo la denominación genérica de Fuerzas Armadas. Mientras la Policía Nacional estuvo incorporada a las Fuerzas Militares, les fue pertinente a sus miembros el fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pero no porque esta norma de la Carta se refiera a todos los cuerpos armados o Fuerzas Armadas de carácter permanente, sino, en forma exclusiva, a los militares en servicio activo. El fuero penal militar no puede extenderse a los civiles, sino cuando por razón de servicio están vinculados a las Fuerzas Militares, o se trata de espías o prisioneros de guerra, o de procesados por delitos previstos específicamente en el Código Penal Militar. El Decreto-ley 1705 de 1960 desincorporó a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares y, de consiguiente, como institución de carácter civil, dejaron sus miembros de estar vinculados al fuero penal castrense. La desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida por razón del Decreto 1705 de 1960, no tiene efecto retroactivo.

1. La previsión del artículo 170 de la Carta alude únicamente a "los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sin que pueda ser extendida esta norma a otros cuerpos armados de carácter permanente, como por caso a la Policía Nacional, los resguardos de aduana, las policías de circulación y tránsito, así se les denomine, por razón de que portan armas, fuerzas armadas, y las comprenda la Constitución con las fuerzas militares, bajo el rubro de "fuerza pública".

No cabe duda de que la Constitución Nacional, al referirse a los "delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio.....", para disponer que sean juzgados por Cortes Marciales o Tribunales Militares, (artículo 170), excluye a los miembros de los demás cuerpos armados o fuerzas armadas o fuerza pública distintos de las fuerzas militares, como la Policía Nacional, de la cual dice el artículo 40 del Decreto Ley 1705 de 1960 que es "UNA INSTITUCION DE CARACTER CIVIL, CON REGIMEN Y DISCIPLINA ESPECIALES BAJO LA INMEDIATA DIRECCION Y MANDO DEL MINISTRO DE GUERRA, Y TIENE POR OBJETO LA FUNCION DE PREVENIR LA PERTURBACION DEL ORDEN Y DE TUTELAR LOS DERECHOS CIUDADANOS".

Dicho fuero, de acuerdo con la citada norma de la Carta es pertinente sólo para los miembros de "las fuerzas militares", como así las denomina el mismo Decreto 1705 de 1960, en sus tres cuerpos de EJERCITO, ARMADA NACIONAL y FUERZA AEREA, a los cuales se refieren los artículos 36 a 39 del mismo estatuto.

No puede aceptarse la afirmación que hace el Tribunal Superior Militar, en su providencia de 2 de septiembre de 1960 (páginas 166 y 164 del expediente), según la cual, "con arrimo al artículo 58 de la Constitución, se puede ampliar la competencia de la justicia castrense...", pudiendo la ley atribuírlo, "en cualquier época, el juzgamiento de reos y delitos aunque éstos o aquéllos no sean puramente militares", porque ello no solo contraría el alcance del artículo 170 de la Carta, que habla de Cortes Marciales o

Tribunales Militares para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sino que llevaría a que la ley pudiera acabar con la misma rama penal del Organo Jurisdiccional del Estado, asumiendo el Organo Ejecutivo, a través de la justicia penal castrense (que emana de la rama administrativa del Estado) la facultad de administrar justicia en materia penal a los colombianos y extranjeros, así se trate de personas totalmente ajenas al servicio militar y por hechos reprimidos en la ley penal común.

En esta forma, no quedaría función alguna a los Jueces y Tribunales ordinarios, en materia penal. Y ni a la Corte misma, si se restableciera la Militar de Casación y Revisión.

2. El fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución, no puede, pues, extenderse por la ley a los civiles (o particulares, como los denomina el Código de Justicia Penal Militar), esto es, a personas sin vinculación alguna con las Fuerzas Militares, o con hechos atinentes a la misión misma de las fuerzas militares, específicamente señalados como violación punible sólo en el Código Penal castrense.

Siendo evidente que en el artículo 40 del Decreto Ley 1705, de 18 de julio de 1960, se hace de la Policía Nacional una institución de carácter civil, es lógico que sus miembros, salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional, son civiles y no militares, así por razón de su disciplina y organización especiales se les clasifique entre agentes, suboficiales y oficiales.

No puede suponerse que la institución sea la que únicamente tenga el carácter civil y que sus miembros sean militares, porque se trataría, entonces, de una fuerza militar, denominada Policía Nacional, que no podría estar por fuera de la organización militar; ni excluída del Comando General de las Fuerzas Militares; ni sometida a un régimen o disciplina especial, distinto del militar; ni tener el carácter de civil.

Y como el fuero penal castrense, como se dejó examinado, no puede ser extendido por la ley a los civiles, esto es, a las personas no militares y sin vinculación alguna con las fuerzas militares, es incuestionable que el Decreto número 1705 de 1960, al darle a la Policía Nacional el carácter de institución civil y desincorporarla, en consecuencia, de las fuerzas militares, derogó tácitamente las disposiciones que le daban a la justicia penal castrense la facultad de juzgar a sus miembros.

Esa incorporación de las fuerzas de la Policía Nacional a las fuerzas militares, ya se anotó, fue lo que hizo que sus miembros quedaran cobijados con el fuero penal castrense, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pues sus agentes, suboficiales y oficiales dejaron de pertenecer a una institución civil para adquirir el carácter de militares, como que quedaron sometidos al régimen militar, bajo el comando general de las Fuerzas Militares y haciendo parte, al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, como cuarto componente de las fuerzas militares.

3. De igual manera, la desincorporación de la Policía Nacional de las fuerzas militares, llevada a cabo mediante el Decreto 1705 de 1960, que hizo de la "Policía Nacional una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra...", (artículo 40), pero sin que forme parte, ya, como cuarto componente de las fuerzas militares, las que ahora solo constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (artículos 36 a 39 del mismo Decreto 1705 de 1960), le ha quitado a sus miembros el carácter de militares (salvo los que lo sean y presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense.

4. Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense, porque se la incorporó a las fuerzas militares y éstos dejaron de ser funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada) para tomar el carácter de militares, es lógico que al ser desincorporada de las fuerzas militares para hacer de ella una institución de carácter civil, sus miembros dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada).

No se explicaría que una fuerza armada fuese militar y no dependiese del Comando General de las Fuerzas Militares. En cambio, resulta acorde con lo previsto en el Título XVI de la Constitución Nacional, que no toda fuerza armada es militar, como que allí, además del Ejército (comprensivo de lo que ahora se denomina fuerza militar), se habla del Cuerpo de Policía Nacional y de la milicia nacional. Y a lo anterior, cabe agregar la policía de circulación y

tránsito, los resguardos de aduanas y los cuerpos de guardianes de cárceles, como agrupaciones de funcionarios civiles armados.

En el momento de la comisión de un delito quedan determinados el Juez que debe juzgar y el procedimiento aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Carta, según lo cual "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", salvo que la ley posterior sea permisiva o favorable, pues, como lo dispone la misma norma citada, en materia criminal se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La exclusión del fuero penal militar para los miembros de la Policía Nacional, hecha por el Decreto Ley 1705, de 18 de julio de 1960, solo tiene efectos hacia el futuro.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede esta Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia de 30 de septiembre de 1960, por la cual fue confirmado el fallo de primera instancia, de 13 de junio del mismo año, proferido por el Consejo de Guerra Verbal que juzgó en Manizales al agente de las Fuerzas de Policía, señor Miguel A. Crispín Ruiz y en el cual se le condenó a la pena de quince (15) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Abel Márquez Ramírez.

HECHOS:

Los sintetiza la sentencia recurrida, así:

El 8 de febrero de 1959, en las horas de la noche, se encontraron en el corregimiento de Jordania, jurisdicción del municipio de Apía, y dentro de un establecimiento de cantina y juegos de billar, de propiedad de la señora Marta Ruiz de Calle, los agentes de la Policía —Unidad Caldas— Miguel A. Crispín Ruiz y Abel Márquez Ramírez. Allí, como era apenas natural, había otras personas departiendo al rededor de licores, y otras jugando billar. En un momento determinado, aproximadamente a las diez de la noche, uno de los parroquianos de nombre Alirio Torres, que se encontraba en avanzado estado de embriaguez, sacó un machete, no se sabe con qué fin especial. Uno de los agentes logró arrebatárselo y lo dejó a guardar en la cantina. Algo más tarde el señor Raúl Martínez pidió a su vez un machete que la dueña del establecimiento le tenía en guarda, porque deseaba ya irse para su casa; por ello, el agente Miguel A. Crispín R., violentamente le quitó el arma y parece que hizo por herir a Martínez con el mismo machete, o le dio un planazo. El agredido salió en carrera y detrás de él el agente Crispín, quien, sacando el revólver, hizo un disparo contra Martínez, aunque felizmente sin consecuencias.

"Regresó Crispín al establecimiento y entonces su compañero Abel Márquez, que no estaba de servicio en Jordania sino había llegado a pasear, reconvino a Crispín diciéndole que ese no era modo de proceder de un guarda del orden, queriéndole significar que las armas no debían emplearse por trances sin importancia. Crispín fingió atender la amonestación de Márquez y lo invitó a que, en son de viejos amigos que eran, salieran a la puerta para seguir conversando. Márquez aceptó, y, fraternalmente abrazados salieron a la puerta, y tan pronto llegaron a ésta, el inculpado Miguel A. Crispín, en forma totalmente inesperada, disparó el revólver sobre Márquez, habiéndole interesado partes delicadas del bajo abdomen, a consecuencia de lo cual pocas horas más tarde falleció el agredido".

TRAMITE PROCESAL:

Perfeccionado el sumario, el Comando de las Fuerzas de Policía —Unidad Caldas—, con sede en Manizales, previo el concepto favorable del Auditor Auxiliar de Guerra número 20, dispuso convocar un Consejo de Guerra Verbal para que juzgue, por el delito de homicidio en la persona del agente de la Policía, Abel Márquez Ramírez, al agente de la Policía Miguel A. Crispín Ruiz, previas las siguientes consideraciones:

"Que por Decreto número 0321 de 1958, se restableció el orden público y quedó suspendido el estado de sitio en varios Departamentos de

la República, exceptuando, entre otros, el Departamento de Caldas;

"Que de acuerdo con la doctrina que viene sosteniendo el honorable Tribunal Militar, en los Departamentos donde subsiste el estado de sitio o turbación del orden público, el procedimiento a seguir en los procesos militares, exceptuando el procedimiento especial consagrado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar es el de Consejos de Guerra Verbales;

"Que por ser el sindicado un agente de la Policía, perteneciente a esta Unidad, de conformidad con los artículos 347 y 566 del código castrense, este Comando es competente para convocar un Consejo de Guerra Verbal, y

"Que el señor Auditor Auxiliar de Guerra número 20, adscrito a esta Unidad de Policía, ha conceptuado que debe convocarse un Consejo de Guerra Verbal, para que juzgue al agente de la Policía Miguel A. Crispín Ruiz, por el delito de homicidio cometido en la persona del agente Abel Márquez Ramírez, hecho sucedido en el corregimiento de Jordania —municipio de Apía— el 8 de febrero de 1959".

El veredicto de los señores vocales fue condenatorio, y el juzgador de primera instancia, al acogerlo, profirió la sentencia de 13 de junio de 1960, por la cual condenó al nombrado Miguel A. Crispín Ruiz a la pena de quince (15) años de presidio, más las sanciones accesorias pertinentes.

Una vez que hubo llegado este negocio al Tribunal Superior Militar, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia aludida por el procesado, el doctor Eduardo Umaña Luna, en su condición de Fiscal Tercero de esa Corporación, solicitó el envío de este asunto a la jurisdicción penal ordinaria.

Los fundamentos de la petición del señor Agente del Ministerio Público —que son los mismos en los cuales apoya el recurso de casación de que se ocupa esta Sala— fueron expuestos en la forma siguiente:

"Se trata de un delito de homicidio común, cometido el 8 de febrero de 1959, en jurisdicción municipal de Apía (Caldas), por un agente de la Policía Nacional.

"El 28 de julio de 1960, una vez conocido el Decreto Legislativo número 1705, del 18 del mes citado, en el proceso número 11718, por medio de la vista fiscal número 1624, ante una de las Salas de Decisión de esta Corporación, plantee la posibilidad de la incompetencia de jurisdicción para seguir conociendo de la acción penal contra varios miembros de la Policía Nacional, por estimar que a raíz del aludido decreto legislativo, los integrantes de tal organismo habían perdido el llamado 'fuero militar'.

"En tal oportunidad expresé:

"Se trata del decreto 1705, de 18 de julio de 1960, 'por el cual se reorganiza el Ministerio de Guerra y se determinan sus funciones', dictado en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, 'de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958 y en desarrollo del Decreto 0550 de 1960'.

"El proyecto de decreto fue aprobado por el honorable Consejo de Ministros, en la sesión del 15 de julio del año en curso y luego firmado por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Guerra.

"En tal decreto y para el punto que interesa en este concepto, se destacan algunos artículos que, en su orden, me permito transcribir y comentar, en cuanto tengan incidencia con la noción del fuero castrense, para los miembros de la Policía Nacional, sin perder de vista algunas importantísimas jurisprudencias emanadas, últimamente, de la honorable Corte Suprema de Justicia.

"Artículo 1º.— 'El Ministro de Guerra tiene a su cargo la dirección de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en su aspecto técnico militar y en su parte administrativa, con el objeto de hacer efectivo el servicio público de la defensa nacional, salvaguardiar la seguridad e independencia de la Nación, el orden interno y las instituciones patrias'.

"Aparece, así, un primer hecho jurídico: El concepto de 'Fuerzas Armadas' desaparece para volver al de 'Fuerzas Militares', que no comprende, como es obvio, a la Policía Nacional.

"En efecto, el antiguo Comando General de las Fuerzas Armadas, actualmente ya no lo es de la Policía Nacional, puesto que la suprema direcceción de tal entidad está a cargo, primeramente, del Ministro de Guerra y, en segundo término, del Director de la Policía Nacional, ya que el artículo 2º dispone: 'La Dirección del Ministerio de Guerra está a cargo del Ministro, quien la ejerce con la inmediata colaboración del Secretario General, del Comando General de las Fuerzas Militares y del Director de la Policía Nacional'.

"En el capítulo primero, título III, al referirse al Comando General de las Fuerzas Militares, como es lógico, para nada se refiere a la

Policía Nacional, sino a las Fuerzas Militares, tal como lo dispone el artículo 30, al decir: 'El Comando General de las Fuerzas Militares, como órgano de mando del Gobierno, ejerce esta función y es responsable ante el Ministro de Guerra, del mando, instrucción, educación, disciplina, conducta, empleo, conducción y administración de las Fuerzas Militares'.

"En relación con la jurisdicción castrense, el parágrafo del mismo artículo, advierte: 'El Comandante General de las Fuerzas Militares continuará con las funciones y atribuciones que las leyes y el Código de Justicia Penal Militar le señalaban como Comandante General de las Fuerzas Armadas, en cuanto éstas no se opongan a las disposiciones del presente decreto'.

"Bien sabido es que el artículo 321 del Decreto 0250 de 1958, dispuso: 'El Tribunal Superior Militar estará compuesto por nueve Magistrados abogados y por el Comandante General de las Fuerzas Armadas, que será su Presidente, y tendrá, además, tres Fiscales abogados y el personal subalterno que su funcionamiento requiera'.

"Entonces, ¿habrá alguna oposición entre las disposiciones del Decreto 1705 de 1960 y las del Decreto 0250 de 1958, en cuanto a las funciones y atribuciones del antiguo Comandante General de las Fuerzas Armadas, frente al nuevo Comandante General de las Fuerzas Militares y en lo referente a los miembros de la Policía Nacional?

"¿Con qué calidad quedó la Policía Nacional en el decreto 1705 de 1960, teniendo en consideración el artículo 65 que reza: 'Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias?'.

"Lo anterior, en estrecha concordancia con el artículo segundo del Código de Justicia Penal Militar: 'El ejercicio de la jurisdicción militar es inherente a la jerarquía militar. En ningún caso un militar inferior podrá juzgar a un superior, ni a otro más antiguo'.

"El 15 de mayo de 1959, por medio de la vista fiscal número 369, obrando dentro del proceso número 1695, después de comentar conocidas tesis, tanto de la honorable Corte Suprema como la que aparece publicada en el tomo LXXXVI de la *Gaceta Judicial*, reiterada por la Sala de Casación en lo Criminal el 7 de diciembre de 1957 y la del honorable Tribunal Superior Militar, publicada en el número 192, de Diario Jurídico, que se expuso en sentencia de julio 15 de 1955, hube de aducir:

"Las razones jurídicas que se han esgrimido sobre los diferentes puntos de vista, resultan supremamente respetables, por cuanto obedecen a enfoques jurídicos, siempre y cuando que en cualquiera de ellos no se menosprecie la realidad colectiva en que estaba el país cuando se produjeron los decretos 1814, de 10 de julio de 1953 y el 1897, de 21 de julio del año citado, por medio de los cuales, en su orden, se incorporó la Policía Nacional al Ministerio de Guerra, como cuarta fuerza y, además, se incorporaron las Policías Departamentales y Municipales a esa cuarta fuerza, que junto con la armada, la aviación y el ejército, integraban las Fuerzas Armadas.

"Podría, entonces, pensarse sobre cuál fue el real propósito que para tales medidas guió a la rama ejecutiva del Poder Público, convertida por fuerza de las circunstancias y dentro del ámbito del artículo 121 de la Constitución Nacional en verdadera rama legislativa. Es indudable y verdad manida, pero no por manida menos exacta, que por razones de orden público se hubo de producir determinada interferencia de las específicas funciones que distinguen a cada una de las Fuerzas Armadas. En no pocas oportunidades, por ejemplo, el Ejército desarrolló funciones meramente policivas y en algunas ocasiones la Policía ejerció atribuciones que no eran de su estricta incumbencia.

"Si lo anterior tuviere validez, entonces ¿por qué llamarnos a la alarma, mediante razonamientos que pueden resultar todo lo jurídicos que se requiera, pero que desde la tranquila frialdad de los despachos judiciales, pueden llegar a ignorar situaciones históricas producidas?

"Al examinar los decretos 2900 de 1953, especialmente en los artículos 140 y 141, así como las normas pertinentes para el caso que nos ocupa, del 1426 de 1954, no resultaría forzada la deducción lógica de que estos últimos, en relación con la Fuerza de Policía, se limitaron sencillamente a desarrollar los principios básicos que animaron al Ejecutivo-Legislativo para otorgar el fuero castrense a las unidades que entraron a formar una nueva fuerza. Porque, en realidad de verdad, señor Magistrado, el concepto de la Policía de carácter civil que ha sido tan debatido a lo largo de nuestra vida republicana, ante el imperio de los Decretos 1814 y 1897 de 1953, hubo de desaparecer, si no se olvida el hecho histórico acaecido.....".

Agrega más adelante lo que pasa a transcribirse:

"La ley 126 de 1959, en su artículo 1º, fue muy clara en decir cómo estaban constituídas las Fuerzas Armadas, o sea... 'por las Fuerzas Militares y la Fuerza de Policía'.

"Para evitar posibles confusiones, el artículo 274 del Decreto 250 de 1958 dispuso que para sus efectos, '...los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía...', con la sola excepción del delito de Deserción.

"O sea que tanto los miembros de las Fuerzas de Policía como los civiles al servicio de la misma, tenían el fuero, mientras que los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, son los llamados 'particulares', tal como lo recordó expresamente el artículo 365 del Código de Justicia Penal Militar, por la incidencia especial que contempla el numeral 6º del artículo 307 ibídem.

"El capítulo IV del Título III del Decreto 1705 de 1960, referente a la Policía Nacional, principia por establecer en el artículo 40: 'La Policía es una institución de carácter civil...', o sea que se varió fundamentalmente el antiguo régimen legal cuya última disposición es, precisamente, el ya recordado artículo 1º de la Ley 126 de 1959.

"No es Fuerza Armada, no es parte de las Fuerzas Armadas, sus miembros no son civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no dependen del Comando actual de las Fuerzas Militares, antes Comando General de las Fuerzas Armadas; son miembros de una institución de carácter civil bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra, pero con un Director que escapa al contenido básico de la jerarquía militar, puesto que su nombramiento o remoción, según el artículo 45, es de libre determinación del señor Presidente de la República.

"No se va a sostener que la mera dirección del Ministerio de Guerra para la Policía Nacional, tratándose de una institución de carácter civil, la someta a la mecánica, régimen y disciplina especiales de las Fuerzas Militares. No. Es lo mismo que sucedía con el personal de la Aeronáutica Civil que, si bien es verdad que hasta hace pocos días estaba bajo la inmediata dirección del Ministerio de Guerra, no la comprendía ni el régimen ni la disciplina especiales de las Fuerzas Militares, ni mucho menos estaban..." sus miembros... "amparados por el fuero castrense, como empleados de la Aeronáutica Civil, pese a ser una dependencia bajo la inmediata dirección del señor Ministro de Guerra, salvo en el caso general del numeral 6º del artículo 307 ya citado.

"Podría pensarse que cuando el artículo 49 dice que 'el Ministerio Público en la justicia penal militar será ejercido por el Procurador General de la Nación, por medio de un Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 142 de la Constitución', hubiese sido la intención que animó a los gestores del Decreto 1705 de 1960, dejar a salvo el fuero castrense para la Policía Nacional. Pero, entonces, ¿en qué sitio, dentro del Código de Justicia Penal Militar, o sea el Decreto 250 de 1958, se ubica un organismo de carácter civil, cuando de acuerdo con el artículo 365 ibídem, ante las nuevas leyes nos encontramos que los miembros de la Policía Nacional vienen a ser 'particulares'?

"Casos similares se han venido presentando a lo largo de la historia de nuestras organizaciones, aparte de la Policía Nacional, como instituciones civiles que, por la índole de sus funciones, deben estar sujetas a régimen y disciplina especiales, entre otras cuestiones, porque el Estado arma a sus miembros para el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, bien sabido es que unas veces la ley les dio por estas circunstancias el fuero castrense y otras varias resolvió eliminarlo.

"Porque no siempre el 'fuero militar' ampara a toda 'fuerza armada'. Por ello sabiamente el artículo 168 de la Constitución Nacional (Título XVI, 'de la fuerza pública') en su inciso primero establece que la 'fuerza pública no es deliberante', para, en seguida preceptuar que 'no podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y la moralidad del ejército, y con arreglo a las leyes de su instituto'.

"Los conceptos anteriores sobre 'Fuerza Pública', que no es lo mismo, dentro del lenguaje constitucional que 'Fuerza Armada', los extiende el inciso tercero a '...los miembros de la Policía Nacional y de los cuerpos armados de carácter permanente...', para la prohibición de ejercer el sufragio, o la intervención en debates políticos.

"El artículo 170 de la Constitución Nacional, que es la guía para diferenciar estas nociones con toda claridad, expresa categóricamente: 'De los delitos cometidos por los militares en servi-

cio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'.

"No se puede llegar a pensar —sin romper el texto y espíritu del artículo 170 de la Constitución Nacional— que el Decreto 1705 de 1960, al suprimir el fuero militar para la Policía Nacional, se opone a la Carta Magna, puesto que el canon fundamental habla es de ilícitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Nada más. Cuando el fuero se extiende a campos distintos al señalado en el artículo 170 de la Constitución Nacional, en mi humilde criterio, es cuando en verdad se viola el mandamiento jurídico supremo del país.

"Por eso la alta política del Estado, en los últimos años, ha tendido precisamente a restringir el concepto tan extendido de dar fuero militar a otra clase de personas distintas a los militares en servicio activo.

"Atendiendo a estas cuestiones, en el parágrafo del artículo 366 del actual Código de Justicia Penal Militar, verbigracia, se determinó: 'La justicia penal militar no tendrá jurisdicción ni competencia para conocer de los delitos comunes cometidos o que cometan los miembros de los Resguardos de Aduanas y Rentas Departamentales, los Cuerpos de Circulación y Tránsito, los de vigilancia o guardianes de cárceles y los Jefes de Policía a que se refiere el artículo 6º del Decreto número 1897 de 1953, y, en general, no tiene fuero militar, siempre y cuando no se trate de miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo'.

"La delegación especial que hace el señor Procurador General de la Nación para la Policía Nacional, de acuerdo con el artículo 49 del Decreto 1705 de 1960, no se refiere al fuero castrense, sino simplemente al ejercicio de la función del Ministerio Público según el caso específico, de la misma manera que antes de haberse dictado este Decreto, se ejercía y se ejerce la función, obligatoriamente, por el funcionario repectivo del Ministerio Público en el proceso penal.

"Algo más. Para efectos de la organización de la justicia penal militar, el Capítulo VII, del Título III, del libro segundo del Decreto 250 de 1958, por efectos inevitables del Decreto 1705 de 1960, ha quedado sin base y a espera de que el Gobierno Nacional reglamente la organización, distribución y funciones de la Policía Nacional, tal como lo preceptúa el artículo 46 del Decreto tantas veces citado.

"Si lo anterior resultare cierto, ¿no es precisamente porque tales normas, artículos 345 a 439, principalmente, han desaparecido?

"Los puntos para examinar y, necesario es, dilucidar no se detienen solamente en si los miembros de la Policía Nacional, o los civiles al servicio de la misma, dentro de la vigencia del Decreto 1705 de 1960, están sometidos a la jurisdicción penal militar en los casos que señalaba el Decreto 250 de 1958, sino que llegan, o han de llegar inevitablemente, mucho más lejos; por ejemplo, si los llamados 'ilícitos funcionales militares', verbigracia, la Desobediencia, ataque al Superior o al Inferior, etc., pueden o no ser cometidos por tales funcionarios. Pero estos relievantes tópicos no son propiamente la materia para conceptuar sobre el caso concreto de que hoy me estoy ocupando.

"Si la Policía es organismo civil, si por tal causa no se puede ubicar dentro del Código de Justicia Penal Militar, si la honorable Corte no acepta ni el juzgamiento especial para delitos cometidos antes de otorgarse el fuero, ni tampoco la prolongación del fuero cuando éste se ha perdido, concluyo que la jurisdicción penal militar ha dejado de ser competente, por efectos del Decreto 1705 de 1960, para los miembros de la Policía Nacional".

Dice el señor Fiscal que "numerosos argumentos ha escuchado en los últimos días, respecto de estos asuntos, dentro de los círculos más directamente interesados que, como es lógico, despiertan inquietud jurídica y merecen todo respeto"; y, anota, que "en la Orden del día número 166, para el día veintiséis..." de agosto de 1960, "se transcribió una circular sobre fuero militar, así:

'Para conocimiento de todo el personal de la Policía Nacional, se transcribe a continuación la Circular de la Dirección General, pasada a los Auditores de Guerra y demás funcionarios de la justicia castrense, relacionada a fuero militar.

'Para aclarar posibles equívocos sobre el Decreto 1705 de 1960, reorgánico del Ministerio de Guerra, en relación con la justicia penal militar, se informa:

'1º.— La Policía Nacional, como dependencia del Ministerio de Guerra, está sometida a la jurisdicción penal militar.

'En consecuencia, los miembros de la Institución, en su condición de Oficiales, Suboficiales,

Agentes o Personal Civil, están sometidos al Fuero Militar, esto es, que no podrán ser juzgados sino por funcionarios de la Justicia Penal Militar cuando se les imputen cualquiera (sic) de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, en tiempo de paz y por todo género de delitos en tiempo de guerra exterior o de turbación del orden público interno de la Nación.

'Dicho fuero ha quedado ratificado en los artículos 1º a 5º que se publicaron en la Orden General número 163 para el viernes, 22 de julio, artículo 1968.

'Allí se establece en primer término la dependencia de la Policía Nacional, del Ministerio de Guerra y la Justicia Penal Militar, como una dependencia de la Rama Técnica; lo mismo que la Procuraduría de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

'2º.— En ninguno de los artículos del Decreto reorgánico del Ministerio de Guerra se estatuye que la Policía Nacional haya quedado excluída del fuero militar y por el contrario, varias de las nuevas disposiciones que adelante se comentan, reafirman la aplicación de las normas del Código Penal Militar a los miembros de la Policía Nacional.

''Mientras no exista una disposición expresa que derogue, reforme o adicione el actual Código Penal Militar, éste quedará vigente, salvo lo que se ha dispuesto sobre la Procuraduría General de las Fuerzas Militares.

'A este respecto debe recordarse el precepto del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que indica las únicas vías para que una disposición legal deje de regir (surtir efectos).

'a) — Por expresa disposición del legislador. Novedad que el decreto no contiene.

'b) — Por incompatibilidad con disposiciones especiales anteriores.

'Ninguna de las nuevas disposiciones es contraria a los preceptos del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250, de 11 de julio de 1958) sobre Jurisdicción y Competencia, y la Policía Nacional conserva sus propios Jueces de Primera Instancia y de Instrucción y el Ministerio Público está encabezado ahora por el Procurador General de la Nación y por un Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

'c) — Por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

'El nuevo decreto reorgánico del Ministerio de Guerra no reformó el Código de Justicia Penal Militar y por el contrario dispuso, en su artículo 48, que las funciones del Tribunal Superior Militar y las de los Jueces de Instrucción Penal Militar serán determinadas por el Código de Justicia Penal Militar, y las disposiciones que lo reformen o adicionen, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido.

'3º — El artículo 50 del Decreto orgánico del Ministerio de Guerra faculta al Gobierno para reglamentar la composición orgánica y las funciones de la Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional. Es decir, para efectos de la dotación y nombramiento del personal que debe integrar esa dependencia.

'La dirección General de la Policía Nacional espera que con las anteriores explicaciones se disipen las dudas é interpretaciones equivocadas o mal intencionadas, formuladas sin conocimiento del texto del Decreto comentado'.

Y comentando el señor Fiscal los conceptos contenidos en el anterior comunicado, observa lo siguiente:

''Me parece que la vertebración del texto anterior parte de la involucración de disposiciones de orden meramente administrativo con asuntos jurisdiccionales penales, puesto que 'los artículos 1º a 5º' a que se hace referencia son, precisamente, los que inician el decreto reorgánico del Ministerio de Guerra, 'definición', señalamientos del criterio de 'dirección y organización', al hablarse de dos ramas: la 'administrativa y la técnica'.

''Pero tal clasificación por ramas, obedece al criterio de Dirección, pero no puede fácilmente confundirse por el aspecto técnico, con la jurisdicción penal militar, sino solamente en cuanto señala un sitio de contacto con las autoridades administrativas, para los efectos tangenciales de las relaciones entre justicia especial y administración pública misma.

''Sobre estas materias, los tratadistas de derecho constitucional y administrativo, suministran información muy clara, especialmente sobre cómo la mera relación de interdependencia administrativa no debe confundirse con el ejercicio de las funciones específicas, propias del ejercicio de la judicatura, en cualesquiera de sus jerarquías.

''La no exclusión expresa de la Policía del 'fuero militar', no da base para entender que éste se mantiene, ya que antes que considerar lo

meramente adjetivo, hay que trasladarse a lo sustantivo de la norma. Al comprobarse lo básico, necesariamente, accede lo formal: es la Policía Nacional un organismo civil, independiente del concepto de 'Fuerza', con régimen propio, Dirección independiente que, para los solos fines de un más técnico ejercicio de sus funciones tendrá, y tiene, 'régimen y disciplina especiales', que como es elemental, por tratarse de un cuerpo que porta habitualmente armas, debe tener el control superior del Ministerio de Guerra a través del titular respectivo, tal como sucede actualmente con otras dependencias que el artículo 26 'vinculó' para efectos de dirección y control, tales como los Fondos Rotatorios o la Caja de la Vivienda Militar.

"Para salvar el principio fundamental de la economía procesal, resulta imperativo tomar decisión inmediata sobre si hay competencia para seguir conociendo de este proceso, o no, por parte de la jurisdicción castrense..... Por ello es mi parecer que el expediente debe ser enviado a los Jueces competentes de la Justicia Ordinaria y tal es la proposición que someto a la ilustrada consideración del..." Tribunal Superior Militar.

Agrega el señor Fiscal:

"El numeral 1º del artículo 120 de la Constitución Nacional, dice que corresponde al señor Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: 'nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho y los Jefes de los Departamentos Administrativos.

"Ya se recordó cómo el artículo 45 del Decreto 1705 de 1960, establece que el Director General de la Policía Nacional será de libre nombramiento y remoción del Jefe del Estado, o sea que de acuerdo con el mandato constitucional, puesto que no se trata de un Ministro viene a ser este funcionario un Jefe de Departamento Administrativo.

"En el mismo artículo se agrega que el señor Presidente seleccionará al señor Director de la Policía... 'dentro del personal de oficiales superiores de la Institución o de las Fuerzas Militares', o sea que se desarrolla el artículo 4º del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, en cuanto dice: 'Lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública'.

"En lógica secuencia, el mando en lo militar quedó diáfanamente limitado, dentro del artículo 31 del Decreto 1705 de 1960: 'El mando se ejerce por el Ministro de Guerra directamente y a través del Comandante General de las Fuerzas Militares a los Comandantes de Fuerza'.

"Para nada se menciona a la Policía Nacional, puesto que ésta ya no es 'fuerza', sino simplemente un 'organismo civil'.

"Asimismo, también al establecerse el 'Estado Mayor Conjunto' se excepciona tácitamente a la Policía Nacional, pues el artículo 34 del Decreto 1705 de 1960, reza: 'El Estado Mayor Conjunto está integrado por Oficiales de las distintas fuerzas en proporción a los efectivos de cada una de ellas y su organización y funciones se determinan por el Comando General de las Fuerzas Militares'.

"Estos temas no son nuevos, sino que han sido materia de profundos análisis, por ejemplo, desde cuando la honorable Corte Suprema de Justicia, al desarrollar el principio del artículo 21 de la Constitución Nacional y en relación con el estudio del artículo segundo de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), en sentencia de 12 de diciembre de 1946, declaró inexequible el citado texto legal, en cuanto asimila a la Policía, guardias y otros cuerpos armados al ejército permanente de la República.

"Por ello los comentadores más autorizados en estas materias, dentro del panorama colombiano, recuerdan que militares en servicio, de acuerdo con la Constitución, no son los miembros de todos los cuerpos armados (policía, guardas de aduana, personal similar de las rentas departamentales), sino exclusivamente aquellos que están encargados de defender la integridad de la Nación contra los ataques externos e internos.

"Tal y no otra la causa que obligó a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 2º de la Ley 94 de 1938, en cuanto extendía a los funcionarios policivos la excepción constitucional del artículo 21.

"El Decreto 1705 de 1960 es fuente legal procesal, como Decreto Legislativo, dictado por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinaras de que trata el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, como lo son también los Decretos Leyes con base en el artículo 121, o los Decretos reglamentarios, que pueden también contener preceptos penales o procesales, para los civiles según el artículo 50 de la Carta, o los destinados a la jurisdicción castrense, pero dentro de los linderos del artículo 170 de la Constitución.

"Cuando se excede la norma legal, en cualesquiera de las formas antes enunciadas, recuerda el artículo 12 de la Ley 153 de 1887: 'Las leyes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, ni a la doctrina legal más probable'. Sobra recordar... que la denominada 'doctrina legal más probable', realmente hoy por hoy, no existe en nuestro país.

"La posible oposición entre las disposiciones del Decreto Ley 250 de 1958 y el Decreto Legislativo 1705 de 1960, al determinarse a la Policía Nacional como organismo civil, la tiene muy en cuenta el artículo 30 del Decreto último, al referirse al señor Presidente permanente de este Tribunal..." Superior Militar..., "único de segunda instancia y con jurisdicción nacional, al decir: 'El Comandante General de las Fuerzas Militares continuará con las funciones y atribuciones que las leyes y el Código de Justicia Penal Militar le señalaban como Comandante de las Fuerzas Armadas, en cuanto éstas no se opongan a las disposiciones de este Decreto.

"Por ello, también, se recordaron cuestiones muy conocidas sobre 'justicia penal militar' (Capítulo V; artículos 47 a 50) del mismo Decreto, con la salvedad de que la designación del funcionario a que se refiere el artículo 49 (Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional), se deberá hacer, de acuerdo con el numeral 4º del artículo 145 de la Constitución, por el señor Procurador General de la Nación.

"Por último, recuerdo que el artículo 1º del Decreto 1705 de 1960 habla es del papel del Ministerio de Guerra y no de la Policía Nacional, ya que el artículo 46 ibídem preceptúa que el Gobierno habrá de reglamentar, entre otras cuestiones, las 'funciones de la Policía Nacional', a fin de desarrollar el principio genérico, del artículo 40 ibídem, o sea '...la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos' ".

Esta solicitud fue resuelta, negativamente, por el Tribunal Superior Militar, en providencia de 2 de septiembre de 1960, previas las siguientes consideraciones:

"Las argumentaciones del distinguido colaborador fiscal fueron ya consideradas por la Sala Plena del Tribunal, al acoger como doctrina de la Corporación el concepto preparado por el suscrito Magistrado Ponente, que se inserta a continuación, ya que resuelve plenamente la cuestión planteada en el caso subjúdice:

"A.— *Noción del fuero militar.*

"El artículo 170 de la Carta Fundamental reza 'De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'.

"Se entraña allí una garantía constitucional para el militar, en cuanto solamente puede ser juzgado por Cortes o Tribunales también militares, en tratándose de ilícitos relacionados con el servicio. Y, desde otro punto de vista y precisamente para hacer real y actuante aquella garantía, se prohibe a la ley establecer que los jueces o tribunales ordinarios juzguen a los Militares por los referidos ilícitos. Surge, así, una especie de vínculo constitucional entre el reo, que tiene calidad militar, con el tribunal o juez, también militar, si entre ellos se tiende la circunstancia del delito cometido en relación con el servicio. Este es un vínculo que la ley no puede destruír, porque deriva de la misma Constitución.

"Para los efectos de dirimir competencias, importa mucho insistir en que del artículo 170 de la Carta se desprende una prohibición: ningún juez o tribunal ordinario puede conocer de los delitos cometidos por los Militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

"Pero, se pregunta, ¿podrá la ley ordenar a la inversa que los jueces o tribunales militares juzguen delitos distintos de los puramente relacionados con el servicio militar o que juzguen a personas distintas de los militares en servicio?

"Para nosotros es claro que sí, por dos razones:

a).— "Porque con ello no se impide a la Justicia Militar juzgar los reos y los delitos que le son propios. Su competencia no se reduce, sino que se amplía. El fuero constitucional de los Militares no se ataca.

b).— "Porque, de otro lado, esta ampliación de la competencia para la jurisdicción castrense no está prohibida por la Constitución. Esta ha dicho, apenas, que el delito militar cometido por el militar solamente puede juzgarlo el Juez Mi-

litar; pero no ha dicho que el Juez Militar no puede conocer otros delitos, ni juzgar otros reos.

"A este respecto es de suma importancia recordar el texto del artículo 58 de la propia Carta Fundamental, en cuanto enseña que la justicia se administra en el país por 'la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley...'. Esta norma confiere libertad al legislador para determinar los jueces y tribunales y darles competencia. Así, cuando la ley establece que los delitos de contrabando se avoquen por jueces o tribunales de aduanas y no por la llamada justicia ordinaria, lejos de estar violando la Constitución apenas la desarrolla en el espíritu de su artículo 58.

"Cosa pareja acontece cuando la ley acuerda a la jurisdicción militar competencia sobre delitos y reos no comprendidos en el Fuero Constitucional Militar; en tal ordenamiento no se arrebata la competencia constitucional a ningún Juez o Tribunal; meramente se da a la justicia castrense una nueva órbita jurisdiccional, en desarrollo también del artículo 58 de la Carta Fundamental.

"En refuerzo y corolario de lo dicho, obsérvese que el Título XV, 'de la administración de justicia', de la Constitución, no fija competencia a Jueces ni Tribunales; y aun, respecto de la Corte Suprema, se limita, en el artículo 151, a atribuírle la primera instancia en el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, (otro fuero constitucional). Allí, el constituyente subrayó el propósito de entregar a la ley el ordenamiento de las competencias jurisdiccionales.

"En conclusión, la ley puede atribuírle a la Justicia Castrense, en cualquier época, el juzgamiento de reos y delitos, aunque éstos o aquéllos no sean puramente militares.

"Por eso, en muchas ocasiones, la ley formal pura o el Decreto Legislativo ha dispuesto que los delitos comunes de los militares sean juzgados por la Justicia Castrense, dando así lugar al llamado 'fuero legal militar', por exclusión del fuero constitucional; y han dispuesto también que esa misma justicia conozca de infracciones penales cometidas por particulares, como ocurrió con la asociación para delinquir y todavía sucede respecto de los delitos políticos o del porte de armas, posesión o tráfico de las mismas, sin que nadie pueda afirmar que en eso se viene contrariando la Constitución Nacional.

"Esta tesis fue ya expuesta por la Corte Suprema, en sentencia de 4 de mayo de 1943 (*Gaceta Judicial* número 2010, página 615): 'Aunque el artículo 170 de la Constitución estatuye que de los delitos cometidos por los Militares en servicio activo conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, ello no se opone a que la ley extienda esa competencia a otras personas que no forman parte, en actividad, del Ejército, o que no son sino empleados de éste y aun a simples particulares. La Constitución, en este artículo, quiere dar una garantía a los militares, pero puede comprender también a los que no son militares'.

"B.—*Fuero de la Policía.*

"Bien entendido que la ley puede ampliar la competencia de la Justicia Castrense, veamos lo que ha ocurrido al respecto con los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional.

"Hay, en primer término, quienes sostienen que, merced a los artículos 74 y 75 del Acto Legislativo número 1 de 1945, incorporados en la codificación constitucional bajo los números 169 y 168, respectivamente, los miembros en servicio activo de la Policía Nacional fueron colocados en pie de igualdad con los del Ejército y que, por ende, la expresión 'militares en servicio activo' del artículo 170 de la Constitución de 1886, se hizo automáticamente extensiva a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía en servicio activo, para los efectos del fuero militar constitucional.

"Aunque en realidad este punto de vista no carece de buenos sustentos racionales y aun podría salir verdadero, no queremos afincarnos en él, ya que una tradición vasta y prolongada asigna el título jurídico de militares únicamente a quienes emplean las armas en la defensa de las fronteras, de la seguridad exterior del Estado y de las instituciones patrias, adoptando una rígida disciplina de guerra en la que es imposible discutir y vacilar acerca de órdenes superiores que deben cumplirse, a tal punto que se exime de toda responsabilidad a quien las obedece y ejecuta. Esta disciplina, hoy por hoy, es impredicable de la Policía.

"Además, si acogiéramos el punto de vista a que nos venimos refiriendo, deberíamos aceptar que también el fuero militar constitucional abrazaría a todos los 'cuerpos armados de carácter permanente', aludidos en el Acto Legislativo número 1 de 1945, tales como resguardos de Ren-

tas y Aduanas, lo que ya parece un exceso difícil de sostener.

"Otro menos radical debe ser el punto de partida en cuanto al fuero militar para la Policía Nacional.

"Ya se vio que la simple ley puede, con arrimo al artículo 58 de la Constitución, ampliar la competencia de la Justicia Castrense. En efecto, así lo hizo por el Decreto Legislativo 1426 de 1954, cuyo artículo 1º dijo: 'De todos los delitos que cometan miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar'.

"A nadie le ocurrió entonces afirmar, siquiera insinuar, la inexequibilidad de la norma, que, por lo demás, conjugaba muy bien con el espíritu del Decreto 1814 de 1953, que había comprendido bajo la denominación genérica y funcional de 'Fuerzas Armadas', tanto al Ejército, a la Fuerza Aérea y a la Armada, como a la Policía Nacional.

"De allí arranca la competencia de la Justicia Penal Militar sobre los miembros de la Policía Nacional: no del artículo 170 de la Constitución, sino del Decreto Legislativo número 1426 de 1954, basado, bueno es repetirlo, en el artículo 58, también de la Constitución Nacional.

"El fuero militar legal para los Policías ha existido desde entonces y fue reiterado en el año de 1958 por el Decreto Legislativo 250, de 11 de julio, actual Código Penal Militar. Es inequívoco que este Estatuto ratificó el fuero para los miembros de la Policía; tanto, que al hablar de la organización judicial dedica un capítulo entero, el VII del Título III, del Libro 3º, para indicar quiénes son los jueces de primera instancia para las Fuerzas de Policía. Y más aún: en el Libro II, que es el sustantivo del Código Penal Militar, se incluye en el Título XIV el artículo 284, de capital importancia, que dice:

'Para los efectos de este Código, los términos militar o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II'.

"Esta norma consigna perentoriamente el fuero legal para los miembros de la Policía Nacional. Porque donde se establezca un delito, una obligación, una pena, una garantía, un recurso, un procedimiento, etc., para los militares, automáticamente queda establecido también para los miembros de las Fuerzas de Policía.

"C.— *Significado del Decreto-ley 1705 de 1960, con respecto al fuero de los miembros de la Policía.*

"Pero a raíz de la expedición del Decreto-ley 1705 de 18 de julio de 1960, se pensó en que los miembros de la Policía habían perdido el fuero, porque:

a).— "Las antiguas 'Fuerzas Armadas' desaparecieron en la forma en que las concibió el Decreto-ley 1814 de 1953, y las mantenía la Ley 126 de 1959, para dar paso a dos concepciones distintas: las Fuerzas Militares, de un lado, y la Policía Nacional, de otro. Luego, se argumenta, si ya la Policía no hace parte de las Fuerzas Militares, le ha desasistido el fuero consiguiente.

b).— "El artículo 40 del aludido Decreto-ley dice que ahora 'la Policía Nacional es una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra...'. En consecuencia, si la Policía ya no hace parte de las Fuerzas Militares y es un organismo de carácter civil, ha perdido el fuero militar y sus miembros deben ser juzgados por la justicia ordinaria.

"Por nuestra parte, no encontramos exacta esta conclusión y vamos a decir por qué:

"Atrás se dijo que no puede equipararse los términos 'militares' y 'miembros de las Fuerzas de Policía' en servicio activo, ya que la tradición jurídica y la naturaleza de la disciplina de guerra no lo permiten. Empero, entonces se anotó algo que jamás puede perderse de vista: La Policía Nacional es una Fuerza Armada, conforme a la Constitución.

"En efecto, el Título XVI, bajo el rubro 'de la Fuerza Pública', da las normas dinámicas y fundamentales de los siguientes organismos: Ejército, Cuerpo de Policía Nacional, Milicia Nacional, y otros cuerpos armados, de carácter permanente.

"El constituyente, con muy buen acierto, reunió en ese solo Título el basamento de todos aquellos organismos oficiales, cuya misión genérica consiste en emplear la fuerza física para hacer respetar la Nación misma, la organización jurídica e institucional del Estado y el imperio de la ley. La noción de Fuerza Pública que trae la Carta Fundamental alude, no sólo al Ejército específicamente considerado, sino a todo aquel aparato de poder físico coercitivo con que de hecho y no por el mero dictado legal,

la autoridad hace obedecer sus mandatos, reduce e imposibilita a quien ofende o pretende transgredir la ley, ampara a los ciudadanos contra los delincuentes, defiende el territorio y cumple, en fin, muchas otras funciones públicas que por su esencia, se basan en el uso de las armas y en la disposición de gentes armadas. Esta es la fuerza física sin cuya existencia el derecho sería apenas un escrito inoperante.

"Por eso la Policía, o más concretamente el Cuerpo de Policía Nacional, se toma en la Constitución por Fuerza Pública indispensable para la coexistencia de los ciudadanos y para la guarda del orden.

"Empero, la Constitución no se contrae a darle a la Policía un poco teóricamente el carácter de Fuerza: dice que es una Fuerza Armada. Su artículo 168 reza: 'La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército, y con arreglo a las leyes de su instituto. Los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los Cuerpos armados de carácter permanente no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en deberes (sic) políticos'.

"El constituyente, en orden a salvaguardiar la autonomía de los ciudadanos en las actividades políticas y del sufragio electoral, quiso con la norma acabada de transcribir impedir toda ingerencia en ello a los ciudadanos que por uno u otro concepto portan las armas oficiales; de ahí que englobara al Ejército, a la Policía Nacional y a los cuerpos armados de carácter permanente, porque en el propio ánimo del constituyente estaba el considerarlo como Fuerza Pública a todos; y Fuerza Pública armada, tal como se reza en el encabezamiento del artículo 168.

"Visto así que, según la Constitución, la Policía Nacional es una Fuerza de Policía, esta esencia, esta naturaleza no se le puede quitar, ni aun cuando la ley diga lo contrario.

"Ahora podemos preguntarnos si realmente el artículo 40 del Decreto-ley 1705, atentando contra la Carta Fundamental, quiso quitar a la Policía Nacional su carácter de Fuerza Pública armada. Recordemos el texto: 'La Policía Nacional es una Institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos'.

"¿Qué significa ese 'carácter civil' que la norma atribuye a la Policía Nacional? ¿Será que ya no es Fuerza; que ya no puede usar armas?

"La respuesta, por lo fundamental del tema, no queremos darla con nuestras propias palabras, sino que vamos a valernos de un tratadista de Derecho Constitucional colombiano, quizás el único que ha tocado la cuestión después del Acto Legislativo número 1 de 1945, que acordó a la Policía Nacional su naturaleza de Fuerza Pública.

"El doctor Alvaro Copete Lizarralde, en el Capítulo XV de su obra 'Lecciones de derecho constitucional colombiano', en la página 386, dice: 'La Constitución prevé tres clases de cuerpos armados: el Ejército Nacional, la Milicia y la Policía Nacional'. En seguida se preocupa por establecer las diferencias sustanciales entre el Ejército y la Policía, y expresa: 'El Ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutidas. Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos'.

'La Policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el Ejército no obra nunca por unidades, la Policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones. Todos los tratadistas que estudian la noción de la policía, están acordes en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el Gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que caracteriza como eminentemente civil'.

"Puede observarse así...", continúa el Tribunal Superior Militar... "que el carácter civil de la Policía, razón de su diferencia con la Fuerza Militar, le viene, no de que sea un organismo ajeno a la noción de la fuerza física armada, sino de que su finalidad consiste en guardar el orden civil de la Nación y de que sus miembros no están sometidos a la disciplina

de guerra, conservando por ello la plenitud de la responsabilidad, por sus actos u omisiones. Empero, el carácter civil así entendido en nada excluye la naturaleza de fuerza que la Constitución Nacional y la praxis político-jurídica le dan a la Policía Nacional.

"Ahora se entiende por qué el Decreto-ley 1705 de 1960, sin caer en las tremendas incongruencias que algunos creen verle, a la vez que afirma el carácter civil de la Institución, le asigna una organización técnico-militar, como puede verse en el artículo 1º y como se deduce inequívocamente de la enumeración de unidades de policía, personal uniformado, oficiales, suboficiales, tropa y Director General que ha de ser necesariamente Oficial de la misma Institución o de las Fuerzas Militares, según puede observarse a lo largo del articulado.

"Confrontemos, ahora, la conclusión anterior con el texto del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, ya citado: 'Para los efectos de este Código, los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía...'.

"Entendido que la Policía sigue siendo una Fuerza Pública armada, es imposible afirmar que esta norma carece ya de objeto. Los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no han pasado a ser meros civiles, sino que siguen siendo miembros de la Fuerza de Policía, tal como los concibe la Constitución Nacional. Por tanto, el fuero legal consagrado en el artículo 284 subsiste y no ha querido ser derogado por el Decreto 1705 del año en curso, puesto que no podía arrebatarle a la Policía el carácter de fuerza, en lo que hubiera sido inexequible, ni, de otro lado, ha dicho expresamente que los delitos de los Policías en servicio activo, de ahora en adelante, deben ser juzgados por los jueces ordinarios.

"La Comisión ha concluído, como se ve, por considerar que el fuero legal militar para los miembros de la Policía no ha sido mermado ni suprimido por el Decreto 1705; y quiere advertir que en su estudio valoró los argumentos esgrimidos de lado y lado, haciéndose totalmente extraña a todo ímpetu polémico".

Agrega luego el Tribunal Superior Militar que, como argumento de autoridad de capital importancia, que apoya las conclusiones a que llega en la providencia que se transcribe, copia el oficio número 183, de 12 de agosto de 1960, dirigido por el señor Ministro de Guerra al señor Vicepresidente del Tribunal Superior Militar, el cual dice lo siguiente:

"...Me refiero a su nota de fecha 10 de los corrientes, y relacionada con el pensamiento del Gobierno respecto del fuero castrense de los miembros de la Policía Nacional. Sobre el tema, pongo en su conocimiento, que en ningún momento fue pensamiento del Gobierno el desvincular a la Policía de aspectos como el de la Justicia Penal Militar. La reorganización del Ministerio de Guerra, trajo novedades como la situación de esta Institución, en lo que se refiere al mando y organización, pero naturalmente que, al ser una dependencia del Ministerio de Guerra, al tenor del artículo 40 y siguientes del Decreto-ley 1705 de 1960, se debe pensar que, no debe haber aspectos de esta Institución que hayan quedado excluídos por el hecho de haber dejado de depender del Comando General. Por otra parte, se estima que si la Justicia Penal Militar se aplica al personal civil del Ramo de Guerra, por ser uno de los elementos integrantes del Ministerio de Guerra, existe la misma razón para hacerla operante a la Policía, como organismo que es, dependiente y constitutivo de la Rama Técnica del Ministerio de Guerra, al tenor del artículo 5º del Decreto-ley citado, máxime si se observa que al organizar la Procuraduría, se dispuso que esta tendría funciones en lo tocante a la Institución de la Policía Nacional. (Fdo.), Mayor General Rafael Hernández Pardo, Ministro de Guerra".

"El escrito que antecede...", anota el Tribunal Superior Militar..., "a más de suministrar en forma clara y de fuente muy valiosa la intención del legislador, expone, entre otros, un argumento lógico bastante contundente, cual es el implícito en el texto del artículo 49 del Decreto 1705:

'El Ministerio Público en la Justicia Penal Militar será ejercido por el Procurador General de la Nación por medio de un Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 142 de la Constitución'.

"Si en la intención del Decreto Ley hubiera estado suprimir para los miembros de la Policía el fuero legal militar, entrañándose en ello el paso inmediato de los procesos respectivos a la justicia ordinaria, no hubiera sido menester atribuírle al Procurador General de la Nación el ejercicio del Ministerio Público respecto de tales procesos, por cuanto dicho alto funcionario ya lo tenía frente a toda la justicia ordinaria.

"En cambio, como lo que se hizo en el artículo citado fue suprimir la Procuraduría General de las Fuerzas Armadas, sus atribuciones pasaron

al Procurador General de la Nación. Y entonces el Gobierno legislador estuvo explícito en advertir que el Ministerio Público en la justicia penal militar lo ejerce el Procurador General de la Nación, respecto, no sólo de las Fuerzas Militares, sino también de la Policía Nacional, por la simple razón de que ésta continúa sometida a la jurisdicción castrense; en otras palabras, que mantiene el fuero penal militar, que le venían concediendo los estatutos legales''.

Por último, se hace en la providencia del Tribunal Superior Militar los siguientes comentarios, que vienen al caso:

''...Se ha dicho que la Policía Nacional estuvo alguna vez equiparada exactamente con las Fuerzas Militares, por virtud de la Ley. No. Tanto el Decreto 1814 de 1953, como la Ley 126 de 1959, crearon, en desarrollo precisamente del Acto Legislativo número 1 de 1945, la noción general de 'Fuerzas Armadas'; y dentro de éstas establecieron dos especies bastante diferentes, a saber, las 'Fuerzas Militares', compuestas por el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional; y de otro lado, las 'Fuerzas de Policía'. De modo que el legislador había venido siendo sabio, ya que nunca confundió a las Fuerzas Militares con las Fuerzas de Policía, aunque sí entendió y lo dio a saber que unas y otras componen las Fuerzas Armadas estatuídas por la Constitución Nacional.

''Se ha pensado, también, que la Policía Nacional ha dejado de ser Fuerza Armada, porque según el artículo 45 del Decreto 1705 de 1960, 'el Director General de la Policía Nacional será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República', y según el 43, 'el Gobierno Nacional dispone los nombramientos, selección, ascensos, promociones, remociones y retiros del personal de Oficiales de la Policía Nacional'. Esto indica, se dice, que el cuerpo de la Policía Nacional es hoy un organismo puramente administrativo.

''Este raciocinio resulta igualmente equivocado, porque al Gobierno Nacional corresponden también los ascensos y nombramientos dentro de las Fuerzas puramente militares. Basta observar que el artículo 120 de la Constitución dice: 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa... 6º, disponer de la fuerza pública y conferir grados militares con las restricciones estatuídas en el inciso segundo del artículo 98...'.

''Además, llamamos la atención sobre el hecho de que, por ejemplo, para nombrar Comandante General de las Fuerzas Militares y Comandante de Fuerzas, se requieren decretos del Presidente de la República, en conformidad con la ley y con la Constitución. Luego los nombramientos de Oficiales y Director de la Policía Nacional emanados de la Presidencia de la República o del Gobierno Nacional no establecen un criterio diferencial.

''Se ha traído a colación una serie de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se afirma la irretroactividad del fuero para los miembros de las Fuerzas de Policía; pero es de advertir que precisamente el hecho de que la Corte considere que el fuero no es retroactivo, implica que sí existe. En el fondo, la Corte ha ratificado el fuero legal para la Policía.

''Y una observación final: de acuerdo con el Decreto 1814 de 1953 y con la Ley 126 de 1959, la Policía Nacional hace parte de las 'Fuerzas Armadas', al lado de las Fuerzas Militares, yuxtapuesta y no confundida con éstas. Ahora podemos preguntar: ¿El Decreto-ley 1705 de 1960, en alguna parte, ha dicho que las Fuerzas Militares han dejado de pertenecer a las Fuerzas Armadas, o que la Policía Nacional, a su vez, ha dejado de pertenecer a ellas? En ninguna parte.

''Todo lo que ha querido el Decreto-ley es sacar a las Fuerzas de Policía del Comando General que antes existía para todas las Fuerzas y colocarlas aparte. Por eso el Comando General de las Fuerzas Armadas se suprimió para dar paso simplemente al Comando General de las Fuerzas Militares.

''Es decir, que las Fuerzas de Policía pasaron de la dependencia del Comando General a la directa del Ministerio de Guerra. Como es lógico, este cambio de ubicación no implica de por sí el cambio de la naturaleza de la Institución.

''Bastará la transcripción anterior de lo que hoy constituye doctrina aprobada por la Sala Plena del Tribunal Superior Militar, para que esta Sala no acoja la solicitud del señor Fiscal Tercero de la Corporación, puesto que de las razones allí planteadas, se concluye que el fuero militar legal para los miembros de las Fuerzas de Policía continúa vigente, en la forma consagrada en el Decreto Legislativo número 250 de 1958, actual Código de Justicia Penal Militar''.

Continuado, en consecuencia, el trámite de segunda instancia, el Tribunal Superior Militar,

mediante sentencia de 30 de septiembre de 1960, confirma el de 13 de junio del mismo año, en el cual se condena al agente de las Fuerzas de Policía, señor Miguel A. Crispín Ruiz a la pena de quince (15) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Abel Márquez Ramírez.

DEMANDA DE CASACION

Pide el recurrente, en su condición de Fiscal 3º del Tribunal Superior Militar, que se declare la nulidad de este proceso desde cuando la jurisdicción castrense avocó su conocimiento, por incompetencia de jurisdicción.

Expresa que considera infringidos los artículos 26, 166 y 170 de la Constitución Nacional; el artículo 40 de la Ley 153 de 1887; los artículos 540 a 553 del Código de Procedimiento Penal; los artículos 2º, 306, 307, 308, inciso 1º del 325, 591, 593 y 594 del Decreto Legislativo número 250 de 1958, y los artículos 40 y 48 del Decreto-ley 1705 de 1960.

Invoca la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 597 del Código de Justicia Penal Militar, por estimar que la sentencia recurrida se profirió en un juicio viciado de nulidad.

Dice que la falta de competencia de la jurisdicción penal militar para ocuparse de este negocio fue por él alegada en las instancias, en escritos de 4 de agosto de 1960 y de 12 de septiembre del mismo año.

Señala como fundamentos de la causal de casación alegada los mismos que presentó ante el Tribunal Superior Militar (los cuales se dejaron transcritos en esta providencia) en su vista fiscal de 12 de septiembre de 1960, además de las siguientes consideraciones que hace en la demanda:

"...La Policía Nacional, a raíz del Decreto Legislativo 1705 de 1960, dejó de pertenecer a las Fuerzas Armadas; de modo que, ni aun por analogía —si ello fuere posible— se puede deducir que perteneciendo —como pertenecen sus integrantes— a Institución de carácter civil, puedan seguir siendo cobijados por el fuero militar; simplemente han regresado a la situación que tenían desde mucho tiempo atrás, sólo interrumpida, últimamente, por los Decretos-leyes ya recordados que, al constituírla como Cuarta Fuerza, al lado de las tradicionales de Ejército, Marina y Aviación, la incorporó a las 'Fuerzas Armadas'. Luego —a mi entender— esta base de argumentación, en ninguna forma, puede tomarse como cimiento para estimar que la Policía Nacional no ha quedado por fuera del juzgamiento castrense.

"Ahora, si como lo hace el Tribunal Superio Militar, se sigue repasando el mentado texto constitucional, se encuentra que el artículo 170 de la Constitución Nacional señala claros límites a esa jurisdicción, limitándola simplemente a los delitos cometidos 'en razón del mismo servicio'. Como es lógico, excluye el mandato de la Carta Magna a los ilícitos simplemente comunes, por ejemplo, al homicidio.

"Tanto es así, que la ley castrense se ha visto obligada a tipificar como 'militares' una extensa gama de la tipología común, tal como fácilmente se puede apreciar al examinar el Decreto-ley 250 de 1958. Tal medida es, precisamente, para incluír —al lado de los 'funcionales' como la deserción, el abandono del puesto, etc.— a otros que, sin la tipificación especial, serían entidades delictivas del directo conocimiento de la justicia ordinaria, verbigracia, los denominados homicidio militar, hurto militar, etc., etc.

"Concluye el Tribunal en este punto: 'Este es un vínculo que la ley no puede destruír, porque deriva de la misma Constitución'. Claro está: el Decreto legislativo 1705 de 1960, en su verdadero espíritu, restablece la estructura jurídica gravemente desquiciada al ampliar en forma generosísima la competencia de la jurisdicción castrense —teniendo, por lo menos, en la Policía Nacional, entidad de carácter civil— a regresar al régimen jurídico perfectamente constitucional, de acuerdo al artículo 170.

Agrega el recurrente:

"El honorable Tribunal sostiene que la ley puede ordenar que los jueces o tribunales militares 'juzguen delitos distintos de los puramente relacionados con el delito militar o que juzguen a personas distintas de los militares en servicio activo'.

"Las consideraciones que la citada Corporación hace sobre el particular...", comenta el demandante... "muy interesantes en verdad, desafortunadamente no vienen al caso, ya que la proposición del Fiscal Tercero plantea todo lo contrario: la justicia castrense no es competente, a raíz del Decreto-ley 1705 de 1960, para conocer de los delitos en que incurran los miem-

bros de una Institución de carácter civil, como no lo es tampoco respecto de otras entidades similares que, pese a ser verdaderas Fuerzas Armadas, no están dentro de los cánones señalados por el artículo 170 de la Constitución Nacional, como son los casos muy relevantes del D.A.S., de los Cuerpos de Resguardos, etc.

"Además, el Decreto 1705 de 1960, en ninguno de sus artículos, dice que la jurisdicción ordinaria juzgará a los miembros de una Institución civil, o sea la Policía Nacional.

"De ahí que la cita de autoridad, como fuente de la ley, que se ha esgrimido en el mismo estudio del Tribunal, o sea la brevísima nota del señor Ministro de Guerra (fls. 171 y 172 del cuaderno 1º), no pueda ser tomada como argumento definitivo para sostener que no pasó nada —en cuanto a jurisdicción— a partir de la vigencia del tantas veces mencionado Decreto... 1705.

"Un problema jurídico, por respetable que sea la ayuda que preste un Ministro, no puede dilucidarse sino con base en los fundamentos generales que informan a nuestro Derecho Positivo, dando primacía a los textos del máximo ordenamiento, el Constitucional.

"En cambio, no fueron allegadas las actas respectivas del Consejo de Ministros.

"Pero, aun aceptando que el pensamiento del Gobierno o, por lo menos, el del señor Ministro de Guerra, no hubiese sido el de 'desvincular a la Policía de aspectos como el de la Justicia Penal Militar', el mandato constitucional tiene una imperancia enteramente superior al mero 'pensamiento' de uno o de todos los distinguidos integrantes del Consejo que tomó la medida. Porque resulta ciertamente inexplicable cómo frente al artículo 170 de la Constitución Nacional se hubiera dictado el Decreto 1705 de 1960, sin pensar en las consecuencias jurisdiccionales que acarrearía inevitablemente disponer el carácter netamente civil de la Policía Nacional.

"En materia tan importante, no puede el intérprete de la ley seguirse por el indagamiento (sic) de las simples 'intenciones', sino que debe tomar la norma positiva y contemplarla a la luz de los mandatos legales de mayor jerarquía, hasta llegar a la Constitución Nacional. Por lo demás, en nada se perjudicaba la Policía Nacional; desde mucho tiempo atrás, antes de 1954, año en que se le dio el carácter de Cuarta Fuerza, conocía la justicia ordinaria de los delitos cometidos por miembros de la citada institución, ya que las garantías de imparcialidad, recta aplicación de la ley y cumplimiento de las normas procesales, caben para una u otra de las dos jurisdicciones mencionadas.

Anota, asimismo, que "para un mejor ordenamiento y repartición de trabajos, así como hay Procuraduría Delegada en lo Civil, para lo Penal y para lo Administrativo, existe ésta otra que, por lo demás, debe enfocarse también desde superiores mandatos constitucionales...", refiriéndose a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional.

"Lógico es que el Procurador General de la Nación...", agrega el impugnante... "de por sí solo, no podía atender el intenso movimiento de la jurisdicción castrense y por ello, en el aludido Decreto Legislativo (sic), con plena justicia, se determinó que toda esta actividad se desarrollara por un nuevo Procurador Delegado que, a más de la agencia del Ministerio Público para las Fuerzas Militares atendiera —cuando fuere del caso— problemas de la Policía Nacional, siguiendo el mismo principio que da base para que a este mismo funcionario —en terrenos distintos al penal— se le asignen funciones en el orden meramente administrativo.

. . . . . .

"Se dijo también que al citarse jurisprudencias anteriores de la honorable Corte Suprema de Justicia, por el método 'a colación', todo lo que se podía desprender de tales citas era que 'en el fondo la Corte ha ratificado el fuero legal de la Policía'.

"Pero, entonces, ¿qué pasa cuando un decreto separa de las Fuerzas Armadas a la Policía y le da carácter netamente civil? Lo mismo sucedió con el extinto S.I.C. y los cuerpos armados de las Aduanas que, en época reciente, gozaron del fuero militar y que, luego, con acomodación a los límites que establece el artículo 170 de la Constitución Nacional quedaron —como siempre han debido estarlo— dentro de la órbita de la justicia ordinaria.

Se pregunta, además: "¿En qué quedaría así el principio fundamental en derecho penal castrense, enfáticamente recordado en la parte primera del artículo 2º del Decreto Ley (sic) 250 de 1958, cuando dice: 'El ejercicio de la jurisdicción militar es inherente a la jerarquía militar?'.

"Por último, situar el problema fundamental del fuero militar al amparo del artículo 168 de la Constitución Nacional, con omisión del artículo 170 ibídem, es tratar de desviar la proposición principal hacia lo consecuencial, con

grave desmedro de la lógica jurídica. Existen otros 'cuerpos armados de carácter permanente', distintos de las Fuerzas Militares (Ejército, Marina y Aviación) que —como la Policía— son también instituciones de carácter civil. Exagerada pretensión sería entender que, con base en el 168 de la Constitución Nacional —olvidando el 170— se alegara para tales organismos el 'fuero militar'.

"El Tribunal Superior Militar, al transcribir parte de comentarios del doctor Alvaro Copete Lizarralde... relieva cómo un cuerpo armado puede ser esencialmente 'civil'; esto lo consignó nuevamente el Decreto Legislativo (sic) 1705 de 1960, terminando así con la agregación que a las Fuerzas Militares se había hecho bajo la denominación genérica anterior de 'Fuerzas Armadas', precisamente por la problemática surgida entre instituciones 'militares' y una 'civil' que se aúnan, entre otras cuestiones, con sus efectos sobre la expresión fuero militar.

"Desarrollando la cita que hizo el Tribunal, cabe destacar que el doctor Copete complementó su pensamiento, así:

'Aun los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que corresponde primordialmente al Gobierno y a sus agentes en todos sus grados. Por ello el cuerpo de Policía es un auxiliar de la autoridad civil y tiene este carácter. Por esta razón, el Presidente es el jefe supremo de la Policía, pero asimismo, son jefes de Policía en sus respectivos ramos y esferas los ministros, los gobernadores y los alcaldes.

'Si el cuerpo de Policía se incorpora a las Fuerzas Militares, quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a ministros, gobernadores y alcaldes en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las Fuerzas de Policía, extremo improcedente y absurdo. Mas como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser, fluye de manera nítida la imposibilidad de incluír el cuerpo de Policía dentro de las Fuerzas Militares'."

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LAS FUERZAS MILITARES Y PARA LA POLICIA NACIONAL.

El señor Procurador Delegado, Brigadier General Manuel Prada Fonseca, al descorrer el traslado de la demanda presentada por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, rechaza los fundamentos señalados por el recurrente y, en consecuencia, solicita que no se case la sentencia impugnada.

A las argumentaciones del demandante, anota el señor Procurador Delegado lo siguiente:

a).— Que "en primer lugar, puede decirse, conforme al texto del decreto citado, que la Institución Policía Nacional es civil, pero conforme al mismo texto, las personas son militares, como claramente lo expresan los artículos donde se habla de Oficiales, Suboficiales y tropa; luego como militares, según la misma Constitución, tienen fuero y pueden ser consiguientemente como militares consumar hechos delictivos 'en razón del mismo servicio'; no es la Constitución la que dice quién o quiénes son militares, sino la Ley. La Constitución comprende dentro de la Fuerza Pública, la Fuerza Armada, Ejército, Milicia Nacional y Policía Nacional.

b).— Que "cuando la ley puede ofrecer alguna duda, nada más sabio que acudir para su recta interpretación a la fuente de donde dimanó esa Ley; en este caso, el Decreto-ley 1705 de 1960 salió del Gobierno Nacional, y el señor Ministro de Guerra, como integrante de ese Gobierno, expresó el pensamiento del mismo Gobierno, es decir la fuente de la Ley, para despejar la duda que pudiera tener el señor Fiscal.

"No fue solo el pensamiento del Gobierno, sino que en los textos expresos del articulado del Decreto 1705 quedó claramente consignado el querer del Ejecutivo al legislar, como que dejó la jerarquía militar en la Policía, las mismas funciones en el Tribunal para juzgar a la Policía, etc.

"c).— Que "...el artículo 49 establece que en la Justicia Penal Militar el Ministerio Público se ejerce por un Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía, luego la Policía está precisamente dentro de la Justicia Penal Militar, y no fuera de ella.

"El texto legal, que se halla conforme al 142 de la Constitución Nacional, no dice en parte alguna que el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y para la Policía ejerza sus

funciones en jurisdicción distinta de la Justicia Penal Militar, sino precisamente ante ella.

"d).— Repite el señor Fiscal Tercero recurrente, que al examinar la honorable Corte el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal —Ley 96 de 1936— (sic)...", se trata de la Ley 94 de 1938....."solamente los militares podían ser amparados por la exención de responsabilidad cuando obren por orden superior, para concluír que solamente esto se refiere a los militares y no a cuestiones procesales.

"Sea el caso de aclarar que se trata de un problema de exención o no exención de responsabilidad, pero no una cuestión de jurisdicción o de competencia, pues de otro modo quedaríamos en que habría que repetir que el Oficial, Suboficial de la Policía hoy son militares conforme a la Ley.

"e).— Que "el señor Fiscal Tercero argumenta que el Comandante General de las Fuerzas Militares y los Comandantes de Fuerzas son nombrados por Decreto Ejecutivo, pero que el Director de la Policía es nombrado por el señor Presidente.

"Los unos y el otro son nombrados por Decreto, que tiene que ser Ejecutivo, es decir, llevar la firma del señor Presidente y del Ministro de Guerra.

"f).— Que "basta considerar que si acepta..." La Corte Suprema de Justicia... "que no es retroactivo el fuero de la Policía, es sencillamente porque tal fuero existe, de otro modo sería considerar como inexistente lo que no existe".

"g).— Que "argumenta el señor Fiscal, en su demanda, que el Comandante General de las Fuerzas Militares, no puede actuar en la Justicia Militar, porque no tiene mando sobre ellas, como que el Comandante General es de las Fuerzas Militares, dentro de las cuales no está la Policía.

"Los artículos 30, 48 y 49 del Decreto 1705 de 1960, con su sola lectura, relevan de cualquier comentario, pues muy claramente se dice en ellos que el Comandante General de las Fuerzas Militares continúa con las mismas funciones y atribuciones que señala el Código de Justicia Penal Militar al Comandante General de las Fuerzas Armadas; que el Tribunal Superior Militar y los Jueces de Instrucción Penal Militar, siguen siendo las mismas del Código de Justicia Penal Militar y demás leyes que lo adicionan y reforman.

"De otra parte, no se puede confundir el mando militar, con la función jurisdiccional, facultad de administrar justicia.

"h).— Que "no debe olvidarse que la jerarquía permanece, como que en la Policía hay Oficiales, suboficiales y tropa y que el Director debe ser Oficial de la Policía o de las Fuerzas Militares, luego la jerarquía está y permanece, desde sus más altos grados".

Agrega el señor Procurador Delegado que "cabe anotar que las instituciones, personas jurídicas, no son personas de Derecho Penal, sino que lo son las personas naturales, y así si la institución Policía Nacional tiene fisonomía civil como persona jurídica, las personas naturales que la integran en parte, sí son militares por disposición legal.

"Finalmente, considero que la Constitución no prohibe en parte alguna, adscribir la competencia de los delitos sancionados en el Código de Justicia Penal Militar a la jurisdicción castrense, sean cometidos por la Policía o por civiles, pues lo que se prohibe es que se adscriba a la competencia de los delitos cometidos por militares por servicio y por razón del mismo a una jurisdicción distinta de la militar. Este punto no tratado por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Militar, es de suma importancia, comoquiera que si la Ley le dio competencia a esta jurisdicción para conocer de los delitos cometidos por la Policía, en razón de sus funciones, es porque la jurisdicción competente es la militar, pues ella tiene capacidad para administrar justicia".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Numerosos argumentos han sido traídos en este proceso para dilucidar si mediante las previsiones del Decreto-ley 1705 de 1960, a partir de la vigencia de este estatuto, los miembros de la Policía Nacional son o no juzgables ante la jurisdicción penal militar, esto es, si están o no sometidos al fuero penal castrense.

El debate jurídico, sin embargo, se ha alejado bastante de la cuestión que lo resuelve, a saber:

¿Distingue la Constitución Nacional entre Fuerzas Militares y Fuerzas de Policía?

¿El fuero penal castrense, al cual estuvo sometida la Policía Nacional, en virtud de la incorporación de ésta a las Fuerzas Militares, es

común para los miembros de las diferentes instituciones o cuerpos de la llamada Fuerza Pública?

¿Puede atribuírse a la jurisdicción penal castrense el juzgamiento de los civiles, esto es, de quienes no son militares en servicio activo, y aun respecto de hechos extraños al servicio militar?

¿El Decreto-ley 1705 de 1960, al señalar que "la Policía Nacional es una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra", la desincorporó de las Fuerzas Militares (si bien es una fuerza armada) y, de consiguiente, la desvinculó del fuero penal castrense, previsto, según el artículo 170 de la Carta, "para los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio"?

La respuesta de las anteriores cuestiones resuelve el importante debate jurídico planteado por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, en este proceso. Mas para concluír si resulta o no demostrada la causal cuarta de casación por él invocada, en el supuesto de que dé por cierto que a partir de la vigencia del Decreto 1705 de 1960 la Policía Nacional quedó desvinculada del fuero penal militar, además es indispensable examinar si ello tiene efecto retroactivo, esto es, si como ocurre en este proceso, la jurisdicción castrense perdió competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional también respecto de delitos cometidos antes de entrar a regir el mencionado Decreto 1705 del año próximo pasado.

Pues bien:

1º.— *La Constitución Nacional sí distingue entre fuerzas militares y fuerzas de policía, si bien una y otra están comprendidas bajo la denominación genérica de fuerzas armadas.*

Los diferentes fines señalados en la Constitución Nacional al Ejército (o Fuerzas Militares) y a la Policía Nacional, explican la distinción que hace entre estos dos componentes de la Fuerza Pública.

El artículo 166 de la Carta dispone que "la Nación tendrá *para su defensa* un Ejército permanente...", y en el 167 señala que "la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional". Y este último tiene por objeto "la función de *prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos*", (art. 40 del Decreto-ley 1705 de 1960).

La doctrina constitucional siempre ha señalado como misión del Ejército la defensa de las instituciones, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio y la ejecución de sus compromisos internacionales. Estos supremos intereses, colocados bajo el amparo del Ejército, concretamente los indica el artículo 16 de la Constitución de Francia, de 1958.

Asimismo, el régimen constitucional de otros países precisa los fines del Ejército, así:

a).— *Portugal,* (Constitución de 11 de abril de 1933):

"Artículo 53.— El Estado garantiza la existencia y prestigio de las instituciones militares de tierra y mar, exigidas por las necesidades supremas de la defensa, de la integridad nacional y del mantenimiento del orden público y de la paz".

Y en el artículo 54 dispone que "el servicio militar es general y obligatorio..."

b).— *República Dominicana.* (Constitución de 10 de enero de 1947):

Luego de que distingue, en el artículo 81, entre Fuerzas Armadas y Cuerpos de Policía, preceptúa en el 86 que "la fuerza armada es esencialmente obediente y no tiene en ningún caso facultad para deliberar. El objeto de su creación es defender la independencia e integridad de la República, mantener el orden público, la Constitución y las leyes".

c).— *Bolivia,* (Constitución de 17 de noviembre de 1947):

Indica en el artículo 171 que "la fuerza armada permanente está compuesta del ejército de línea cuyo número se determinará en cada legislatura. Es esencialmente obediente, no delibera y está en todo sujeta a las leyes y reglamentos militares". Su objeto, dice el artículo 172, es "...la conservación del orden interno y de la seguridad externa del país..."

d).— *Brasil,* (Constitución de 18 de septiembre de 1946):

Señala en el artículo 176 que "las fuerzas armadas, constituídas esencialmente por el Ejército, la Marina y la Aeronáutica, son instituciones nacionales permanentes, organizadas sobre la base de la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República y dentro de los límites de la ley". Agrega en el 177 que "destínanse las fuerzas armadas

a defender a la patria y a garantizar los poderes constitucionales, la ley y el orden''.

Instituye las ''policías militares'' y dice que tienen como misión defender ''la seguridad interna y el mantenimiento del orden en los Estados, en los Territorios y en el Distrito Federal''. Agrega que ''son consideradas, como fuerzas auxiliares, reservas del Ejército'', y que cuando sean movilizadas ''al servicio de la Unión en tiempo de guerra externa o civil, su personal gozará de las mismas ventajas atribuídas al personal del Ejército'', (art. 183).

e).— *Ecuador,* (Constitución de 31 de diciembre de 1946):

En el artículo 153 dispone lo siguiente: ''Para la defensa de la República y mantenimiento del orden constitucional habrá Fuerza Armada Militar, organizada de acuerdo con la ley. Para salvaguardia del orden y seguridad internos y de los servicios sociales habrá una policía civil, que se rige por leyes especiales''.

f).— *Guatemala,* (Constitución de 11 de marzo de 1945):

Preceptúa en el artículo 149 que ''el Ejército nacional está instituído para defender la integridad territorial de la Nación, sostener el cumplimiento de la Constitución y el principio de alternabilidad en la Presidencia de la República. Es apolítico, esencialmente profesional, obediente y no deliberante. Se organiza como institución garante del orden y de la seguridad interior y exterior; y está en un todo sujeto a las leyes y reglamentos militares...''.

g).— *Honduras,* (Constitución de 28 de marzo de 1936):

Expresa en el artículo 169 que ''el ejército es una institución destinada a la defensa nacional y al mantenimiento de la paz y el orden público''.

h).— *Nicaragua,* (Constitución de 1º de noviembre de 1950):

En el Capítulo Unico, del Título XIII, que trata del ''ejército'', ordena que la ''guardia nacional de Nicaragua es la única fuerza armada de la República, destinada a garantizar la independencia de la Nación, la integridad de su territorio, la paz interior y la seguridad de los derechos individuales. Cualesquiera otros cuerpos armados, por el solo hecho de su organización, quedarán bajo la autoridad y control de la guardia nacional''.

i).— *Panamá,* (Constitución de 1º de marzo de 1946):

En el artículo 294 manda que ''la ley organizará por separado el servicio militar y el de la policía nacional''.

j).— *Perú,* (Constitución de 9 de abril de 1933):

Dice en el artículo 213 que ''la finalidad de la fuerza armada es asegurar los derechos de la República, el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y la conservación del orden público''.

k).— *El Salvador,* (Constitución de 7 de septiembre de 1950):

Reza el artículo 112 lo siguiente: ''La fuerza armada está instituída para defender la integridad del territorio y la soberanía de la República, hacer cumplir la ley, mantener el orden público y garantizar los derechos constitucionales. Velará especialmente porque no se viole la norma de la alternabilidad en la Presidencia de la República''.

l).— *Venezuela,* (Constitución de 11 de abril de 1953):

Establece en el artículo 56 que ''las fuerzas armadas nacionales son una institución profesional, impersonal y apolítica, al servicio exclusivo de la Nación. Las fuerzas armadas nacionales tienen por objeto fundamental garantizar la defensa de la Nación, mantener la estabilidad interna y apoyar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes''.

Ahora bien:

La Constitución de Colombia hace una clara distinción entre el Ejército (o Fuerzas Militares) y la Policía Nacional, organismos armados que comprende bajo la denominación genérica de ''Fuerza Pública'' (o Fuerzas Armadas). En efecto, en las siguientes normas alude al Ejército:

''Artículo 21.— En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

''Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden''.

Y precisamente por referirse únicamente a ''los militares...'' el precepto contenido en el segundo inciso del artículo antes transcrito, la

Corte, en providencia de 12 de diciembre de 1946 (G. J., t. LXI, p. 654), declaró inexequible el artículo 2º de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal, en cuanto lo hizo extensivo a "los miembros de los cuerpos armados en servicio", además de los militares.

"Artículo 27.— La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley:...2º. Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas *in continenti*, para contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo...".

"Artículo 98.— Son también atribuciones del Senado:...2ª. Aprobar o desaprobar los grados militares que confiera el Gobierno, desde Teniente Coronel hasta el más alto grado del Ejército o la Armada...".

"Artículo 120.— Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:...6º. Disponer de la fuerza pública y conferir grados militares con las restricciones estatuídas en el inciso 2º del artículo 98, y con las formalidades de la ley que regule el ejercicio de esta facultad...8º. Dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra, como Jefe de los Ejércitos de la República. Si ejerciere el mando militar fuera de la capital, quedará el Designado encargado de los otros ramos de la Administración...".

"Artículo 168.— ...Los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los Cuerpos armados de carácter permanente no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos".

"Artículo 169.— Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley".

"Artículo 170.— De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Da, pues, la Carta el carácter de militares a los miembros de las Fuerzas Militares, sin que lo haga extensivo a otros cuerpos armados u organismos de la Fuerza Pública, como la Policía Nacional. Piénsese, no más, en la facultad que a "los jefes *militares*..." confiere el ya transcrito ordinal 2º del artículo 27 de la Constitución, para "imponer penas *in continenti*..." a fin de "contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo", absolutamente extraña a los miembros de la Policía Nacional, cuya misión es la de "prevenir la perturbación del orden y tutelar los derechos ciudadanos", (artículo 40 del Decreto Ley 1705 de 1960) y no la "defensa de la Nación", encomendada al Ejército (artículo 166 de la Constitución).

Con todo fundamento, pues, anota el doctor Alvaro Copete Lizarralde en su obra "Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano" (Editorial Temis, 1957, segunda edición, páginas 385 a 393) lo siguiente:

"La Constitución prevé tres clases de cuerpos armados: el ejército nacional, la milicia y la policía nacional.

"La ley no ha organizado la milicia nacional. De suerte que estudiaremos primordialmente la diferencia entre ejército y la policía.

"El ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. 'Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos'.

"La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

"Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

"Aun los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados".

Cita el doctor Copete Lizarralde al profesor de la Universidad de Harvard, Carl J. Friedrich, quien en su obra "Teoría y realidad de la organización constitucional democrática en Europa y América" (traducción de Vicente Herrero, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1946) expresa en la página 94 lo siguiente: "No es accidental que la palabra política (inglés: *policy*) esté tan íntimamente relacionada con policía (inglés: *police*). Ambas derivan de la antigua palabra francesa *policie*. El diccionario de Oxford nos dice que el sentido general de policía es 'administración civil' que está encargada de los diferentes tipos de acción adoptados por los gobiernos (políticas). El segundo sentido de policía es 'orden público' y naturalmente que tal orden ha de mantenerse mediante esas diversas políticas. En consecuencia, no es sorprendente encontrarnos a los primeros gobiernos modernos preocupados con el problema de la policía".

La Corte, en distintas oportunidades, ha tenido ocasión de precisar el alcance de la organización policiva y de su primordial objetivo, a saber:

En sentencia de 1º de diciembre de 1930 expresó esta Corporación que "la policía pertenece al orden administrativo; su misión es esencialmente preventiva y de protección social; debe ser la mano fuerte, el apoyo decidido para conservar el orden público y respaldar las decisiones del poder judicial", (G. J., t. XXXI, p. 31).

Y en providencia de 7 de octubre de 1936 dijo esta Entidad que "los tratadistas de derecho administrativo distinguen la policía administrativa, que es la que tiene por fin mantener el orden público en sus tres elementos: tranquilidad pública, seguridad pública y salubridad pública, de la policía judicial, que es un auxiliar de la justicia represiva y tiene por objeto buscar, detener y entregar a los tribunales a los autores de las infracciones penales. Así, pues, cuando el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución..." (hoy ordinal 7º)... "señala como atribución del Presidente de la República la de 'conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado', lo inviste de una suprema autoridad de policía administrativa y lo faculta para prevenir, por medio de la reglamentación, las perturbaciones de la tranquilidad pública, de la seguridad pública y de la salubridad pública, así como para reprimir por medio de la coerción las perturbaciones que se produzcan. Asimismo, cuando el artículo 15 del Acto Legislativo número 1 de 1936 dispone que las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas, les confía a tales autoridades, que son las administrativas, una misión de policía...", (G. J., t. XLIV, p. 10 a 11).

El doctor Roberto Pineda Castillo, en su obra sobre "La Policía", (Editorial A. B. C., Bogotá, 1950), anota en las páginas 172 a 173, lo que pasa a transcribirse:

"La policía no puede estar sometida a régimen militar, sencillamente porque es una institución civil. Lo uno excluye lo otro. La policía gobernada militarmente no es policía, sino ejército. Ocurre lo mismo con la disciplina militar. Si la disciplina expresa siempre acatamiento a determinadas normas, la expresión 'disciplina militar' es un modo abreviado y un tanto acomodaticio de indicar que quien está sujeto a ella debe cumplir los reglamentos militares. Y sabido es que los reglamentos de los cuerpos de policía son distintos a los militares. Si el deber policíaco y el deber militar no pueden identificarse, porque las tareas son distintas, no se puede hablar de una disciplina militar para la policía, a menos que se imponga a ésta el cumplimiento de normas ajenas, con lo cual automáticamente dejaría de ser policía".

Refiriéndose el doctor Pineda Castillo a los cuerpos de policía, anota que no se les puede denominar "fuerza armada". Y, agrega: "Si la ley se decidiera por incluír a los cuerpos de policía en la fuerza armada, entonces se impondrá una reforma de la Constitución que otorgara a estos cuerpos todos los privilegios de que disfrutan los militares. No habría razón alguna para no hacer extensivo a ellos lo dispuesto en los artículos 21, 169 y 170 de nuestra Carta Fundamental". (p. 176).

En fin, que para este tratadista el concepto de fuerza armada y el de fuerza militar son una misma cosa, y por ello, considera que para hacer extensivo a los miembros de Policía el fuero castrense a que se refiere el artículo 170 de la Carta, sería menester una reforma de la Constitución, en el sentido de asimilar a las fuerzas militares las fuerzas de policía.

Sin embargo, cabe anotar que dentro del concepto genérico de "fuerza pública" y de "fuerza armada" comprende la Constitución Nacional tanto al Ejército como a la Policía Nacional y a los demás Cuerpos armados de carácter permanente", sin que ello implique que todos ellos sean militares, pues en lo único que la

Carta los asimila, es en el hecho de portar armas. Precisamente el Título XVI de la Constitución habla de "la fuerza pública" y en él se refiere tanto al Ejército como a la Policía Nacional y a otros cuerpos armados. Y en el artículo 168 dispone: "La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército, y con arreglo a las leyes del instituto. Los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los Cuerpos armados de carácter permanente no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos".

Por tanto, la previsión del artículo 170 alude únicamente a "los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sin que pueda ser extendida esta norma a otros cuerpos armados de carácter permanente, como por caso a la Policía Nacional, los resguardos de aduanas, las policías de circulación y tránsito, así se les denomine, por razón de que portan armas, *fuerzas armadas* y la Constitución las comprenda, con las *fuerzas militares,* bajo el rubro de *"fuerza pública"*.

Afirma, asimismo, el doctor Pineda Castillo que hoy "se acepta, como cosa definitiva, que la policía y el ejército, además de tener objetivos precisos excepcionalmente comunes, se diferencian por la manera diametralmente opuesta como se desempeñan. Basta pensar qué al soldado se le prepara para la guerra, mientras que al policía se le educa para la paz. Sin coincidir en el armamento, el criterio de su empleo es muy distinto en la policía y en el ejército. También difieren en cuanto a la actitud, pacífica y mediadora en la policía, combativa en el ejército. Y en cuanto a la actuación, colectiva la una, individual la otra, si nos atenemos a los términos generales y a las situaciones corrientes. Lo cierto es que no es posible refundir estas dos instituciones sin que se produzca, de hecho, un retroceso en la organización social", (p. 126).

También expresa este mismo autor lo siguiente:

"Si el Cuerpo de la Policía Nacional es una institución civil, no es lógico, entonces, manifestar y sostener que hay dentro de ella un personal militar y un personal civil. En realidad, el único personal militar del Cuerpo es aquel que, proveniente del Ejército, ha venido en comisión a prestar sus servicios a la Policía Nacional. Por razón de las distintas funciones debe distinguirse, únicamente, entre personal uniformado y personal no uniformado de la policía, bien entendido que, uniformados y no uniformados, son civiles y no militares", (p. 109).

"Los cuerpos de policía son agrupaciones civiles, pero ofrecen esta peculiaridad: son cuerpos civiles que llevan armas o mantienen a su disposición un buen número de ellas... La Policía y el ejército...", agrega... "no pueden coincidir ni en la clase de armas de que se valen o puedan valerse, ni en el criterio para emplearlas. Algunas de las que usa el ejército resultan manifiestamente inútiles o fuera de lugar en manos de la policía. Ni los cañones, ni los morteros, ni los tanques pesados, ni otras de largo alcance y de poder destructivo que no interesa enumerar aquí, resultan armas apropiadas para las rutinarias tareas policíacas... Si la policía y el ejército no coinciden en las armas que poseen y llevan, menos coinciden en el criterio para emplearlas. Esto resulta fundamental cuandoquiera que se trate de diferenciar los procedimientos policíacos de los militares. El ejército ataca y contra-ataca valiéndose libremente de sus armas. La policía no las emplea sino en la medida que resulte absolutamente necesaria para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la vida o los bienes", (pgs. 112 a 113).

Por último, afirma el doctor Pineda Castillo: "El ejército tiene por misión propia conservar el orden público externo. La policía, el orden público interno. La función de la policía es la prevención, no la represión, que corresponde a la justicia. La policía de vigilancia previene las alteraciones del orden público mediante un peculiar y conocido procedimiento: por pura presencia o, lo que es lo mismo, por una acción de simple vigilancia. He ahí el fin específico de los cuerpos uniformados del servicio...". Y, aclarando que es un intento suyo de definición del Cuerpo de la Policía Nacional, dice que es "una agrupación de funcionarios civiles, con gobierno propio, uniformados en las categorías de oficiales, suboficiales y agentes, provistos de armas que sólo les es dado emplear con criterio defensivo conscientes y espontáneamente subordinados a las normas que establecen el deber común de prevenir con su vigilancia las alteraciones del orden público interno", (p. 114).

No cabe, pues, duda alguna de que la Constitución Nacional, al referirse a "los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio...", para disponer que sean juzgados por Cortes Marciales

o Tribunales Militares, (artículo 170), excluye a los miembros de los demás Cuerpos Armados o fuerzas armadas o fuerza pública distintos de las fuerzas militares, como la *Policía Nacional,* de la cual dice el artículo 40 del Decreto Ley 1705 de 1960 que 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".*

Dicho *fuero,* de acuerdo con la citada norma de la Carta, es pertinente sólo para los miembros de *"las fuerzas militares",* como así las denomina el mismo Decreto 1705 de 1960, en sus tres cuerpos de *Ejército, Armada Nacional* y *Fuerza Aérea,* a los cuales se refieren los artículos 36 a 39 del mismo estatuto, así:

"Artículo 36.— Los Comandos de fuerzas están integrados por los Comandantes del Ejército, de la Armada Nacional y de la Fuerza Aérea.

"SECCION 1ª

"Ejército:

"Artículo 37.— El Ejército comprende:

"a).— El Comando del Ejército.
"b).— Escuelas e Institutos de formación y preparación militar.
"c).— Las unidades operativas.
"d).— Las formaciones del Ejército.
"e).— Los servicios.

"SECCION 2ª

"Armada Nacional.

"Artículo 38.— La Armada Nacional comprende:

"a).— El Comando de la Armada.
"b).— Las Escuelas de preparación y formación naval, militar y mercante.
"c).— Las Fuerzas Navales.
"d).— Las Bases Navales y Fluviales.
"e).— Las Unidades de Infantería de Marina.
"f).— Los servicios.

"SECCION 3ª

"Fuerza Aérea.

"Artículo 39.— La Fuerza Aérea comprende:

"a).— El Comando de la Fuerza Aérea.
"b).— Las Escuelas de preparación y formación aérea.
"c).— Las Unidades de combate y bombardeo.
"d).— Las Unidades de transporte aéreo.
"e).— Las Bases aéreas.
"f).— Las Unidades terrestres de aviación.
"g).— Los servicios".

2º.— *Mientras la Policía Nacional estuvo incorporada a las Fuerzas Militares, les fue pertinente a sus miembros el fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pero no porque esta norma de la Carta se refiera a todos los cuerpos armados o fuerzas armadas de carácter permanente.*

Dado el alcance de la expresión *militar,* que se desprende de la Constitución Nacional y de la doctrina, a nadie se le ocurriría decir que un agente del resguardo de aduanas o uno de la policía de circulación y tránsito son militares, sólo porque se mantengan uniformados y porten armas.

De igual manera, es extraño a los fines mismos de una institución civil, como la Policía Nacional, decir que sus miembros son militares, sólo porque estén uniformados y porten armas, así se les distinga entre agentes, suboficiales y oficiales.

Sin embargo, a raíz de la incorporación de la Policía Nacional a las fuerzas militares, cumplida mediante el Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, aquella fuerza armada adquirió la condición de militar, entrando a formar el cuarto cuerpo de las fuerzas militares, para entonces denominadas "fuerzas armadas",

En efecto, el Decreto Legislativo número 0377, de 13 de diciembre de 1957, que reprodujo la organización y mando militar existente desde la incorporación de la Policía Nacional a las fuerzas militares, dijo lo siguiente:

"Las fuerzas armadas comprenden:

"El Comando General de las Fuerzas Armadas.

"El Ejército;

"La Armada;

"La Fuerza Aérea;

"Las Fuerzas de Policía;

"La Dirección General de los Servicios, y

"Las formaciones o Cuerpos que se le destinen posteriormente".

Y luego de referirse este estatuto a los Comandos del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, también se ocupa del Comando de las Fuerzas de Policía.

"Es decir, que a más de los tres cuerpos que ahora indica el Decreto Ley 1705 de 1960, para entonces existió otro dentro de las fuerzas militares: el de las Fuerzas de Policía, ahora excluída por este estatuto del Comando General de las Fuerzas Militares, pues se la hace dependiente de su Director General y del Ministro de Guerra, para los efectos de su organización, administración, inspección y vigilancia, (artículo 42).

Pues bien:

La incorporación de las fuerzas de policía a las fuerzas militares, cumplida, como se dijo, por el Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953, les dio a sus miembros el carácter de militares y consiguientemente los sometió al fuero penal castrense.

Esta razón explica que el Decreto Legislativo número 2900, de 3 de noviembre de 1953, dispusiera que "los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de éstas a las fuerzas armadas..." (a las fuerzas militares, como entonces se entendió por fuerzas armadas), son de la competencia de la jurisdicción penal militar.

Y bien se dijo en este último decreto, que los miembros de la Policía tenían fuero militar "en virtud de la incorporación de ellos a las fuerzas armadas...", esto es, a las fuerzas militares. Y se dice a las *fuerzas militares,* porque si la policía es una fuerza armada, mal puede entenderse que el Decreto Legislativo 1814 de 1953 buscó hacer de la Policía Nacional lo que ya era: una *fuerza armada.* Otro aspecto, es el de que, para entonces, se hubiera denominado a las fuerzas militares, *fuerzas armadas,* tomando el *continente* por parte del *contenido.*

Es evidente, por tanto, que el fuero castrense se hizo viable para las fuerzas de policía sólo en virtud de su incorporación a las fuerzas militares, mas no porque el precepto constitucional aludido se refiera a todos los cuerpos armados de carácter permanente, pues únicamente a los miembros de las fuerzas militares se les puede llamar *militares,* y el artículo 170 alude a "los militares en servicio activo y en relación con los delitos cometidos por razón del mismo servicio".

3º.— *El fuero penal militar no puede extenderse a los civiles, sino cuando por razón de servicio están vinculados a las fuerzas militares, o se trata de espías o prisioneros de guerra, o de procesados por delitos sólo previstos específicamente en el Código Penal Militar.*

El artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo número 0250, de julio 11 de 1958) dice que "están sometidos a la jurisdicción penal militar:

1º.— "Todos los militares en servicio activo;

2º.— "Los militares en situación de reserva o de retiro, en los casos de delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas o de los delitos en que los particulares puedan ser juzgados según este Código;

3º.— "Los militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia;

4º. —"Los prisioneros de guerra y los espías;

5º.— "Los civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas;

6º.— "Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos".

La vinculación, pues, de las personas no militares, ya al servicio de las fuerzas militares, o a hechos contrarios a la misión misma de las fuerzas militares, puede hacer factible su juzgamiento por la jurisdicción penal castrense.

Pero no puede aceptarse la afirmación que hace el Tribunal Superior Militar en su providencia de 2 de septiembre de 1960 (pgs. 166 y 164 del expediente), según la cual, "con arrimo al artículo 58 de la Constitución, se puede ampliar la competencia de la justicia castrense...", pudiendo la ley atribuírle, "en cualquier época, el juzgamiento de reos y delitos aunque éstos o aquéllos no sean puramente militares", porque ello no sólo contraría el alcance del artículo 170 de la Carta, que habla de Cortes Marciales o Tribunales Militares para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sino que llevaría a que la ley pudiera acabar con la misma rama penal del Organo Jurisdiccional del Estado, asumiendo el Organo Ejecutivo, a través de la justicia penal castrense (que emana de la rama administrativa del Estado) la facultad de administrar justicia en materia penal a los colombianos y extranjeros, así se trate de

personas totalmente ajenas al servicio militar y por hechos reprimidos en la ley penal común.

En esta forma, no quedaría función alguna a los jueces y Tribunales ordinarios, en materia penal. Y ni a la Corte misma, si se restableciera la Militar de Casación y Revisión.

El artículo 58 de la Carta no permite las conclusiones a que llega el Tribunal Superior Militar, en la providencia aludida, en las cuales fundamenta la aseveración de que aun tomándose a los miembros de la Policía Nacional como civiles, bien puede la jurisdicción penal castrense ocuparse de su juzgamiento. En efecto, hace el Tribunal Militar la pregunta de si "podrá la ley ordenar, a la inversa, que los jueces o tribunales militares juzguen delitos distintos a los puramente relacionados con el servicio militar o que juzguen a personas distintas de los militares en servicio activo", a la cual responde que "para nosotros es claro que sí, por dos razones:

a).—"Porque con ello no se impide a la justicia militar juzgar a los reos y los delitos que les son propios. Su competencia no se reduce, sino que se amplía. El fuero constitucional de los militares no se ataca.

b).— "Porque, de otro lado, esta ampliación de la competencia para la jurisdicción castrense no está prohibida por la Constitución. Esta ha dicho, apenas, que el delito militar cometido por el militar solamente puede juzgarlo el juez militar; pero no ha dicho que el juez militar no puede conocer otros delitos, ni juzgar otros reos. A este respecto...", agrega... "es de suma importancia recordar el texto del artículo 58 de la propia Carta Fundamental, en cuanto enseña que la justicia se administra en el país por 'la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás tribunales y juzgados que establezca la ley...' Esta norma confiere libertad al legislador para determinar los jueces y tribunales y darles competencia. Así, cuando la ley establece que los delitos de contrabando se avoquen por jueces y tribunal de aduanas y no por la llamada justicia ordinaria, lejos de estar violando la Constitución, apenas desarrolla en el espíritu de su artículo 58... En conclusión, la ley puede atribuírle a la justicia castrense, en cualquier época, el juzgamiento de reos y delitos aunque éstos o aquéllos no sean puramente militares".

Y no permite el artículo 58 de la Carta dicha interpretación, porque cuando tal cosa dispusiera la ley, vale decir, cuando atribuyera a la jurisdicción penal castrense la competencia en materia penal respecto de civiles y militares y por cualquier violación punible, dejaría de existir el fuero penal castrense, pues de una competencia especial, como lo es todo fuero, se pasaría a una competencia ordinaria, común para civiles y militares; comprensiva de todos los colombianos y extranjeros, por cualquier delito. Además, no sólo estaría esa ley en pugna con el artículo 170 de la Carta, que habla, se repite, de Cortes Marciales o Tribunales Militares para "conocer de los delitos que cometan los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio...", sino que desconocería lo previsto en el artículo 58 de la Constitución y todo lo que señala, en su Título XV, la Ley de Leyes, pues dejaría sin funciones a los juzgados y tribunales ordinarios que allí se indican, lo que equivaldría a prescindir de su existencia. Y, por último, esa supuesta ley sería contraria a la separación de las Ramas del Poder Público, prevista en el artículo 55 de la Carta, pues la jurisdicción penal castrense no emana de la rama jurisdiccional, (como sí la de aduanas), sino del Organo Ejecutivo.

El fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución, no puede, pues, extenderse por la ley a los civiles (o particulares, como los demonima el Código de Justicia Penal Militar), esto es, a personas sin vinculación alguna con las fuerzas militares, o con hechos atinentes a la misión misma de las fuerzas militares, específicamente señalados como violación punible sólo en el Código Penal Castrense.

No sobra indicar la manera como el régimen constitucional extranjero regula lo concerniente al fuero penal militar:

a).— *Brasil,* (constitución citada):

"Artículo 108.— A la justicia militar corresponde procesar y juzgar, en los delitos militares definidos por la ley, a los militares y las personas asimiladas a éstos.

"1º.— Este fuero especial podrá extenderse a los civiles, en los casos expresados por la ley, para la represión de los delitos contra la seguridad externa del país o las instituciones militares.

"2º.— La ley regulará la aplicación de las penas de la legislación militar en tiempo de guerra".

b).— *Guatemala,* (constitución citada):

"Artículo 164....Los tribunales militares, en cuanto a los delitos y faltas del personal del ejército. Del fuero de guerra sólo gozan los individuos en servicio activo que pertenecen al ejército y exclusivamente en asuntos de natu-

raleza militar. Los tribunales militares no pueden, en caso alguno, extender su jurisdicción sobre personas pertenecientes al ejército que no estén en servicio activo. Su organización y funciones se ajustarán al código militar... Los tribunales comunes conocerán exclusivamente de los asuntos judiciales que se refieran a quienes no estén directamente afectos a los servicios del ejército, cualquiera que sea la índole del hecho punible de que se trate''.

c).— *Honduras,* (constitución citada):

''Artículo 174: Se establece el fuero de guerra para los delitos militares''.

d).— *Nicaragua,* (constitución citada):

''Artículo 319: Los miembros de la guardia nacional tendrán fuero especial en los delitos y faltas puramente militares, y serán castigados de conformidad con el Código Penal de la Institución. Si cometieren delitos o faltas comunes, quedarán bajo la jurisdicción de las leyes y jueces ordinarios, a cuya orden serán puestos los infractores, previa su baja del servicio''.

k).— *El Salvador,* (constitución citada):

''Artículo 116: De las resoluciones de las Cortes Marciales se admitirán recursos, en última instancia, ante el Comandante General de la fuerza armada o ante el respectivo jefe de operaciones en campaña. Para el juzgamiento de los delitos militares habrá tribunales y procedimientos especiales''.

La Constitución de *Colombia,* como se ha visto, dispone en el artículo 170 que ''de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar''.

4º.— *El Decreto Ley 1705 de 1960 desincorporó a la Policía Nacional de las fuerzas militares y, de consiguiente, como institución de carácter civil, dejaron sus miembros de estar vinculados al fuero penal castrense.*

Siendo evidente que en el artículo 40 del Decreto Ley 1705, de 18 de julio de 1960, se hace de la Policía Nacional una institución de carácter civil, es lógico que sus miembros, salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional, son civiles y no militares, así por razón de su disciplina y organización especiales se les clasifique entre agentes, suboficiales y oficiales.

No puede suponerse que la institución sea la que únicamente tenga el carácter civil y que sus miembros sean militares, porque se trataría, entonces, de una fuerza militar, denominada Policía Nacional, que no podría estar por fuera de la organización militar; ni excluída del Comando General de las Fuerzas Militares; ni sometida a un régimen o disciplina especial, distinto del militar, ni tener el carácter de civil.

Y como el fuero penal castrense, como se dejó examinado, no puede ser extendido por la ley a los civiles, esto es, a las personas no militares y sin vinculación alguna con las fuerzas militares, es incuestionable que el Decreto 1705 de 1960, al darle a la Policía Nacional el carácter de institución civil y desincorporarla, en consecuencia, de las fuerzas militares, derogó tácitamente las disposiciones que le daban a la justicia penal castrense la facultad de juzgar a sus miembros.

Por ello, esta Sala, en sus providencias de 19 de julio del corriente año, a fin de examinar su atribución para resolver sobre colisiones de competencia presentadas entre la justicia ordinaria y la castrense, en los procesos seguidos contra Samuel Ramos Rey y otros, y contra Miray Velásquez Rodríguez, concluyó en que la jurisdicción penal militar, desde la vigencia del Decreto 1705 de 1960, dejó de tener competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, salvo en los procesos adelantados o que se adelanten respecto de delitos cometidos antes de entrar a regir dicho estatuto.

El fuero, dijo la Sala en esos dos proveídos, ''es apenas una norma de competencia especial y no un privilegio. Es lógico, por tanto, que de una parte no tenga efecto retroactivo, y, de otra, que la exclusión del mismo sólo tenga efectos hacia el futuro''.

Anotó esta Sala, asimismo, en las providencias aludidas, lo siguiente:

''Las fuerzas de policía fueron incorporadas al Ejército Nacional...'' (a las fuerzas militares)... ''como su cuarto componente, mediante el Decreto Legislativo número 1814, de 10 de julio de 1953. Vale decir, que desde esa fecha se hizo pertinente para sus miembros el fuero penal castrense. En desarrollo de esa situación relacionada con el fuero castrense para los miembros de la Policía Nacional, el Decreto número 2900, de 3 de noviembre de 1953, dispuso que 'los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de estas a las Fuerzas Armadas...'' (a las fuerzas militares)...,

son de la competencia de la justicia penal militar.

"Pero ese fuero penal militar no puede, ni podía tener efecto retroactivo, esto es, que cobijara el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, respecto de infracciones penales cometidas antes del citado 10 de julio de 1953".

Esa incorporación de las fuerzas de la Policía Nacional a las fuerzas militares, ya se anotó, fue lo que hizo que sus miembros quedaran cobijados con el fuero penal castrense, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pues sus agentes, suboficiales y oficiales dejaron de pertenecer a una institución civil para adquirir el carácter de militares, como que quedaron sometidos al régimen militar, bajo el comando general de las Fuerzas Militares y haciendo parte, al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, como cuarto componente, de las fuerzas militares.

De igual manera, la desincorporación de la Policía Nacional de las fuerzas militares, llevada a cabo mediante el Decreto 1705 de 1960, que hizo de la "Policía Nacional una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra...", (artículo 40), pero sin que forme parte ya, como cuarto componente, de las fuerzas militares, las que ahora sólo constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (artículos 36 a 39 del mismo Decreto 1705 de 1960), ni se encuentra sujeta al Comando General de las Fuerzas Militares, le ha quitado a sus miembros el carácter de militares (salvo los que lo sean y presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense.

En fin: Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense, porque se la incorporó a las fuerzas militares y éstos dejaron de ser funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada) para tomar el carácter de militares, es lógico que al ser desincorporada de las fuerzas militares para hacer de ella una institución de carácter civil, sus miembros dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada).

No se explicaría que una fuerza armada fuese militar y no dependiese del Comando General de las fuerzas militares. En cambio, resulta acorde con lo previsto en el Título XVI de la Constitución Nacional, que no toda fuerza armada es militar, como que allí, además del Ejército (comprensivo de lo que ahora se denomina fuerza militar), se habla del Cuerpo de Policía Nacional y de la milicia nacional. Y a lo anterior, cabe agregar la policía de circulación y tránsito, los resguardos de aduanas y los cuerpos de guardianes de cárceles, como agrupaciones de funcionarios civiles armados.

Cabe anotar que en providencia de 9 de mayo de 1961, el Tribunal Superior Militar, mediante ponencia del honorable Magistrado doctor Pedro G. Marín, expresó lo siguiente:

"Otra disposición que respalda este modo de interpretar el artículo 12 que se viene mencionando, es el 140 del Decreto 2900 de 1953. Tal artículo dispone una reglamentación provisional en el trámite de los procesos contra miembros de la Policía *'que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de esta fuerza a las fuerzas armadas'*. Por medio de esta disposición se aclaró que el fuero militar de los miembros de la Policía Nacional *lo adquirieron 'en virtud de la incorporación' de tal fuerza a las fuerzas armadas* y bien se puede, con base en el citado artículo, afirmar que los miembros de *las fuerzas de policía sí adquirieron fuero militar desde la fecha en que fueron incorporados a las fuerzas armadas*" (subrayó la Sala Penal de la Corte).

Corolario indiscutible es, entonces, el de que los miembros de la Policía Nacional quedaron desvinculados del fuero penal castrense, desde cuando el Decreto 1705 de 1960 desincorporó a las fuerzas de policía de las fuerzas militares, entonces llamadas fuerzas armadas. Esto es, desde el momento en que se dispuso que la Policía Nacional es una institución de carácter civil.

5º.— *La desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida mediante el Decreto 1705 de 1960, no tiene efecto retroactivo.*

Esto, porque en el momento de la comisión de un delito quedan determinados el juez que debe juzgar y el procedimiento aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Carta, según lo cual "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", salvo que la ley posterior sea permisiva o favorable, pues, como lo dispone la misma norma citada, en materia criminal se apli-

cará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La exclusión del fuero penal militar para los miembros de la Policía Nacional, hecha por el Decreto Ley 1705, de 18 de julio de 1960, sólo tiene efectos hacia el futuro.

De consiguiente, los procesos que, como el de que se ocupa esta Sala, se refieren a delitos cometidos antes de la vigencia del Decreto 1705 de 1960, son de la competencia de la jurisdicción penal militar.

De lo antes examinado, se desprende que la jurisdicción penal militar sí era competente para conocer de este proceso, pues los hechos de que se sindica al agente de la Policía Nacional Miguel A. Crispín Ruiz ocurrieron el día 8 de febrero de 1959, esto es, antes de entrar en vigencia el Decreto Ley 1705, de 18 de julio de 1960.

Es del caso concluír, pues, que la causal cuarta de casación, invocada por el demandante, no resulta demostrada, en cuanto a la incompetencia de jurisdicción de la justicia penal castrense para conocer de este negocio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, *no casa* la sentencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Con salvamento de voto, *Primitivo Vergara Crespo; Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez.*

Pioquinto León, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Considero que ha debido casarse el fallo acusado por cuanto estimo, en desacuerdo en esto con la mayoría de la Sala, que la desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, realizada mediante el Decreto 1705 de 1960, contrariamente a lo que se sostiene en la muy importante sentencia de casación de la que me aparto, sí tiene efecto retroactivo, por las razones que brevemente trataré de exponer a continuación.

La tesis de que la exclusión del fuero militar para los miembros de la Policía Nacional, producida como consecuencia del citado decreto "solo tiene efectos hacia el futuro", únicamente se sustenta en la sentencia en el breve razonamiento siguiente:

"Esto, porque en el momento de la comisión de un delito quedan determinados el juez que debe juzgar y el procedimiento aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Carta, según la cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de formas propias de cada juicio' salvo que la ley sea permisiva o favorable, pues, como lo dispone la misma norma citada, en materia criminal se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Estimo que la primera proposición contenida en el planteamiento transcrito, o sea que "en el momento de la comisión de un delito quedan determinados el Juez que debe juzgar", es decir la competencia, "y el procedimiento aplicable", en la forma absoluta como se plantea, está en desacuerdo con la doctrina, el principio consagrado en nuestra legislación en relación con el problema de la retroactividad de la ley procesal penal y con nuestra jurisprudencia tradicional.

En efecto, Jiménez Asenjo, al respecto expresa: "Doctrinalmente se suele aceptar como principio de la retroactividad, que las leyes reguladoras de la competencia y del procedimiento obligan desde su promulgación tanto a las causas que se incoen tras ellas como a las ya incoadas y pendientes. Esta teoría se funda en la consideración de que adoptar el sistema opuesto supone dar vida, prolongándola, a los tribunales suprimidos, lo que va contra la razón de orden público, que determina su abrogación." (Derecho Procesal Penal. Vol. 1, pág. 38).

Manzini, en relación con la regla de la inmediata aplicabilidad de la nueva ley procesal sostiene: "En materia de derecho procesal penal la regla es que las leyes judiciales (de ordenamiento y procesales) entran sin más en vigor al vencimiento del plazo general o particular que corre a partir de su publicación, y afectan inmediatamente todos los procedimientos, nuevos o en curso, siendo indiferente que los correspondientes delitos se hubieran cometido bajo la vigencia de esta o de aquella ley procesal". (Tratado de Derecho Procesal Penal. T. 1, pág. 229).

En auto del 21 de mayo de 1948, y en relación con el principio de la retroactividad de la ley procesal penal, en el tránsito de una legislación a otra, esta Sala sostuvo lo siguiente:

A) "El carácter de pública, esto es, de norma de Derecho Público opuesta a la de Derecho Privado, de la ley procesal penal —en lo cual coinciden todos los expositores de esta disciplina— funda el principio de su retroactividad, esto es, de su inmediata aplicación desde el momento en que adquiere vida legal, sea en cuanto a los procesos ya iniciados, sea en cuanto a los que posteriormente hayan de iniciarse.

"Florián explica así este principio: "El proceso penal —dice— presenta un contenido de muy alto interés público: la organización de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de su observancia, etc., son de carácter público. Aquí no hay derechos adquiridos, y sería una herejía hablar de cuasi-contratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo tanto, al artículo 2º del Código Penal (irretroactividad) no corresponde ninguno del de Procedimiento Penal, y de aquí la vigencia de la norma de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, cuya fuerza se extiende también a los procesos pendientes, y a los iniciados por delitos cometidos antes de su promulgación".

B) "La ley colombiana no es menos franca en la afirmación de dicho principio. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios —prescribe el artículo 40 de la Ley 153 de 1887— prevalecerán sobre las anteriores, desde el momento que deben empezar a regir"; posteriormente, la misma ley, al precisar el alcance del principio de la irretroactividad de la ley penal, confirma el de la retroactividad de la ley procesal penal: "La ley preexistente —dice el artículo 43 de la misma ley— prefiere a la ley *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por 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 (sic) los delitos pero no *a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento* —subraya la Corte— *las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40*".

"Y es principio tan firme en nuestra organización jurídica, que la Corte, en sentencia de inexequibilidad (mayo 13 de 1941) declaró opuesto a la Constitución el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal vigente, que no otra cosa fue sino una tentativa contra el principio de la retroactividad de la ley procesal penal, acogido —como fundamental— en todas las legislaciones modernas.

C) "Aplicado este incontrovertible principio al proceso contra los señores Vargas y Madero, sí pudo justificar el concepto del 13 de abril de 1937 del Procurador General (Ley 105 de 1931), que atribuyó a la Corte la competencia para juzgar a los Secretarios de los Ministerios y a los Jefes de la Sección de Provisiones, no así el auto de sobreseimiento del 16 de abril de 1940 —no obstante que es una reproducción del concepto del Procurador— ya que desde el 1º de julio de 1938 había comenzado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal (artículo 42) que, eliminando el fuero de aquéllos y otros funcionarios, limitó la competencia de la Corte a los designados por la Constitución (artículo 151).

D) "La Corte, finalmente, como el Procurador Delegado lo anota en su vista del 10 de octubre del año pasado, ha venido aplicando, al menos desde 1941, el principio de la retroactividad de la ley procesal penal, aun en procesos —como los de Valenzuela, Domínguez y Ossa— en que el fuero constituyó elemento de apreciación para la competencia; la decisión que aquí se adopta obedece, pues, a un principio científico y doctrinario, acogido en la legislación y desde 1940 constantemente aplicado".

De modo que de acuerdo con lo expuesto, no es la ley vigente en el momento de la comisión de un delito la que determina el Juez competente, como se sostiene en la sentencia, sino la ley vigente en el momento en que celebra el juicio, que se aplica de inmediato, no solamente para fijar la competencia sino también el procedimiento aplicable al proceso, pues como acertadamento lo explica Manzini, "la ley procesal, en efecto, no se aplica al delito, sino al procedimiento, y este no es un hecho pasado, sino presente o futuro y, por tanto el mencionado prin-

cipio (el de que la ley nueva se aplica inmediatamente a todas las providencias penales en curso, cualquiera que haya sido el tiempo en que se hubiere cometido el delito por el que se procede) no viola el precepto de la no retroactividad de la ley''.

Es cierto que el Decreto 1705 de 1960 no es una norma de carácter procesal penal, pues no consagra ningún procedimiento de esta naturaleza, pero al establecer que la Policía Nacional es ''una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales'', ''le ha quitado a sus miembros el carácter de militares, y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense'', como lo expresa la sentencia, y como además el fuero penal castrense ''es apenas una norma de competencia especial y no un privilegio'', como también lo reconoce el fallo, es lógico que se le aplique la regla de la retroactividad de las leyes que establecen la competencia, o sea el principio consagrado expresamente por el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, toda vez que la aplicación inmediata o el efecto retroactivo que para la competencia se le dé al expresado Decreto no quebranta el principio de la aplicación preferente de la ley favorable, consagrado en la última parte del artículo 26 de la Constitución, pues no se puede sostener seriamente que a los miembros de la Policía Nacional, al ser juzgados por la justicia penal ordinaria, en lugar de serlo por la castrense, se les priva de las garantías de defensa de que disfrutaban cuando los cobijaba el fuero militar.

Por lo tanto, aunque el hecho delictuoso por el cual se ha juzgado en este proceso al agente de policía señor Miguel A. Crispín Ruiz, lo consumó éste antes de la vigencia del Decreto 1705 de 1960, que le quitó a los miembros de la Policía Nacional el carácter y el fuero militar, debió ser juzgado por la justicia ordinaria y no por la castrense, incurriéndose así en una nulidad procesal por ''incompetencia de jurisdicción'', que ha debido reconocer y declarar la Sala, invalidando el fallo acusado del Tribunal Superior Militar.

Primitivo Vergara Crespo

Bogotá, julio 27 de 1961.

INDICIOS LLAMADOS "DE LA OPORTUNIDAD PARA DELINQUIR" Y "DEL MOVIL PARA DELINQUIR". COAUTORES DE UN HOMICIDIO. CAUSALES SEGUNDA Y QUINTA DE CASACION PENAL.

1. De acuerdo con los autores de derecho procesal, la presencia en el sitio de la consumación del delito, configura el indicio llamado "de la oportunidad para delinquir", el cual puede llegar, incluso, a revestir el carácter de necesario "cuando se ha probado que en el lugar y en el momento de la misma no estaba ni podía estar otro que el acusado".

2. El conjunto de la prueba, la concatenación lógica de todo cuanto contiene la sentencia objetada en lo tocante a elementos de convicción, delata que el botín del robo dio lugar a disputa entre sus autores, la cual terminó con la muerte de uno de éstos. En este aspecto se encuentra el indicio "del móvil para delinquir" comprometiendo a los procesados.

3. Los elementos de juicio examinados con creces, contra lo que se supone en la demanda, establecen la responsabilidad conjunta de los cuatro procesados con respecto al homicidio causado, desde luego no en la modalidad de complicidad correlativa, como erróneamente se entiende en el fallo impugnado, sino como coautores.

El error del Tribunal fue, pues, en favor de los procesados, quienes siendo coautores de un homicidio que ha podido revestir el carácter de asesinato, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, resultaron condenados dentro de la modalidad de cómplices correlativos, equivocación que, conforme a la reglamentación legal del recurso de casación, no autoriza la invalidación del fallo acusado, particularmente con apoyo en la causal segunda que se invoca.

4. La Sala comparte las siguientes razones que expone el señor Procurador, en relación con la causal quinta invocada: "Esta causal fue invocada subsidiariamente, y su demostración se limita a críticas formales sobre la manera como la providencia fue redactada.

"A propósito de ella ha dicho la Corte en conocidísima jurisprudencia, que para que un fallo se invalide por medio de la causal quinta, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor para luego deducirle responsabilidad. Y ha agregado, que no hay lugar a la invalidación de un fallo por la mera deficiencia formal en la exposición de los hechos, si esa expresión no plantea una duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias. (Sentencia 5 de marzo de 1947 y 16 de febrero de 1954). Esta jurisprudencia no ha variado en un ápice a partir de 1946 hasta la fecha. Permitir que so pretexto de anomalías expresionales o redactivas se diera lugar a la anulación del fallo, constituiría en verdad, un peligroso precedente. Los argumentos moldeados por el demandante a propósito de esta causal son de muy escasa ponderación en derecho".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto a la sentencia del 5 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó, como responsables del delito de homicidio en el señor Gabriel Ospina Henao, a los señores José Gobert Méndez Quintero, Pompilio Herrera López, Francisco Antonio Herrera López y Luis Carlos Buriticá o López a la pena de cinco años de presidio cada uno y les aplicó las accesorias del caso.

ANTECEDENTES:

Conforme a las pruebas que recoge el expediente, se tiene que en la noche del 21 de marzo de 1959, estuvieron ingiriendo licor en la tienda del señor Juan Valencia, ubicada en el paraje rural de "El Cedral", sobre el camino que del pueblo de "Herveo" conduce al de "Padua", en jurisdicción del primero de los dos municipios, los señores José Gobert Méndez Quintero, Pompilio Herrera López, Francisco Herrera López, Luis Carlos Buriticá o López y Gabriel Ospina Henao, los cuales dejaron el establecimiento, luego de que permanecieron allí por apreciable tiempo, y en grupo tomaron por idéntico camino. En el amanecer del día siguiente, sobre el mismo camino y a unos 300 metros de la citada tienda, se encontró el cadáver del señor Ospina Henao, quien en la noche anterior había sido eliminado por sus propios compañeros.

FALLOS DE 1ª Y 2ª INSTANCIA:

El proceso se tramitó con arreglo al Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 y, por lo tanto, previa clausura del sumario y traslado a las partes para alegar de conclusión, con fecha 30 de septiembre del citado año, el Juzgado 2º Superior de Ibagué condenó a la pena de cinco años de presidio, como responsables del delito de homicidio en el señor Gabriel Ospina Henao, a los señores José Gobert Méndez Quintero, Pompilio Herrera López, Francisco Antonio Herrera López y Luis Carlos Buriticá o López, sujetos a los que impuso, además, las penas accesorias del caso. Este fallo en el que, a su vez, se absolvió al señor Alfonso Alvarez León, lo CONFIRMO el Tribunal Superior de la predicha ciudad en el suyo del 5 de abril del año pasado, conforme a los indicios que a continuación se expresan de manera sintética:

a).— Los señores José Gobert Méndez Quintero, Pompilio Herrera López, Francisco Antonio Herrera López y Luis Carlos Buriticá o López, después de haber estado ingiriendo licor, en la tienda de Juan Valencia, con el señor Gabriel Ospina, partieron en su compañía por el mismo camino donde resultó muerto el último;

b).— El señor Ospina Henao era, al parecer, el único que portaba revólver, y en el grupo se le distinguía con el calificativo de "Cabo", "lo cual hace presumir que se trataba de una banda de forajidos que reconocía a éste como jefe;

c).— La casa de los procesados Herrera está ubicada antes del lugar en donde fue muerto el señor Ospina Henao;

d).— El sombrero del occiso señor Ospina Henao apareció en un potrero, a cinco cuadras de distancia del sitio de la muerte, potrero por donde pasaron los acusados, según ellos mismos lo expresan;

e).— El lugar en donde fue ultimado el señor Ospina Henao, según la inspección ocular, no era el más indicado para la consumación de un asalto sorpresivo;

f).— Los procesados, dentro de su versión de que fueron asaltados, sostienen que los disparos de ese asalto salieron del lado derecho del camino que llevaban, en tanto que la inspección ocular "comprobó que salieron del lado izquierdo;

g).— La frase procaz de que dan cuenta los testigos señores Helí Valencia y Emelina de Aguirre, como escuchada a tiempo de los disparos, permite inferir que entre los acusados y Ospina Henao hubo un amago de pelea y así se le quitó el revólver con el que luego se le causó la muerte;

h).— La versión del acusado Gobert Méndez, respecto a que fueron asaltados por varias personas, quienes les hicieron cerca de quince disparos, está en abierta contradicción con los testimonios de Helí Valencia y Emelina de Aguirre, y, de otra parte, con lo que dicen los otros procesados, los cuales terminaron por afirmar que el que disparó contra Ospina fue el señor Alfonso Alvarez;

i).— Gobert Méndez y Ospina participaron en el asalto a la casa del señor Ernesto Salazar, ocurrido unas pocas horas antes de la muerte del dicho Ospina;

j).— Los procesados, en un principio, "nada dijeron sobre los autores de los disparos, fue más tarde para llenar ese vacío cuando dijeron que habían visto a Alvarez disparando su revólver"; y,

k).— La acusación contra Alfonso Alvarez en el sentido de que fue el autor de la muerte de Ospina Henao, compromete a los procesados.

Dentro del fallo de la impugnación, las situaciones y circunstancias que se dejan reseñadas, tomándolas del mismo en forma sintetizada, se analizan a espacio para luego coordinarlas y deducir de su conjunto que comprueban plenamente la responsabilidad de los cuatro mencionados procesados, con relación al homicidio de que fue víctima la noche del 21 de marzo de 1959 el señor Gabriel Ospina Henao.

DEMANDA DE CASACION:

De los predichos cuatro procesados, tres de ellos interpusieron el recurso de casación, los señores Pompilio y Francisco Herrera y José Gobert Méndez, pero sólo el último presentó la demanda del caso, por conducto de apoderado, en tiempo y conforme a las exigencias legales. En esa demanda se invocan y sustentan, como causales de casación, las previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Respecto a la primera de esas dos causales, el recurrente sostiene que "en la sentencia objeto del recurso, por errada interpretación o apreciación de los hechos", se les dio un valor probatorio de que carecen; a otros, se "les negó el que sí tienen"; y, por último, a otros, no se les "tuvo en cuenta no obstante estar suficientemente acreditados en el proceso". Luego de este enunciado se hace el análisis que se considera oportuno con relación a las bases indiciarias del fallo impugnado, y así, en lo que dice a la presencia de los acusados en el lugar del delito, expresamente se observa lo siguiente:

"La presencia de mi defendido y la de sus tres compañeros de causa en el lugar de los acontecimientos está ampliamente justificada. De ahí que sería exagerado y erróneo atribuírle el carácter de indicio por razón de la simple proximidad temporal y espacial. Esa presencia en sí nada indica con relación al delito, a no ser la simple posibilidad física de que cualquiera de ellos podía herir o dar muerte al occiso en caso de disparar contra él un arma de fuego".

En cuanto al hecho referido a que la casa de los Herrera "está ubicada antes del lugar en donde fue muerto el señor Ospina Henao", se formula la observación que sigue:

"El Tribunal, en su sentencia, dio el valor de indicio al hecho evidenciado de que la casa de los hermanos Herreras estaba situada antes del sitio en donde recibió muerte violenta, Ospina (Aparte a) de los considerandos de la sentencia, fol. 171), y ese hecho es absolutamente equívoco y no guarda ninguna relación de causalidad con el delito y por ello no tiene el carácter de indicio".

Respecto al revólver que se atribuye al señor Ospina Henao y al calificativo con que lo distinguían los del grupo, el recurrente manifiesta que esto es algo que en su valor de indicio, como fue apreciado en la sentencia acusada, "se confunde con el primero (se refiere a la presencia de los procesados en el lugar del delito), pues los sindicados en ningún momento negaron el hecho de haber acompañado en todo el trayecto al llamado *Cabo*", apreciación que se complementa con un esfuerzo encaminado a demostrar que el revólver de Ospina no pudo ser el utilizado para causarle la muerte. En este punto y conforme al citado objetivo, se hace un examen del testimonio del señor Alfonso Alvarez, quien es el que en particular se refiere al revólver de Ospina, para sacar la conclusión de que ese revólver a que alude el testigo, determinándolo por sus características, no corresponde al mismo que sirvió para causar la muerte del nombrado sujeto, según se desprende de la confrontación con el proyectil que se extrajo del cuerpo del occiso.

En torno al hallazgo del sombrero, tenido como indicio en la sentencia, el recurrente sostiene, en primer término, que no está probado que ese sombrero fuera del señor Ospina Henao, para luego consignar lo siguiente, que muestra por otro aspecto el mismo asunto:

"Pero aun cuando estuviera demostrado que dicho sombrero sí era realmente el que llevaba la víctima al ser ultimada, si al parecido que algunas personas le hallaron se agregan las circunstancias de que el cadáver fue encontrado sin tal prenda y de la proximidad del sitio en que fue localizado, tal hecho no puede asumir el valor de indicio porque para ello se hace necesaria la demostración plena de que fueron los procesados quienes lo dejaron en tal lugar".

Respecto al indicio e), el recurrente hace varias disquisiciones para sostener que el concepto de los peritos que se pronunciaron sobre la materia allí contemplada es contradictorio y concluír, en esa suerte, que el elemento indicador, base del indicio, "terreno inadecuado para el ataque y buena visibilidad, no está plenamente demostrado, motivo por el cual no puede estimarse como indicio".

En el estudio del indicio f), el recurrente formula diversidad de reparos al concepto pericial para luego sentar la conclusión de que carece de todo valor, por cuya causa no debe tenérsele en cuenta. El Tribunal, en este aspecto, "por errónea interpretación de los hechos le dio a una prueba el valor que no tenía y por la misma razón le atribuyó el carácter de indicio a un hecho no demostrado, con lo cual violó lo dispuesto en los artículos 223, 256 y 260 del Código de Procedimiento Penal".

La frase procaz que se plantea como indicio en el aparte g) se estudia en la demanda a través de varias consideraciones pero termina por

aceptarse como pronunciada en las circunstancias que el fallo anota para luego concluír que, "con más lógica", puede afirmarse "que esas voces fueron lanzadas por Alvarez para exteriorizar el cambio que se había operado con relación a lo ocurrido en la cantina".

Las contradicciones sobre que se monta el indicio del aparte h) se comentan en la demanda para luego formular, como resumen, la siguiente apreciación:

"Las contradicciones o inexactitudes del testimonio del acusado solamente pueden considerarse como indicio cuando se demuestra plenamente que son mentirosas, porque la mentira sí hace presumir el designio de ocultar el propio crimen aun cuando puede tener explicación distinta. El error, en cambio, no produce esa impresión".

En el aparte i) se sienta como indicio el hecho que se tuvo como demostrado en el sentido de que Gobert Méndez y Ospina participaron en el asalto a la casa del señor Ernesto Salazar, ocurrido unas pocas horas antes de la muerte del dicho Ospina. En cuanto a ese punto, el recurrente expresa, en síntesis, así su pensamiento:

"El Tribunal resolvió declarar la responsabilidad por los supuestos delitos cometidos en la casa de Ernesto Salazar, sin que los incriminados fueran oídos en juicio y tuvieran oportunidad de defenderse. Sabido es que la prueba plena de un delito no puede ser otra que la sentencia ejecutoriada y pronunciada después de un juicio en que se debaten y examinan todos los elementos del proceso. Incurrió, pues, el Tribunal en un gravísimo error de derecho al dar por demostrado, sin las formalidades legales, un hecho constitutivo de delito.

"Tampoco está probado que a Ospina se le hubieran encontrado objetos de los sustraídos en la casa de Ernesto Salazar ni mucho menos que el móvil del homicidio en la persona de Ospina hubiera sido el reparto del botín".

El indicio a que se contrae el aparte j) se comenta en la demanda para concluír en lo que a continuación se copia:

"Conclusión: Las varias divergencias o contradicciones entre los procesados o respecto a otras pruebas no pueden considerarse, cada una, como un indicio, sino que todas en conjunto constituirían uno solo. De otra parte por no estar demostrado que las fallas testimoniales de los acusados se deban a la mentira, no pueden estimarse como indicio, pues el simple error no puede servir de fundamento a la inferencia que conduce al delito. Y aun demostrada la mentira apenas daría margen para una sospecha o para un indicio leve.

"El Tribunal, por errónea interpretación o apreciación de los hechos que dejó anotados, les dio el valor de indicios sin tenerlo o sin estar demostrados, que es lo mismo. Violó los artículos 216, 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal".

Por último, el recurrente rechaza como indicio el que se plantea en el aparte k), punto sobre el cual se discurre para sostener que, evidentemente, nada aparece demostrado que impida tener al señor Alfonso Alvarez como autor del delito.

En los términos reseñados, el recurrente trata de rebatir los fundamentos probatorios del fallo impugnado, diciendo, de otra parte, que también allí se pretermitió la consideración de hechos que aparecen establecidos, los cuales, con su respectivo comentario, se detallan. La Sala se ocupará de ellos más adelante.

La sustentación de la causal 2ª termina en la demanda con otro cargo al fallo recurrido, planteado así:

"En resumen, aun cuando se diera por demostrado, con apoyo en los elementos enumerados y examinados en la primera parte de la demanda, que uno de los acusados fue el autor de la muerte de Gabriel Ospina Henao, por ignorarse cuál fue ese autor, es obvio que no puede cargarse a mi defendido esa específica actividad delictiva. Tampoco puede considerársele como copartícipe porque no existe dentro del proceso la más débil indicación de los actos que hubieran podido realizar los inculpados que no desarrollaron la especial actividad de disparar, motivo por el cual no puede condenarse a ninguno".

Con fundamento en la causal 5ª, invocada en segundo término, el recurrente sostiene que la sentencia acusada se dictó "sin llenar todas las formalidades ordenadas por el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal y en esas condiciones el Tribunal dejó de cumplir con la obligación de decirle a José Gobert Méndez cuáles eran los cargos que se le hacían y cuáles los hechos que indicaban su supuesta responsabilidad que se daban por demostrados. Por ello la sentencia debe casarse".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un amplio estudio de la de-

manda, primero en conjunto y luego en relación con cada una de las causales invocadas, las cuales examina con base en los cargos que se aducen para sustentarlas, solicita se deseche el recurso propuesto contra el fallo en comentario.

SE CONSIDERA:

En la sentencia acusada, como era lo racional, antes de sentar, en la parte considerativa, los hechos indiciarios que venían a establecer la responsabilidad de los procesados con relación al homicidio causado en el señor Gabriel Ospina Henao, se estudiaron esos mismos hechos a través de la prueba en que se apoyan, la cual conviene reseñar en el mismo orden en que ellos se consignaron.

I.— Los cuatro procesados reconocen sin ninguna reserva, ambigüedad o reticencia, que con el señor Ospina Henao, en la noche del 21 de marzo de 1959, estuvieron bebiendo licor en la tienda del señor Juan Valencia, y, además, que de esa tienda salieron en su compañía, sin separarse un momento, hasta el lugar donde al día siguiente fue encontrado el cadáver del citado Ospina.

De acuerdo con los autores de derecho procesal, la presencia en el sitio de la consumación del delito, configura el indicio llamado "de la oportunidad para delinquir", el cual puede llegar, incluso, a revestir el carácter de necesario "cuando se ha probado que en el lugar y en el momento de la misma no estaba ni podía estar otro que el acusado".

En el caso de autos no aparece ni siquiera una modesta conjetura respecto a que en los contornos y lugar donde fue muerto Ospina Henao, se encontraran personas distintas a las cuatro que aparecen condenadas en la sentencia que es materia del recurso en estudio. En estas condiciones debe entonces admitirse que el aludido indicio es en extremo grave para esas mismas personas.

Este indicio de suyo grave, conforme se viene expresando, adquiere mayor entidad frente a la circunstancia que se anota en el literal c), relativa a que la casa de los Herrera está ubicada antes del lugar en donde fue muerto el señor Ospina Henao, puesto que, en esa suerte, resulta por entero inexplicable la presencia de los procesados en el sitio de los acontecimientos, cuestión que, como es obvio, los compromete con mayor rigor y severidad.

II.— Los señores Juan de Dios Valencia, dueño de la tienda de que se hace mérito, y Alfonso Alvarez declaran que allí el único a quien observaron armado de revólver fue al señor Gabriel Ospina Henao. De otra parte, Alvarez da cuenta de que Ospina era distinguido, dentro de su grupo, con el remoquete de "Cabo". En estos términos cabe sentar que los fundamentos del indicio b) aparecen comprobados.

Este indicio, contra lo que se supone en la demanda, no se confunde con el anterior que se acaba de examinar, relativo a la presencia de los acusados en el lugar del delito, puesto que los hechos que aparecen como indicadores en la configuración de éste son distintos a los que cumplen ese mismo objetivo en la de aquél.

El apodo de "Cabo" con que se distinguía a Ospina permite inducir lógicamente que el grupo de que hacía parte era jerarquizado y obedecía a su jefatura. Esto es algo que reafirma el hecho de que solo él estuviera armado de revólver, arma de la cual se le despojó para luego con ella misma, ya inerme, causarle la muerte.

Como es racional, el hecho de que el grupo anduviera organizado bajo jefatura de tipo más o menos militar, delata, evidentemente, que las gentes cuyo comando llevaba Ospina en el carácter de "Cabo", estaban entregadas a actividades violatorias de la ley, circunstancia que compromete, indiciariamente, a los cuatro procesados frente a la muerte del expresado Ospina.

III.— Los señores Ancízar Giraldo y Emelina de Aguirre fueron los primeros en advertir la presencia del cadáver del señor Ospina Henao en el amanecer del día siguiente al de su muerte, pudiendo apreciar que carecía de sombrero, prenda que tampoco vieron en los contornos.

En estas condiciones se halló un sombrero en un potrero, a unas cinco cuadras de distancia del cadáver de Ospina, el cual fue identificado por el testigo Helí Valencia como el mismo que portaba el citado sujeto el día en que perdió la vida, potrero por donde pasaron los procesados a continuación de la muerte de su compañero, según lo reconocen todos cuatro.

Ese sombrero, sin duda, lo dejaron allí los procesados en su paso por el potrero y no los fantasmas del asalto a que se refieren, puesto que, de admitir esa hipótesis, como lo insinúa el recurrente, tendría que darse por sentado, contra lo que ellos mismos dicen, que a continuación del delito fueron perseguidos en el trayecto de esas cinco cuadras a que quedó el sombrero.

Ahora, el hecho de que los acusados hubieran sido los del abandono del sombrero en el sitio en que se le encontró, permite deducir, en rigor

lógico, que se lo quitaron a Ospina a continuación de darle muerte, como que es inadmisible la idea, sobre el supuesto del asalto a que aluden y que los puso en fuga, de que en medio del tiroteo a que fueron sometidos, según su versión, se hubieran preocupado de la prenda en cuestión para llevársela consigo, en acto absolutamente inexplicable. El indicio, pues, del sombrero está demostrado en sus fundamentos y es de ostensible gravedad para los procesados.

IV.— En la inspección ocular que se practicó en el lugar de los hechos se comprobó "que no es un punto apropiado para asaltar a una persona", en razón de que es despejado y, en esa suerte impide obrar por sorpresa, dentro de los términos de esa emboscada de que hablan los procesados, particularmente si se tiene en cuenta que la noche del delito era de casi plenitud de luna, como lo afirma la testigo señora Emelina Correales de Aguirre y lo corroboran "los buenos oficios del almanaque Brístol", ya que el cuarto creciente comenzó el 17 de marzo y terminó, con la iniciación de la luna llena, el 24 del mismo mes, lo que quiere decir que el satélite en mención, para la noche del 21, se encontraba para alcanzar su máximo poder de luz que es, como se sabe, la etapa de la luna llena. De manera que el indicio del literal e) está comprobado y reviste notoria gravedad con respecto a los acusados.

V.— En la misma inspección ocular de que se acaba de hacer mérito aparece lo siguiente:

"En el sitio donde cayó el occiso hay una cruz de palo redondo, y más o menos, a los doce (12) metros de dciha (sic) cruz se encuentra una mata de cabuya en la cual constatamos impactos de proyectil al parecer de revólver, en número de dos y que según la dirección de entrada y salida dichos disparos fueron hechos del lado donde se encuentra la cruz de que se habló, o sea del lado izquierdo bajando por el camino que conduce de Herveo a Casabianca. La mata donde aparecieron los impactos queda al lado derecho bajando por el camino que conduce de Herveo a Casabianca".

Los disparos, conforme a la inspección ocular, se hicieron del lado izquierdo del camino que llevaban los procesados, quienes sostienen que salieron del lado derecho. En estas condiciones el juzgador, como es obvio, debe atenerse a los datos de la inspección ocular, recogidos sin prejuicio alguno y de manera absolutamente imparcial, y no al dicho de los acusados, generado, por razones elementales, en propósito defensivo y, por lo mismo, interesado.

En la demanda y dentro del capítulo consagrado a los hechos que en sentir del recurrente "no tuvo en cuenta el Tribunal", se pretende que los datos de la inspección ocular con respecto a la dirección de los disparos, están desvirtuados por los que contiene el acta de autopsia, donde se expresa que el cadáver de Ospina "presentaba un orificio de entrada, causado por proyectil, situado a la altura del quinto espacio intercostal derecho y hacia la línea medioaxilar", hecho que refrenda los asertos de los inculpados puesto que "el occiso viajaba, en el momento del ataque dando su costado derecho al lugar de donde salieron los disparos, según la versión de los procesados".

Este argumento, como a simple vista puede observarse, carece de la más mínima fuerza, en atención a que es vicioso, puesto que da por sentado y debidamente comprobado que Ospina fue muerto en la emboscada a que se refieren los procesados, hecho que es precisamente el que trata de demostrar con el concurso del argumento en cuestión.

VI.— La frase procaz a que se refiere el aparte g) de los indicios, cuya indecencia excusa reproducirla, aparece acreditada con los testimonios de los señores Helí Valencia y Emelina de Aguirre, quienes la escucharon. Ella es de reto, de invitación a una inmediata reacción y comienza "ahora sí arranque...". A continuación de la frase, según los testigos, se oyeron tres o cuatro disparos.

Desde luego, ese "ahora sí arranque", es algo que de suyo indica que Ospina, con inmediata anterioridad al instante de la frase, fue objeto de una acción que lo dejó en propicia situación para atacarlo con la debida ventaja. No otra cosa puede entenderse en el contenido de la frase. Y como es obvio, semejante situación solo podía procurarse a través del hecho de desarmarlo, de quitarle el revólver que en la tienda del señor Juan de Dios Valencia le vieron éste y el señor Alfonso Alvarez. De ahí la lógica estricta del "ahora sí arranque", para a continuación dispararle y de ese modo causarle la muerte en condiciones de indefenso, precisamente con el arma de que fue previamente despojado.

Esa frase en comentario solo guarda sentido y lógica en boca de uno de los compañeros de Ospina, como que la verdad es que en labios de cualquier persona ajena al grupo de los acusados resulta por entero insólita, inexplicable y, lo que es peor, absolutamente fuera de lugar y de significado racional, y entonces cabe afirmar que ella salió de los procesados, quienes en esta

suerte, siguiendo la lógica de los hechos, tuvieron que ser, ineludible y fatalmente, los que le quitaron el revólver a Ospina para en seguida, dentro de una situación de inferioridad, causarle, con esa misma arma, la muerte. El indicio de la frase procaz, conforme se deja demostrado, es tremendamente grave.

VII.— El acusado señor José Gobert Méndez, al presentar la versión del asalto, se coloca en contradicción con los otros imputados y, a su vez, con los testigos Helí Valencia y Emelina de Aguirre, quienes sostienen que los disparos fueron tres o cuatro en tanto que aquél asevera que fueron en torno a quince, agregando que los de la emboscada fueron como cuatro, mientras que sus compañeros terminaron por decir que el asalto lo ejecutó sólo el señor Alfonso Alvarez. Estas contradicciones, tan abultadas y ostensibles, como es obvio, solo se explican con el reconocimiento de que la versión de los procesados reviste el carácter de absolutamente artificial y mentirosa. El indicio del literal h), por lo tanto, es fundado.

VIII.— El señor Ernesto Salazar González, al comenzar la noche del 21 de marzo, según denuncia que presentó y cuya copia se agregó al proceso, fue víctima de un asalto a su casa de habitación, ubicada en la misma fracción rural de "El Cedral". En ella sostiene que los asaltantes fueron cinco, de los cuales reconoció, con absoluta seguridad, al señor José Gobert Méndez. Respecto al señor Gabriel Ospina Henao, después de anotar que no lo conocía con anterioridad a ese día, se pronuncia así:

"...pero resultó que el día Domingo de Ramos cuando vinimos a esa población y que se decía que habían matado a un sujeto, yo fui en son de novelería a la casa donde lo estaban velando su cadáver, y me sorprendí al haberme *parecido mucho* la fisonomía del muerto al mismo sujeto que la noche anterior fue con José Méndez a mi casa a robarnos lo que ya dije, o sea al mismo individuo que entró y requisó el interior de mi domicilio".

De modo que el señor Salazar González, al observar el cadáver de Ospina Henao, pudo advertir que este sujeto tenía mucho parecido con el que la noche anterior participó en el asalto a su casa, cuestión que apenas era obvio, puesto que, era el mismo, según se desprende del hecho de que en su poder, al practicar la diligencia del levantamiento del cadáver, se halló una llave niquelada para máquina de coser y una cadena con medalla en forma de corazón, amarilla y de fantasía, objetos que con algunos otros, fueron robados en ese asalto.

En el asalto participaron, además de Ospina y Gobert Méndez, los hermanos Herrera y Buriticá o López, hecho del que no es dable dudar puesto que el señor Salazar González fija en cinco el número de sujetos que lo robaron y cinco eran los integrantes del grupo a que se viene haciendo alusión, grupo que, como se vio atrás, se movía la noche de autos bajo el comando militarizado de Ospina, a quien en esa suerte se le distinguía con el apodo de "Cabo".

El asalto de que fueron autores los procesados en compañía de su jefe Ospina, por sí mismo plantea y configura el grave indicio, denominado en la doctrina "de la capacidad para delinquir", el cual concurre en contra de los cuatro acusados y se tuvo en cuenta como base de la sentencia impugnada.

Varios fueron los objetos robados en la casa del señor Salazar González, solo unos pocos fueron hallados en los bolsillos de Ospina en el momento de practicar la diligencia del levantamiento de su cadáver. Los otros desaparecieron y no existe noticia de su paradero.

El conjunto de la prueba, la concatenación lógica de todo cuanto contiene la sentencia objetada en lo tocante a elementos de convicción, delata que el botín del robo al señor Salazar González dio lugar a disputa entre sus autores, la cual terminó con la muerte de Ospina. En este aspecto se encuentra el indicio "del móvil para delinquir" comprometiendo a los procesados.

IX.— Los procesados, en un principio, en verdad, "nada dijeron sobre los autores de los disparos". Fue más tarde, cuando en medio de contradicciones, de rectificaciones y de reticencias, resolvieron hablar de Alfonso Alvarez para atribuírle el asalto a que se refirieron y que realmente no existió, de acuerdo con el examen que se viene haciendo de la prueba indiciaria en que se funda el fallo acusado. Esta conducta de los inculpados, como se afirma en el literal j), los compromete grave e inequívocamente.

X.— El señor Juan Valencia, en forma por demás clara y precisa, asegura que el señor Alfonso Alvarez, cuando estuvo en su tienda poco antes del delito, era presa de un estado de terror, el cual le fue suscitado por el señor Ospina al preguntarle por su filiación política y amenazarlo con un revólver.

En las predichas condiciones anímicas no era posible que luego de algunos minutos, sustrayéndose a la violenta emoción de miedo que lo

acababa de poseer y dominar, en acto de temeridad, de arrojo inconcebible, en campo abierto y a solas se atreviera a enfrentarse al grupo de las cinco personas de quienes había huído algo así como espantado y asustadizo. De ahí que con acierto se sostenga en el literal k) que la acusación contra el citado sujeto, formulada a última hora por los procesados, en vez de favorecerlos, los perjudique.

Cuanto se deja expuesto es más que suficiente para llegar a la conclusión de que las bases probatorias del fallo acusado son realmente inexpugnables, severas y concretas. Por este aspecto no procede, entonces, la causal 2ª de casación.

Los elementos de juicio examinados con creces en los párrafos que preceden, contra lo que se supone en la demanda, establecen la responsabilidad conjunta de los cuatro procesados con respecto al homicidio causado en el señor Ospina Henao, desde luego no en la modalidad de complicidad correlativa, como erróneamente se entiende en el fallo impugnado, sino como coautores.

En efecto, el grupo integrado por los procesados y el señor Ospina actuaba la noche de autos dentro de una organización militarizada, cuya jefatura estaba a cargo del occiso, a quien de esa suerte se le distinguía con la denominación de "Cabo".

En las predichas condiciones apenas es obvio advertir que Ospina solo podía ser desarmado para luego causarle la muerte, previa insubordinación y cooperación positiva de las cuatro personas que actuaban bajo su comando, las cuales en ese orden específico hicieron suyo; como coautoras, el homicidio imputado, aunque sólo una, dentro del conjunto de actos realizados para lograr ese fin, hubiera sido la ejecutora del disparo letal.

El error del Tribunal fue, pues, en favor de los procesados, quienes siendo coautores de un homicidio que ha podido revestir el carácter de asesinato, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, resultaron condenados dentro de la modalidad de cómplices correlativos, equivocación que, conforme a la reglamentación legal del recurso de casación, no autoriza la invalidación del fallo acusado, particularmente con apoyo en la causal 2ª que se invoca.

La causal 5ª invocada como subsidiaria de la 2ª que se aduce como principal, tampoco puede prosperar, de acuerdo con las siguientes razones que expone el señor Procurador y que la Sala comparte:

"Esta causal fue invocada subsidiariamente por el demandante, y su demostración se limita a críticas formales sobre la manera como la providencia fue redactada.

"A propósito de ella ha dicho la Corte en conocidísima jurisprudencia, que para que un fallo se invalide por medio de la causal quinta, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor para luego deducirle responsabilidad. Y ha agregado, que no hay lugar a la invalidación de un fallo por la mera deficiencia formal en la exposición de los hechos, si esa expresión no plantea una duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias. (Sentencia 5 de marzo de 1947 y 16 de febrero de 1954). Esta jurisprudencia no ha variado en un ápice a partir de 1946 hasta la fecha. Permitir que so pretexto de anomalías expresionales o redactivas se diera lugar a la anulación del fallo, constituiría en verdad, un peligroso precedente. Los argumentos moldeados por el demandante a propósito de esta causal son de muy escasa ponderación en derecho".

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, NO CASA la sentencia acusada y de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA IMPREVISTA. ERRADA INTERPRETACION DE LOS HECHOS E INDEBIDA APLICACION DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA.

Modalidades de la riña. Atenuante de la riña imprevista. Elementos circunstanciales para inferir la intención o el propósito de matar. Causales 2ª y 1ª de casación penal.

1. Entendida la riña como un combate entre dos o más personas en el que hay cambio de golpes, con armas o sin ellas, cuando en su curso se ocasionan lesiones o la muerte a alguno o algunos de los comprometidos en ella, pueden presentarse tres modalidades, a saber: 1ª) La riña es provocada por el autor del homicidio o las lesiones y entonces ese evento carece de relevancia jurídica para obrar como aminorante de la responsabilidad porque el hecho reviste la mayor injusticia y no puede ofrecer motivación que atempere la conducta del delincuente. 2ª) La riña es provocada por la víctima y entonces cabe tener en cuenta el factor provocación para los efectos del artículo 28 del Código Penal, y en último extremo, para considerar imprevisto el evento con relación al provocado; y 3ª) La riña es simplemente casual, no prevista para los contrincantes, y entonces con ese alcance se toma para las partes que en ella intervienen, con las consecuencias previstas en el artículo 384 ibídem.

2. En una riña cuya provocación se origina en la persona que a la postre resulta víctima de un ataque a su vida o a su integridad personal, de no ser posible el reconocimiento en favor del homicida o heridor de la atenuante específica del artículo 28 por no ser suficientemente grave la provocación o no aparentar las debidas notas —de injusticia— no repugna aceptar que la riña en que se ve comprometido, irritado o estimulado por ofensas de la otra parte, es para él imprevista, no querida e inesperada, pues de no mediar una aceptación expresa del reto o desafío, quien ha provocado se ve envuelto en un combate que no propuso, no propició, ni en modo alguno dio lugar a él. En este sentido hay que tomar la riña en su condición de modalidad imprevista, si es que no es el caso, se repite, de reconocer la atenuante del artículo 28.

3. Admitida la modalidad de la riña imprevista para el homicidio a que los autos se contraen para dar aplicación al artículo 384 del Código Penal, la otra hipótesis que la demanda plantea y que aceptó el Juez del conocimiento en cuanto al carácter ultraintencional del delito sí no es de recibo. Aparte de que los clásicos elementos circunstanciales que la doctrina señala para inferir la intención o propósito de matar no cabría discutirlos sin invadir la órbita de las instancias en la valoración de los elementos de juicio, ningún indicio conduce a demostrar que el acusado ejecutó el hecho con el solo ánimo de causar una lesión personal. El resultado (la muerte de la víctima) era previsible y debió ser previsto por el agente y si lo previó mal puede hablarse de homicidio ultraintencional.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

Ismael Viña González y su defensor, doctor Ismael Eleázar Moreno, interpusieron dentro del término legal, recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 27 de octubre

de 1960, mediante la cual el nombrado Viña González fue condenado, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias, modificándose así el fallo de primera instancia dictado por el Juez 154 de Instrucción Criminal de 15 de junio del mismo año que sólo había impuesto al acusado dos (2) años de presidio.

El recurso ha sido tramitado en debida forma y sobre el mérito de la demanda formulada por intermedio del doctor Agustín Gómez Prada, constituído apoderado para el efecto, procede la Corte a *decidir*.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La sentencia del Juzgado da esta versión de los sucesos que motivaron la investigación:

"Los hechos motivo de la presente investigación, tuvieron ocurrencia en la fecha precitada cuando el señor Cristóbal Morales —encontrándose en estado avanzado de embriaguez— comenzó a insultar sin motivo alguno a Plutarco Torres, quien se encontraba de a caballo frente a la tienda o cantina de la señora Laura Morales de Moreno; además de los insultos, Morales le rasgó los zamarros que tenía puestos Plutarco Torres, quien a su vez protestó de palabra ante lo injustificado del proceder de Morales. Al darse cuenta de lo que estaba sucediendo, Genaro Viña, quien se encontraba tomando trago en la cantina de la señora antes mencionada, salió a la calle con el objeto de intervenir para que Cristóbal Morales dejara de agredir de palabra y de obra a su amigo Plutarco Torres, sin que fuera atendido por Morales quien más bien se dedicó a ofenderle el honor propio a Genaro y a toda su familia, en diferentes ocasiones. Genaro Viña, quien también se encontraba un poco embriagado, reaccionó ante los insultos de que era víctima, agrediendo a Morales con un 'perrero' o vara; en esta forma, Morales y Genaro Viña siguieron peleando hasta una plazuelita contigua a la cantina. La gente que se dio cuenta del incidente, gritaba que estaban peleando, y al oír estos gritos Israel y Hernando Viña, hermanos de Genaro, salieron también de la tienda e intervinieron en la reyerta conjuntamente en contra de Cristóbal Morales, agrediéndolo con palos y piedras. Cristóbal Morales al verse atacado no ya por una persona, sino por tres, sacó de uno de sus bolsillos del pantalón una navaja y comenzó a defenderse desesperadamente de sus tres atacantes, habiendo herido levemente a Israel y Hernando Viña, y recibiendo Morales, a su vez, una lesión en la parte izquierda del tórax, que lo hizo caer a tierra gravemente herido, de donde fue recibido por varias personas, conducido luego a la cantina de Laura Morales y luego trasladado a esta ciudad con tan mala suerte, que falleció en las cercanías del poblado de Doima, a donde fue devuelto e inhumado.

"En cuanto a los responsables de estos hechos, fueron detenidos por la Policía de Doima y puestos a disposición de la autoridad competente.

"Se advierte de una vez que tanto al occiso Morales como a Israel Viña, les fueron decomisadas sendas navajas, las que forman parte del proceso".

Agotada la investigación, previas las ritualidades indicadas en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959, el Juzgado del conocimiento de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, dictó sentencia condenatoria contra Israel Viña González por el delito de homicidio en la persona de Cristóbal Morales, y ordenó cesar todo procedimiento en favor de algunos individuos más que habían sido indagados en el curso de la investigación (Hernando Viña, Genaro Viña, Luis Alberto Lozano y Daniel Martínez).

Estimó el juzgador de instancia la responsabilidad del homicida en los términos previstos por los artículos 365 y 384 del Código Penal, en armonía con el 362 ibídem, e impuso la sanción mínima resultante de esos textos legales.

Esta evaluación jurídica de los hechos no la compartió el Tribunal, en cuyo concepto se trata de un homicidio común o simplemente intencional, y por ello reformó la decisión del inferior en la forma antes indicada, no obstante que el señor Fiscal de la Corporación se pronunció en su vista de fondo por la absolución del acusado por cuanto "lo que hubo fue una auténtica y legítima defensa porque Ismael Viña no hizo otra cosa que repeler una agresión inopinada e injusta que puso en peligro su vida. No reconocérsela sería tanto como obligarlo a dejarse matar de Morales y esto es un absurdo y la ley nunca puede interpretarse de manera que de su interpretación resulte el absurdo".

DEMANDA DE CASACION

El tratarse de un proceso sometido a los trámites de excepción consignados en el decreto legislativo número 0012 de 1959, permitió al señor apoderado impugnar la sentencia del Tri-

bunal con base en las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, alegándose en su orden principal y subsidiariamente con las mismas razones, pues lo que se trata de demostrar en la demanda es el error del fallador en la apreciación de los hechos frente a las pruebas recaudadas y el consiguiente error de derecho al dar aplicación en concreto a las disposiciones del Código Penal.

"Acuso la sentencia recurrida —expresa el señor apoderado— con base en la causal contemplada en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque por errada interpretación o apreciación de los hechos que indicaré se les atribuyó un valor probatorio que no tienen; a otros que también señalaré se les negó el que sí tienen; a otros que mostraré no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso; y entre unos y otros hay patente contradicción.

"El Tribunal apenas tuvo en cuenta, en forma errada, los hechos que en su sentir acreditan la comisión de un homicidio simplemente intencional por parte de Ismael Viña González, con la consiguiente responsabilidad y sanciones.

"Y como se verá de las pruebas del proceso, Ismael Viña González actuó dentro de los términos de una evidente legítima defensa de su vida y de las de sus hermanos. Y como ello surge de esas pruebas en forma deslumbradora, patente, pido desde ahora la invalidación de la sentencia recurrida y solicito, en cambio y consecuencialmente la absolución del acusado".

En orden a demostrar sus asertos, el distinguido apoderado ensaya un examen crítico de los elementos probatorios apreciados por el Tribunal en la sentencia, que no son otros que los testimonios rendidos por las varias personas a quienes tocó presenciar el desarrollo y culminación de los hechos. De esas pruebas tendrá ocasión de ocuparse la Sala más adelante.

La causal primera, ya se dijo, se alega como consecuencia de la anterior "porque dicha sentencia es violaoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma", según expresa el demandante, quien la sustenta por estos dos aspectos:

"Ya se demostró en el aparte anterior que aquí no se puede hablar de homicidio voluntario o de propósito, del que habla el artículo 362 del Código Penal, sino de un hecho en que 'no hay lugar a responsabilidad' por haber ocurrido un caso de justificación del hecho (artículo 24 del Código Penal), por tratarse de legítima defensa de la vida propia y ajena (artículo 25, ordinal 2º del Código Penal) y porque no se puede 'dictar sentencia condenatoria en materia criminal' sin que esté probada 'en forma plena o completa' la responsabilidad del procesado (artículo 203 del Código de Procedimiento Penal). Debe, pues, invalidarse la sentencia y en su lugar absolver al acusado (artículo 570, ordinal a) del Código de Procedimiento Penal), como lo solicito.

b).— "Para el caso improbable de que no prosperen las causales anteriores y *en subsidio,* invoco esta misma primera causal del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por indebida aplicación, y para ello alego que entonces ha debido aplicar el Tribunal los artículos 365 y 384 del Código Penal, homicidio preterintencional en riña imprevista, pues Ismael Viña intervino en una riña suscitada de modo imprevisto y esta circunstancia, más el arma empleada y demás circunstancias, indican que quiso simplemente perpetrar una lesión personal que ocasionó la muerte de Cristóbal Morales. Debe, pues, invalidarse la sentencia y en su lugar reducir las penas a las señaladas por el juez de primera instancia, o sea, a dos años de presidio, como lo solicito. (Artículo 570, ordinal a) del Código de Procedimiento Penal).

c).— "Por último, si tampoco acoge la Corte Suprema el motivo anterior, invoco *en subsidio* la misma causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por indebida aplicación de la ley, y para ello alego que, al menos, ha debido aplicar el Tribunal el artículo 384 del Código Penal, y no el 362, pues aquél permite reducir la pena hasta en la mitad para el homicidio cometido 'en riña que se suscite de un modo imprevisto'. Debe, pues, invalidarse la sentencia recurrida y en su lugar reducir las penas en la forma indicada, como lo solicito. (Artículo 570, ordinal a) del Código de Procedimiento Penal)".

RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone en su concepto de fondo a la invalidación del fallo recurrido, fundándose para ello en que las pruebas recogidas en el proceso no acreditan ninguno de los eventos planteados en la demanda. De esas pruebas y para referirse a la causal segunda de casación hace el Ministerio Público el siguiente examen:

"Ahora bien: que el necio proceder de Cristóbal para con Plutarco Torres, primo hermano de los Viñas González, hubiera dado lugar a que

interviniera Genaro (cosa ésta que disgustó a Cristóbal y que lo llevó a reaccionar, posible, o mejor seguramente, por la embriaguez en que se hallaba, en una forma descomedida, grosera e insultante, que Genaro reprimió castigándole con la vara o 'perrero' que llevaba accidentalmente en la mano), constituye una circunstancia que no es posible considerarla —como lo hace el recurrente— a manera de 'provocación injusta y grave de parte de Cristóbal Morales' para con los hermanos Hernando e Ismael Viña González. Y no es posible, por las siguientes razones:

"El incidente entre Cristóbal y Genaro ya estaba cancelado, después del castigo que éste infirió a aquél por su insolencia, y a virtud de la intervención amigable del señor Luis Lozano, como lo declara el testigo señor Juan García (piedra angular de la defensa en las dos instancias y ahora en este recurso extraordinario) y sólo fue revivido con la llegada de los otros tres (3) hermanos Viñas González, es decir, de Hernando, Ismael y Atanael, de los cuales vale decir que el último prefirió más bien permanecer a la expectativa que terciar en la riña que sus dos (2) últimos hermanos citados reiniciaban.

"El dicho de García, al cual le presta más atención la defensa, es terminante al respecto, pues consiste en esto:

" "y cuando yo salí vi a Genaro Viña dándole garrote con un palo al finado Cristóbal Morales, en eso se les metió Luis Lozano, dizque a separarlos como para que no hubiera nada, entonces en eso se fueron retirando y el finado también se retiraba y entonces *le salió* Hernando Viña y le tiró una pedrada al finado Cristóbal, entonces en eso yo vi que el finado se metía las manos al bosillo como para sacar algo, pero yo no le vi nada, entonces en esas se *le metió* Genaro Viña *otra vez* y entonces el finado le tiró a Genaro con la mano *y al mismo tiempo* le tiró también a Ismael Viña, y entonces fue *en ese preciso momento* cuando resultó el finado y sé que salió herido, porque le vi las manchas de sangre...'. (Folio 20 v. C. 1º)" ".

"Es debido entonces considerar que todo sucedió en forma rapidísima entre Cristóbal e Ismael, como lo revelan los subrayados que a la anterior transcripción le hace la Procuraduría.

"Pero no sólo de la declaración anterior se colige que la reanudación de la riña fue obra de Hernando e Ismael en detrimento de Cristóbal Morales (quien en ese momento se hallaba desarmado, como no lo estaban Genaro que portaba un bordón, Hernando que estaba provisto de piedra e Ismael de una navaja) sino que también se infiere dicha circunstancia de testimonios como estos:

" "...salí de adentro y me fui al portón de la casa mía, vi a Genaro Viña dándole palo a Cristóbal Morales y Hernando Viña dándole piedra y en eso que ambos estaban dándole *se le entró* el mono Ismael echándole así (la testigo hace ademán de que le mandaba como puñaladas al estómago)...' (María Gómez de Salcedo, folio 31 vto. id)" ".

" "...y lo primero que vi al salir al portón de mi casa fue a Genaro Viña dándole madera a Cristóbal Morales y luego Hernando Viña dándole piedra y entre eso le avanzó el mono Ismael Viña, tirándole puñaladas...'. (Marleny Salcedo, folio 39 id).

" "Lo que pasó fue que salimos a la sala y estaba un Viña ahí tirándole garrote a Cristóbal y *después salieron* de para allá los otros hermanos Viña tirándole también a Cristóbal, y entonces Cristóbal resultó herido al pie de un ciruelo o mejor dicho al frente de un árbol que hay ahí...'. (César Gómez Varón, folio 25 id.).

" "...yo vi únicamente cuando empezaron a pelear Genaro con Cristóbal, y que Genaro cogió detrás de Cristóbal dándole con la vara y detrás de ellos se fue la demás gente que había ahí en una tienda, de esos que habían en esa tienda estaba Hernando Viña y otros que no recuerdo o no conozco...'. (Tito Triana, folio 93 id.)" ".

"Además, ocurre que las diligencias de inspección ocular del folio 63 vto., contribuyen a clarificar lo atrás enunciado, porque los testigos que en ella intervinieron, especialmente las referidas señoras, rotundamente se ratificaron en sus iniciales dichos, no obstante el contra interrogatorio a que fueron sometidas por el señor apoderado de los sindicados que asistió a esa diligencia.

"De manera y suerte tales que lo anteriormente transcrito y observado, lo mismo que lo resultante de las demás probanzas existentes en el proceso, sirvió para estructurar el convencimiento legal y moral de los falladores de instancia, convencimiento que a su turno condujo a estos falladores a expresar con justicia un criterio adverso a las pretensiones de la defensa, hasta el punto de que el *a quo* consideró al acusado Ismael Viña responsable de un homicidio preterintencional en riña, y el Juez de segundo grado, culpable de un homicidio simplemente voluntario.

"No sobra destacar aquí la manera como el Tribunal de instancia razona para cargarle al acusado la comisión de un homicidio simplemente doloso:

" "En cuanto a que Ismael Viña actuó en riña, esto es evidente, como lo es también que para él la riña no tuvo el carácter de imprevista, como obviamente se desprende de los sucesos.

" "Todo ello indica, sin lugar a dudas que lo animó el propósito de matar, hecho que logró con su acto. Luego no puede negarse que se trata aquí de un homicidio simplemente voluntario".

"Y para afianzar dicha inferencia, trae a cuento las declaraciones de Urbano Arias, Juan García, César Gómez Varón, María Gómez de Salcedo, Marleny Salcedo, Luis Alberto Lozano Oviedo y Daniel Martínez Salcedo, así como los dichos de los tres sindicados. A su vez, no deja de referirse a la supuesta legítima defensa, lo mismo que al homicidio preterintencional en riña, reconocido en primera instancia, rechazando tales consideraciones y conclusiones, al final de lo cual opta por deducir una responsabilidad penal con arreglo a lo previsto en el artículo 362 del Código Penal.

"Son firmes pero contundentes los argumentos del *ad quem*. Y acerca de la cuestión *sub júdice*, bien hace en subrayar como elemento de juicio de innegable trascendencia probatoria, la circunstancia consistente en la inferioridad física de la víctima que resulta de haber sido ésta atacada por tres individuos al mismo tiempo, el uno, armado de un garrote, el otro de pedruscos y el tercero con una navaja de bolsillo, parecida a la que tenía el mismo atacado. Todo esto sin contar al cuarto hermano que se encontraba a la espera de los resultados de la reyerta, los cuales, es de suponer, ansiaba favorables a la causa de sus familiares, quienes por una y otra de tales circunstancias no se hallaron en situación de inminente peligro para sus vidas.

"No existe, por tanto, en las conclusiones del honorable Tribunal aquel error grave, aquel yerro mayúsculo, que es necesario que se patentice para que la honorable Corte, como Tribunal de casación, deba enmendarlo. Y como no existe dicha equivocación de apreciación probatoria, es más que obvio inferir que la causal segunda alegada y sustentada por el señor demandante, carece de respaldo procesal, por lo que debe ser desestimada, en concepto del Ministerio Público".

Respecto a la causal primera, cuya sustentación es en el fondo la misma ya analizada, la Procuraduría expone su opinión adversa por estimar que los hechos establecidos en los autos conducen a estructurar un homicidio común, en la forma y medida que contempla la sentencia acusada.

Considera la Corte:

1º.— El fallo de primera instancia, después de un análisis de los hechos y de las pruebas con ellos relacionadas, arrima a la conclusión de que el homicidio perpetrado por Viña González fue ultraintencional y en riña imprevista, apoyándose para elaborar su tesis jurídica en los conceptos dados por la mayoría de los tratadistas en relación con el propósito homicida y la manera de establecerlo como elemento subjetivo del delito, y en las doctrinas que la Corte y algunos autores nacionales han expuesto sobre los presupuestos de la riña imprevista.

2º.— La sentencia del Tribunal en sus más importantes consideraciones descarta, en primer término, la legítima defensa del acusado porque el ofendido "se encontraba en condiciones desventajosas y por lo mismo... sobre Ismael Viña no se cernía ningún peligro que pusiera en peligro su vida ni su integridad personal". Con relación a la preterintencionalidad y evento de la riña imprevista, supuestos que la sentencia inadmite, el Tribunal expresa:

"*Homicidio preterintencional en riña.*— Esta es la tesis del Juzgado del conocimiento, sobre la cual se ha fundamentado la sentencia que se revisa. Homicidio preterintencional es aquel que se produce extra-propósito, ya que el agente solamente se proponía perpetrar una lesión personal. Se ha echado mano de esta modalidad, teniendo en consideración que entre el occiso y los Viña existía amistad más o menos firme. Y se concluye entonces que un amigo no tiene nunca el propósito de dar muerte a su amigo. Esta tesis que estimula los lazos de la amistad como base de la solidaridad humana, no siempre, infortunadamente, es exacta. Se habla también de que el arma empleada no era adecuada para matar, no tenía tal virtualidad letal. Pero ocurre que esta tesis del Juzgado se destruye por los hechos mismos. En primer lugar, el sitio vulnerado, que destaca que el propósito que animó a Ismael Viña no fue propiamente el de causar una lesión sino el de eliminar a Morales y en segundo, el solo hecho de la muerte de éste, relieva la que el arma empleada sí tenía la capacidad que se le niega. Basta observar en la

diligencia de autopsia los destrozos que produjo, para reafirmar la opinión de la Sala.

"...El propósito de matar que informa el contenido del artículo 362, no es el que queda en el dominio de la conciencia síquica de su autor, sino aquel que se traduce en la realización de actos externos. El factor intencional, salvo casos excepcionales, no puede ser conocido mientras no se traduce en actos externos, pues solo mediante estas manifestaciones se puede desentrañar la intención que anima al actor, ya que la obra del hombre en sus diversos aspectos, tiene una relación directa con su modo de pensar y querer en la ejecución de un hecho determinado.....".

"Y en efecto, en el caso de autos, son los hechos externos llevados a cabo por Ismael Viña, los que vienen a señalar su propósito, su intención, dentro del cerco de los acontecimientos que se relatan en estas diligencias. Se sabe en efecto, que agredió con un palo o vara a Morales, que luego sacó un arma blanca, navaja, y que con ella en región vital de su contrincante causó tremenda lesión, a consecuencia de la cual pocos minutos después falleció. Todo ello indica, sin lugar a dudas, que lo animó el propósito de matar, hecho que logró con su acto. Luego no puede negarse que se trata aquí de un homicidio simplemente voluntario. En cuanto a que Ismael Viña actuó en riña, esto es evidente, como lo es también que para él la riña no tuvo el carácter de imprevista, como obviamente se desprende de los sucesos mismos.....". (Folios 146, siguientes, cuaderno primero).

3º.— Examinado el recaudo probatorio, con base en el cual el recurrente supone o deduce que el homicidio se cometió en legítima defensa, o, cuando menos, sin propósito específico de matar y en el evento de una riña imprevista, se tiene lo siguiente:

a).— El occiso —Cristóbal Morales— en estado avanzado de embriaguez y seguramente por esa circunstancia, provocó, sin motivo alguno, de palabra y de hecho, al señor Plutarco Torres, quien había llegado al lugar montado a caballo. Este incidente determinó la intervención de Genaro Viña, hermano del acusado, quien a su vez, no obstante tratar de poner paz entre Morales y Torres, fue víctima de los denuestos y procacidades del ebrio. Se trabó, entonces una riña entre éste y Genaro, la que dio lugar a que a pocos momentos intervinieran Hernando e Ismael Viña. El occiso afrontó el combate armado de una navaja; Genaro de un palo o vara y Hernando de una piedra. El acusado, por su parte, esgrimió otra navaja y con ella le causó la lesión a la víctima.

b).— Si es verdad que el Tribunal incurre en algunas inexactitudes al historiar los hechos y tratar de seguir su verdadera sucesión en el tiempo, también es cierto que no incurre en error al apreciar la conducta antijurídica del acusado, en cuanto afirma y concluye de las probanzas del informativo, que el procesado no obró por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta, que pudiera justificar el hecho frente a lo que disponen los artículos 24 y 25 del Código Penal.

La prueba testimonial, de cuyo estudio se ocupa a espacio el demandante en un laudable esfuerzo por hacer buena la conducta de su cliente, no da asidero a la legítima defensa. Toda esa prueba enseña, por la sucesión de episodios, que a la riña originalmente trabada entre el ofendido y Genaro Viña, motivada por una amigable intervención de éste y las provocaciones de aquél, concurrieron, también como agraviados por las expresiones insultantes de Morales, los otros dos hermanos Viña, no porque Genaro corriera un peligro más o menos inminente, sino como natural expresión de solidaridad.

En esa riña, así estuviera Morales armado de navaja, su situación era evidentemente más precaria que la de sus contrincantes, lo que no da margen en el proceso al apreciar el recaudo probatorio para fincar la legítima defensa del acusado. No es necesario, por este aspecto de los autos, entrar en detalles sobre el contenido de las declaraciones rendidas por quienes fueron testigos presenciales de los hechos o que de algún modo tomaron intervención en ellos, pues lo que aquí se afirma traduce la realidad de lo ocurrido.

c).— Admitido que hubo riña, circunstancia o evento que las instancias expresamente enuncian en sus fallos, precisa definir la modalidad que ella asumió y si incide en la determinación del grado de responsabilidad del homicida.

Entendida la riña como un combate entre dos o más personas en el que hay cambio de golpes, con armas o sin ellas, cuando en su curso se ocasionan lesiones o la muerte a alguno o algunos de los comprometidos en ella, pueden presentarse tres modalidades, a saber:

1ª La riña es provocada por el autor del homicidio o las lesiones y entonces ese evento carece de relevancia jurídica para obrar como aminorante de la responsabilidad porque el hecho reviste la mayor injusticia y no puede ofre-

cer motivación que atempere la conducta del delincuente.

2ª La riña es provocada por la víctima y entonces cabe tener en cuenta el factor *provocación* para los efectos del artículo 28 del Código Penal, y en último extremo, para considerar imprevisto el evento con relación al provocado; y

3ª La riña es simplemente *casual,* no prevista para los contrincantes y entonces con ese alcance se toma para las partes que en ella intervienen, con las consecuencias previstas en el artículo 384 ibídem.

Lleva la anterior distinción a concluír que en una riña cuya provocación se origina en la persona que a la postre resulta víctima de un ataque a su vida o a su integridad personal, de no ser posible el reconocimiento en favor del homicida o heridor de la atenuante específica del artículo 28 por no ser suficientemente grave la provocación o no aparentar las debidas notas de injusticia, no repugna aceptar que la riña en que se ve comprometido, irritado o estimulado por ofensas de la otra parte, es para él imprevista, no querida e inesperada, pues de no mediar una aceptación expresa del reto o desafío, quien ha sido provocado se ve envuelto en un combate que no propuso, no propició, ni en modo alguno dio lugar a él. En este sentido hay que tomar la riña en su condición o modalidad de imprevista, si es que no es el caso, se repite, de reconocer la atenuante del artículo 28.

d).— Pero admitida esa modalidad para el homicidio a que los autos se contraen para dar aplicación al artículo 384 del Código Penal, la otra hipótesis que la demanda plantea y que aceptó el Juez del conocimiento en cuanto al carácter ultraintencional del delito, sí no es de recibo. Aparte de que los clásicos elementos circunstanciales que la doctrina señala para inferir la intención o propósito de matar no cabría discutirlos sin invadir la órbita de las instancias en la valoración de los elementos de juicio, ningún indicio conduce a demostrar que el acusado ejecutó el hecho con el solo ánimo de causar una lesión personal. El resultado (la muerte de la víctima) era previsible y debió ser previsto por el agente y si lo previó mal puede hablarse de homicidio ultraintencional.

4º En estas condiciones prosperan las causales 2ª y 1ª de casación, pues por errada interpretación de los hechos, en particular de los que son modificativos de la responsabilidad del homicida, hubo indebida aplicación de la ley penal sustantiva. Quiere decir esto que la Sala, para reconocer la atenuante de la riña imprevista (Art. 384 del C. P.), procederá a invalidar parcialmente el fallo acusado, como lo preceptúa la letra a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, dictando la sentencia que debe reemplazarlo.

5º La penalidad imponible es la mínima que resulta de los artículos 362 y 384 de la ley penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia recurrida a que se ha hecho mérito, y DISPONE imponer al reo Ismael Viña González, como responsable del delito de homicidio, la pena principal de cuatro (4) años de presidio. En cuanto a las sanciones accesorias, rigen las impuestas en el fallo recurrido, ajustadas, en lo que sea pertinente, a la duración de la principal.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

DE LA AMNISTIA Y DEL INDULTO POR CIRCUNSTANCIAS POLITICAS

Interpretación de los artículos 6º del Decreto número 2062 de 1954 y 2º del Decreto número 1823 de 1954. La amnistía se concede de oficio o a petición de parte y es una gracia o beneficio. Naturaleza del beneficio de la amnistía, fines que persigue, circunstancias que imponen su existencia y su reconocimiento en un momento histórico determinado. Condiciones exigidas por la ley al otorgar la gracia. Presupuestos señalados en el Decreto-ley 1823 de 1954 para conceder la amnistía para delitos políticos.

1. Los Decretos 1823, artículo 2º y 2062, artículo 6º, de 1954, no es que se excluyan o se contradigan o sean incompatibles ambas disposiciones, sino que la una armoniza con la otra en el sentido de permitir que bien de oficio, como lo dispone el Decreto 1823, o bien a petición de parte, como lo dispone el Decreto 2062, pudieran los que delinquieron en las circunstancias que permiten el goce de aquellas gracias acogerse a las mismas a efecto de que en uno u otro caso la acción penal por causa de la amnistía fuera suspendida y a consecuencia de ello recayera el olvido que significa tal beneficio, en orden a propiciar por esa medida extraordinaria un nuevo estado de cosas que sirviera a la pacificación de los espíritus y al restablecimiento de la paz perturbada por los sentimientos exaltados por el partidismo político.

Pero aún en el supuesto de que se excluyeran o fueran incompatibles tales disposiciones, no sería explicable de modo alguno, que dos Decretos, aun con distinta numeración, pero que se refieren a una misma materia, que entraron a regir el mismo día por mandato expreso del artículo 17 del que lleva el número 2062, contuvieran dos disposiciones contradictorias entre sí de forma tal que la una permitiera la oficiosidad para el otorgamiento de estas gracias, mientras que el otro borrara esa facultad, porque no otra cosa sería imponer la petición de parte para el logro de tales beneficios. Incurriría en tal caso el legislador en una incongruencia completamente inexplicable en dos Decretos, que fuera de entrar a regir el mismo día, como ya se indicó, el segundo de ellos tiene por objeto, según lo explican sus considerandos, "hacer algunas aclaraciones y adiciones a los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954".

2. "La gracia o amnistía —dice el doctor José Vicente Concha— es un acto del poder social, que tiene por objeto y por resultado dar al olvido ciertos delitos, y a abolir, en consecuencia, las persecuciones y las condenaciones motivadas por ellos. La amnistía puede concederse antes o después de la condenación; pero en ambos casos borra lo que ha pasado antes de ella y suprime el delito, la acción y el fallo.

"El derecho de amnistía que se ha conocido en todo tiempo y lugar, se justifica por la conveniencia que puede haber para la sociedad de dar al olvido ciertos hechos, de suerte que, cuando esta conveniencia existe, falta uno de los fundamentos del derecho de castigar, y por ello deja de existir este mismo derecho".

3. El estudio armónico de los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954 "que regulan los beneficios del indulto y la amnistía, que aunque con distinta numeración comenzaron a regir el mismo día, puede decirse que se complementan dentro de su estructura orgánica, para formar un solo cuerpo legal, obediente a idéntico propósito de constituír una sola unidad destinada a reglamentar el otorgamiento o negación de aquellas gracias, sin que por ese mismo origen o finalidad sea posible afirmar que unas disposiciones contradicen o desarticulan las normas re-

guladoras de tales beneficios. De ser de otra manera, habría que decir que por legislar en esa forma resultó el absurdo de estatuir ordenaciones contradictorias, lo cual no puede admitirse sin una demostración adecuada, la que todavía no ha sido hecha".

4. De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1823 de 1954, tres distintas ocurrencias conllevan a calificar de delito político, aunque esta definición se aparte y mucho de la doctrina, una determinada conducta humana considerada ilícita por la ley penal. Son ellas, fuera desde luego de la calidad de ciudadano colombiano y de que se trate de delitos atroces: a) el móvil determinante: ataque al Gobierno, b) extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, y c) aversión o sectarismo político.

Cuando una cualquiera de estas circunstancias, o dos de ellas por lo menos, confluyan en un caso determinado, necesariamente tiene que dársele categoría de delito político al hecho para los efectos de la amnistía. Se dice lo anterior, porque pueden muy bien confluir las marcadas con las letras a) y c), por la oposición violenta a un régimen político determinado puede surgir el sentimiento de repelencia que constituye la animadversión y el sectarismo partidista. Este sentimiento puede ser la razón del ataque u oposición al Gobierno. En cambio, en el aparte b) establece una relación jurídica distinta, como que no se obra por desafecto a un régimen político determinado, sino precisamente por causa contraria, como que el móvil determinante es el apoyo, manifestado con el deseo de defenderlo lo que conduce a la extralimitación de funciones y a que el sentimiento afectivo de la adhesión impulse a actos que también merezcan, como los anteriores, ser considerados como susceptibles de gracias especiales en atención de los motivos que determinaron la conducta del incriminado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto primero de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Mediante sentencia de 3 de mayo de 1961, el Tribunal Superior Militar concedió el beneficio de amnistía a Eudosio Bustos, en relación con los delitos de homicidio cometidos en los agentes de la Policía Nacional Juan Agustín Medina e Hipólito Vargas Bernal y en los particulares Domiciano Monsalve y Ana Joaquina Tamí, y respecto a los ilícitos de lesiones personales en los agentes Antonio Mora Macías, Campo E. Mojica y Enrique Martínez, hechos ocurridos el 4 de noviembre de 1949 en el Municipio de Guaca.

En la misma providencia, el Tribunal Militar negó igual beneficio a las demás personas comprometidas en la ejecución de los ilícitos antes mencionados.

Contra la citada providencia, interpuso el recurso de apelación el Fiscal Segundo del Tribunal Superior Militar, del cual corresponde conocer a la Corte —Sala Penal— en segunda instancia, en virtud del ordinal 4º del artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar.

Basado en el artículo 1º del Decreto 1823 de 1954, el Tribunal califica de políticos los delitos imputados a Eudosio Bustos, en los que perdieron la vida los Agentes de la Policía ya citados.

"...y ya en el plano de la incriminación —dice el Tribunal—, únicamente se le recibió indagatoria a Eudosio Bustos (19), que negó de plano su intervención en los hechos, y a quien nada se le pudo probar al respecto; por lo que seguramente habría de ser amparado con un sobreseimiento de carácter definitivo, a la hora en que se entrase a calificar el mérito del sumario".

Atendiendo al artículo 1º del Decreto 1823 de 1954 citado, el Tribunal dice que el móvil de los hechos fue el de atacar al Gobierno, lo cual le da fisonomía de delito político, conforme al estatuto mencionado.

También afirma el Tribunal Militar que, "consta, eso sí, que el indagado Eudosio Bustos, a quien no se le pudo demostrar participación ninguna en los trágicos sucesos, tiene la condición de ciudadano de Colombia, y por tanto, en lo que a él respecta, el otorgamiento de la gracia (amnistía) resulta procedente".

En un segundo plano, el Tribunal entra a discutir el aspecto de si esa Corporación puede o no, resolver en torno a la amnistía sin que haya mediado petición de parte interesada cuando el proceso se ha enviado oficiosamente por el funcionario a quien correspondió su conocimiento. Punto éste en el que insiste el Fiscal recurrente.

Se apoya el Tribunal en la doctrina de la Corte para afirmar que los Jueces del conocimiento "tienen COMPLETA FACULTAD LEGAL para demandar el beneficio, por iniciativa propia".

Por su parte, el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior Militar, para sustentar el recurso de apelación dice "que el otorgamiento de la amnistía no puede ser oficioso" por razones que dejó expuestas en anteriores conceptos sobre el caso *sub júdice*.

En cuanto al aspecto de que si es necesaria o no la petición de parte en el beneficio de la amnistía, el Fiscal del Tribunal Militar afirma que "a este propósito puede observarse que hay una petición de principio; porque si se alude a que el Juez pide la amnistía y con ello se satisface la exigencia del Decreto 2062 de 1954, se reconoce que sí es necesaria la petición de parte. Solo que, como lo advirtió este Despacho en concepto de folio 78, no puede sostenerse que el Juez sea parte ni sus actuaciones constituyan petición de tal".

"En lo que reza con el aspecto secundario —continúa el Fiscal Segundo del Tribunal— ello es en el sentido del concepto que para no entrabar la solución del caso rindió la Fiscalía bajo el supuesto de que no se requiriera legalmente la petición de parte, debe hacer notar este Despacho que no hay incongruencia alguna porque se afirme la necesidad de la petición y al propio tiempo se diga que la amnistía se refiere al delito y no al delincuente.

"...Y no hay incongruencia, porque del hecho de que la amnistía se refiera a la infracción no se sigue que no pueda citarse ni actuar la persona o las personas con interés legal en el juicio penal.

"...Por eso ha de examinarse el delito imputado. Si es de los que llama políticos el Decreto 1823 de 1954 y si no reviste las características de atrocidad que lo exceptúan de la gracia".

Las anteriores razones llevan al Fiscal Segundo del Tribunal Superior Militar a pedir la negativa del beneficio de amnistía concedido a Eudosio Bustos.

El conflicto aquí planteado, que queda resumido en sus términos generales, había dado ya ocasión a que la Corte interviniera al producirse entre el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior Militar y esta misma Corporación un incidente relativo a la abstención del primero de los funcionarios dichos para dar su concepto sobre la concesión de la gracia en el negocio de autos.

En tal oportunidad la Corte, fundándose en que el auto que daba traslado al señor Agente del Ministerio Público para rendir su concepto de fondo en orden al otorgamiento de la amnistía, se abstuvo de considerar el recurso de apelación interpuesto por aquel funcionario, ya que según el criterio de la Sala, que ahora ratifica, a pesar de las apreciaciones en contrario producidas en la providencia del 17 de octubre de 1960, folios 74 a 77 del Tribunal Superior Militar, obligan a tal decisión.

No convencen a la Sala las razones expuestas en dicho proveído, porque el auto que dispuso el traslado es de simple sustanciación, ya que su objeto fue apenas impulsar la actuación del proceso, sin resolver incidente alguno, porque no puede llamarse de esta manera, para aplicar el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, la colisión o controversia de opiniones producida en el proceso por el solo hecho de que la motivación de los distintos y dispares criterios, fuera amplia y extensa, comoquiera que cada uno de los funcionarios apelaba a las argumentaciones que creía procedentes a fin de sustentar sus diversos pareceres.

El carácter de auto interlocutorio no lo produce arbitrariamente el solo hecho de que se presente un conflicto de interpretaciones al rededor de uno o de varios textos legales. Lo importante es que ese auto o esa providencia tenga las características que la ley le otorga para merecer una u otra denominación, es decir de sustanciación o interlocutorio. Y si bien surgió, como dice la providencia del Tribunal Militar, "un incidente auténtico" promovido por el señor Fiscal Segundo, ello no ocurrió, como lo pretende el Tribunal Militar, porque el señor Fiscal negara a la Corporación la competencia jurisdiccional para decidir, sino que por el conflicto de encontradas opiniones, el Agente del Ministerio Público se abstuvo de conceptuar sobre el caso, al descorrer el traslado que se le dio sobre el otorgamiento de la gracia en cuestión. Allí para nada tenía que ver la procedencia o inconducencia de dicha gracia, sino la abstención de cumplir una decisión del Tribunal, dirigida únicamente a dar impulso a la actuación con el concepto del Ministerio Público.

Es que en realidad de verdad las incidencias surgidas en este proceso dan margen para meditar serena y seriamente sobre la circunstancia misma de que la justicia no tenga la agilidad suficiente para resolver su actuación en defensa de los intereses sociales, porque un criterio que se cree absoluto e inmodificable, haga inoperante la indispensable rapidez de la justicia. Se dice lo anterior sin intención alguna de mortificar a los distinguidos funcionarios que en este negocio han intervenido y sí con el propósito de que se prescinda de lo accesorio para dar

campo a lo principal, que es en todo caso agilizar la justicia en beneficio social.

El conflicto surgido volvió a plantearse cuando en el auto a que se ha hecho referencia del 17 de octubre del año próximo pasado, el Tribunal Superior Militar resolvió disponer, como ya estaba ordenado, que el proceso volviera al Despacho del señor Fiscal Segundo para que rindiera su concepto en relación con el otorgamiento o la denegatoria de la amnistía que se hallaba pendiente de resolución. Fue entonces cuando el señor Agente del Ministerio Público, en breve vista, mantuvo su criterio de que su opinión principal la constituía el concepto de que de conformidad con los Decretos 1823 y 2064 de 1954 para que se tramiten los beneficios allí consagrados se requiere petición de parte y en forma subsidiaria se refirió a la pertinencia o impertinencia de la concesión de la amnistía. Ratificó así el primer aspecto de la cuestión para conceptuar brevemente sobre que el Tribunal, si le fuere dado resolver oficiosamente, "debería negar el beneficio a todos los sindicados por el homicidio de Hipólito Vargas, aunque pudiera concederse por el de Juan de Jesús Medina, pues en cuanto al delito de lesiones nada podría resolverse, ya que la acción penal se extinguió por prescripción". (Fs. 78 a 80).

Ya descorrido el traslado al señor Agente del Ministerio Público, el Tribunal Superior Militar, en providencia de 3 de mayo de 1961, después de ratificar su tesis de que oficiosamente podía resolver sobre la gracia o beneficio de amnistía y manteniendo su criterio anterior con otras consideraciones para sustentarlo, decidió otorgar el beneficio a Eudosio Bustos, con relación a los delitos a que ya se hizo mención, y las demás ordenaciones contenidas en la misma providencia.

Contra esta decisión interpuso el recurso de alzada el Agente del Ministerio Público, ratificando también su anterior parecer sobre la no oficiosidad en relación con el otorgamiento del beneficio de amnistía.

Todos estos antecedentes han tenido que ser recontados por la Corte para comprender con mayor exactitud los fundamentos de la discrepancia que ahora se decide.

Dos cuestiones importa resolver, que se enuncian así por orden de procedencia:

a).— Exige la concesión de la amnistía como requisito indispensable petición de parte del interesado o interesados o dicho de otra manera, puede otorgarse oficiosamente.

b).— Si en el caso de autos la gracia concedida está conforme a los presupuestos exigidos por los Decretos legislativos números 1823 y 2062 de 1954, que por virtud del mandato contenido en el artículo 18 de este último ordenó su vigencia a partir de la fecha de la expedición del segundo de los nombrados, esto es el 8 de julio de 1954.

CUESTION PRIMERA:

El señor Fiscal Segundo del Tribunal Militar argumenta así:

"En realidad de verdad estos dos Decretos, entraron a regir el mismo día, tal como lo ordena el artículo 18 del 2062, o sea el 8 de julio de 1954, integrando así un solo cuerpo legal, motivo por el cual para su interpretación, en caso de incompatibilidad de algunas de sus disposiciones entre sí, habrá de seguirse la clara disposición consignada en el numeral segundo del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que reza:

'Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior...'

"Los Decretos 1823 y 2062 de 1954, pese a que entraron a regir el mismo día, pero considerando —como es elemental— que el 2062 es posterior al 1823, también deben ser aplicados recordando el texto del artículo 2º de la Ley 153 de 1887: 'La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior'.

"El artículo 2º del Decreto 1823 de 1954 dijo que: 'En los procesos que actualmente se adelantan por los delitos a que se refiere el artículo anterior, la autoridad judicial competente, civil o militar, DE OFICIO o a solicitud de parte, *ordenará dentro de los treinta días siguientes a la vigencia de este Decreto* o a la petición que se le haga por el sindicado o su apoderado, cesar el procedimiento y poner en libertad incondicional al sindicado. La sentencia será apelada ante el Tribunal Superior Militar, y, si no fuere apelada, se consultará en todo caso con el mismo Tribunal'.

"Es decir, que para la concesión de la amnistía o del indulto, según el caso, se estatuyó que oficiosamente el respectivo funcionario del conocimiento, debía cuando se tratara de delitos políticos cometidos con anterioridad al primero de enero de 1954, salvo en aquellos '...cuyos caracteres de atrocidad revelen una extre-

ma insensibilidad moral', cesar el procedimiento y poner en libertad a los detenidos, dentro de un término terminantemente señalado en la ley: *treinta días después de la vigencia del Decreto 1823,* y nada más.

"Pero esta disposición quedó sin ningún valor ya que —como se ha destacado— el Decreto 1823 no entró a regir sino hasta el 8 de julio de 1954, cuando se dictó sobre la misma materia el 2062. En esta segunda disposición respecto a la actividad meramente oficiosa de los funcionarios del conocimiento en este tipo de procesos por delitos políticos, perdieron la facultad de aplicar la medida, ya que desapareció esta especie de primera instancia, así como la tramitación de apelaciones y consultas respectivas ante el Tribunal Superior Militar, puesto que el conocimiento se le concedió privativamente al Tribunal Superior Militar en cuanto respecta a la amnistía, ya que la concesión de los indultos quedó a cargo de la Corte Militar de Casación y Revisión.

"El artículo 6º del Decreto 2062 de 1954, terminó con la oficiosidad a que se refería el artículo 2º del Decreto 1823, limitando la incoación del procedimiento especial a la parte interesada, fuera ante el Tribunal Superior Militar o ante la Corte Militar de Casación y Revisión, según la materia respectiva ordenando:

'Las autoridades militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto 1823 de 1954 o los que tenga en sus archivos, los remitirán a la Corte Militar de Casación y Revisión del Tribunal Superior Militar, según el caso, tan pronto *como se les haga por la parte interesada la respectiva solicitud*'.

"El inciso segundo del mismo artículo recalca todavía más sobre la *solicitud de parte* a que se refiere el inciso primero antes transcrito, al decir:

'*Cuando se presente una solicitud* dentro de un proceso a la Corte o al Tribunal entrarán a decidir la situación en que, con respecto a la amnistía o el indulto, se encuentre la totalidad de los procesados que figuren en ese expediente'.

"O sea, que, con la medida señalada en el inciso segundo aludido, *previa petición de parte interesada,* se salvaguardiaba la noción de orden público para la aplicación de la amnistía o de los indultos, cobijando el estudio a todos y cada uno de los envueltos en el respectivo proceso, pero siempre y cuando que alguna de las partes interesadas en su petición, incoara el trámite de rigor.

"Dentro del mismo espíritu de que se iniciara el trámite, a petición de parte interesada, el artículo 13 del Decreto 2062 por excepción, manifestó cómo los '...militares que estando en servicio activo o en retiro' que hubieran actuado contra las Fuerzas Armadas, no podrían invocar ninguno de los beneficios concedidos por el Decreto 1823 de 1954.

"Si los argumentos anteriores son valederos, se tiene que el proceso fue enviado a esta Corporación sin facultad legal para ello, puesto que se procedió *oficiosamente,* cuestión no permitida en el Decreto 2062 de 1954".

SE CONTESTA:

La necesidad de petición de parte que exige el artículo 6º del Decreto 2062 se explica perfectamente si a ese texto se le da el verdadero valor que tiene, no contraponiéndolo con el 2º del Decreto 1823 sino interpretando las dos disposiciones de manera que conduzcan a las distintas finalidades que persiguen. Por este último artículo se prescribe a la autoridad judicial competente, civil o militar, de oficio o a solicitud de parte, ordenar dentro de los treinta días siguientes a la vigencia de este Decreto y a la petición que se le haga por el sindicado o su apoderado, cesar el procedimiento y poner en libertad incondicional al incriminado. Por el 6º se dispone que las autoridades civiles o militares que conozcan de los procesos a que se refiere el Decreto 1823 de 1954 o los que tengan en sus archivos, la remisión a la Corte de Casación y Revisión, o al Tribunal Superior Militar, según el caso, que dichos procesos le sean remitidos tan pronto como se les haga por parte interesada la respectiva solicitud.

De la confrontación de los dos textos se ve claramente que lo que persiguió el segundo Decreto que entró a regir al mismo tiempo que el primero, según se tiene ya dicho abundantemente, no fue otra cosa que hacer algunas adiciones o aclaraciones a los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954 sobre la materia de amnistía e indulto por los delitos políticos cometidos hasta la fecha de este último, es decir el 13 de junio de 1954. Una de esas aclaraciones o adiciones la constituyó, precisamente, la circunstancia de determinar cuándo debía cesar la acción penal por causa del beneficio de amnistía y cuándo ese mismo beneficio podía ser solicitado a las autoridades civiles o militares que estuvieran conociendo de procesos anteriores a la fecha en que empezaron a regir aquellos beneficios.

De modo que los Decretos 1823, artículo 2º y 2062, artículo 6º, no es que se excluyan o se contradigan o sean incompatibles ambas disposiciones, sino que la una armoniza con la otra en el sentido de permitir que bien de oficio, como lo dispone el Decreto 1823, o bien a petición de parte, como lo dispone el Decreto 2062, pudieran los que delinquieron en las circunstancias que permiten el goce de aquellas gracias acogerse a las mismas a efecto de que en uno y otro caso la acción penal por causa de la amnistía fuera suspendida y a consecuencia de ello recayera el olvido que significa tal beneficio, en orden a propiciar por esa medida extraordinaria un nuevo estado de cosas que sirviera a la pacificación de los espíritus y al restablecimiento de la paz perturbada por los sentimientos exaltados del partidismo político.

Pero aun en el supuesto de que se excluyeran o fueran incompatibles tales disposiciones, no sería explicable de modo alguno, que dos Decretos, aunque con distinta numeración, pero que se refieren a una misma materia, que entraron a regir el mismo día por mandato expreso del artículo 17 del que lleva el número 2062, contuvieran dos disposiciones contradictorias entre sí, de forma tal que la una permitiera la oficiosidad para el otorgamiento de estas gracias, mientras que el otro borrara esa facultad, porque no otra cosa sería imponer la petición de parte para el logro de tales beneficios. Incurriría en tal caso el legislador en una incongruencia completamente inexplicable en dos Decretos, que fuera de entrar a regir el mismo día, como ya se indicó, el segundo de ellos tiene por objeto según lo explican sus considerandos, "hacer algunas aclaraciones y adiciones a los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954". Porque es obvio que aunque en los Decretos-leyes sea patente muchas veces la falta de técnica para legislar, es manifiesto que al hacer las aclaraciones y adiciones a los Decretos respectivos, los autores de éstos debieron tener muy en cuenta los textos de los Decretos que iban a ser adicionados y aclarados y aun modificados si se quiere, en forma tal que todas estas ocurrencias sirviesen, como es lógico, para producir una mayor claridad y mejor comprensión en lo que podría llamarse el estatuto de la amnistía y del indulto frente a las circunstancias políticas que tales Decretos pretendían modificar al dictarlos el órgano Ejecutivo del Poder Público.

Es que resulta un contrasentido pensar que el legislador, por muy falto de técnica que se le considere, en dos disposiciones diga cosas tan contradictorias entre sí como que de *oficio* se puede hacer una cosa y luego se niegue esa posibilidad en disposición posterior. Es por ello por lo que es imposible pretender en este caso particular que las disposiciones de hermenéutica legal consagradas en las Leyes 57 y 153 de 1887 puedan citarse como argumentos que sirvan para resolver un caso como el que presenta el proceso.

Por lo demás, la circunstancia única de la petición de parte para reconocer la amnistía no parece razón apropiada para rechazar un derecho reconocido en la ley cuando se reúnen las condiciones que ésta misma señala a efecto de gozar de aquel privilegio. Aun en la hipótesis de ser los Decretos que la otorgan no suficientemente claros respecto a tal base para su concesión, indica que a los Jueces no les está vedada una interpretación que armonice con la índole jurídica de aquel beneficio extraordinario, que de ser sometido a extremas ritualidades podría impedir en no pocos casos su reconocimiento, porque diversos factores imprevistos dificultasen el que dicha petición fuera formulada por parte interesada.

En estos problemas menester es adentrarse en la naturaleza misma del beneficio, en los fines que persigue y en las circunstancias que imponen su existencia y reconocimiento en un momento histórico determinado y en momentos en que sus resultados pueden servir de útil, oportuno y eficaz medio para pacificar los espíritus y restituír el imperio de la paz perturbado por efectos que son calificados por el propio legislador como factores que conviene eliminar para lograr aquellos fines supremos.

Maggiore dice al efecto:

"*La indulgentia principis* se justifica como una medida equitativa enderezada a suavizar la aspereza de la justicia (supplementum iustitiae) cuando particulares circunstancias políticas, económicas y sociales, harían ese rigor aberrante e inicuo. De ese modo, obra como óptimo medio de pacificación social, después de períodos turbulentos que trastornan la vida nacional y son ocasión inevitable de delitos. A veces la sugiere la oportunidad de hacer que se participe en sucesos faustos para toda la Nación o para su Jefe, indultando formas no graves de delincuencia; pero esta es la forma de indulgencia soberana que, comoquiera que sea, debe reducirse al mínimo". ("Derecho Penal", volumen 2º, pág. 357).

El doctor José Vicente Concha dice al respecto:

"La gracia o amnistía es un acto del poder social, que tiene por objeto y por resultado dar al olvido ciertos delitos, y abolir, en consecuencia, las persecuciones y las condenaciones motivadas por ellos. La amnistía puede concederse antes o después de la condenación; pero en ambos casos borra lo que ha pasado antes de ella, y suprime el delito, la acción y el fallo.

"El derecho de amnistía, que se ha conocido en todo tiempo y lugar, se justifica por la conveniencia que puede haber para la sociedad de dar al olvido ciertos hechos, de suerte que, cuando esta conveniencia existe, falta uno de los fundamentos del derecho de castigar, y por ello deja de existir este mismo derecho".

Examinado el caso a la luz de estos principios irrebatibles, como que son el trasunto fiel de la doctrina de todos los expositores antiguos y modernos, se comprende que la ley puede imponer condiciones al otorgar la gracia, es decir después de que cumplidos los requisitos que ella señala para concederla exige al delincuente el someterse a determinadas prescripciones que si se incumplen necesariamente acarrearían al infractor las consecuencias que el mismo legislador impone con el fin de hacer que la gracia realice el propósito perseguido. Así, por ejemplo, el artículo 5º del Decreto 1823 pone una condición severa cuando ordena que tanto el indulto como la amnistía se pierden si el sindicado o reo favorecido cometiere un nuevo delito dentro del término de los tres años siguientes a la fecha en que se le concediere. Y el inciso segundo de la misma disposición, manda que aquella condición se hará constar en diligencias que, previamente a la libertad, suscribirán la autoridad competente, su secretario y el beneficiario.

Estas son las condiciones a que se refiere el artículo 680 del Código de Procedimiento Penal, que indican al mismo tiempo que son posteriores a la gracia y no anteriores a la misma, de la cual se infiere sin esfuerzo que en los Decretos mencionados se tomaron las medidas conducentes a hacerlas efectivas, no entrabándola con exigencias adicionales para el efecto de su concesión, sino que una vez otorgada ésta, ciertas condiciones fueron impuestas para lograr los fines de la institución, y nada más.

De donde se concluye, que sería extremar los textos, sin objetivo alguno, darles una interpretación restringida y aun a hacerlos nugatorios a los propósitos perseguidos, si se condicionan a una exigencia que no tiene importancia comparada con la que verdaderamente conlleva gracia tan extraordinaria.

Las anteriores consideraciones es menester hacerlas en este caso porque no existiendo una doctrina unificada al respecto, importa, y mucho, fijar el alcance de la institución, su naturaleza y sus finalidades, con el objeto de acomodar a ellas la interpretación de los textos, que por ser, como lo son, muchos Decretos Legislativos de técnica jurídica muy deficiente crean problemas cuya solución es necesario intentar con fundamentos que encuadren esa técnica y la perfeccionen, en lo posible.

Además de las anteriores razones, la Corte acoge los siguientes conceptos del Tribunal Superior Militar, porque resultan ser una interpretación afortunada del problema, que aunque hechas con anterioridad, fueron tomadas como parte del proveído apelado:

"Tratándose, pues, de una gracia impersonal, que no tiende a beneficiar a un individuo en particular, ya que obedece a la necesidad de aplacar rencillas y restablecer el orden, en beneficio del conglomerado social, la amnistía no requiere petición previa de la persona interesada y puede ser concedida por el Estado OFICIOSAMENTE, en todos los casos en que concurran las condiciones exigidas por la ley para su otorgamiento.

"Y es evidente que los fines propios de la gracia de amnistía se tornarían nulos o se frustrarían en la práctica, si se abandonara a la voluntad o al capricho del individuo la aplicación de tal beneficio político.

"Y necesariamente tendría que llegarse a ese resultado, de aceptarse la teoría fiscal de que el Tribunal solamente podría resolver la amnistía, mediante obligada petición de la persona interesada, puesto que bastaría que ésta no la solicitara para que por ese hecho negativo, los intereses generales y las conveniencias de la colectividad quedaran sometidos a los deseos particulares.

"Además, la no petición del beneficio sería en el fondo una RENUNCIA tácita al mismo, por el individuo, y ya se ha visto que la amnistía es IRRENUNCIABLE, desde que ella se inspira en motivos IMPERSONALES".

También comparte la Sala en su integridad las razones jurídicas en que se apoya el Tribunal Superior Militar para rebatir la argumentación del señor Fiscal en lo atinente a que en virtud de lo prescrito en el artículo 2º del Decreto 1823 de 13 de junio de 1954, el envío de los procesos al Tribunal para efectos de la amnistía tan solo puede hacerse de manera oficiosa, legalmente,

dentro del angustioso término de los treinta días siguientes a la vigencia de ese estatuto.

El Tribunal después de transcribir aquel artículo, cuyo texto ya ha sido señalado, dice:

"Al respecto, en primer lugar, debe señalarse que los treinta días de que habla la norma no se indican en ella para la remisión o envío del proceso de que se trate, a la autoridad competente, en forma oficiosa, sino para resolver sobre si se otorga o se niega la amnistía. Concretamente, como dice el texto, para decretar el cese del procedimiento y la libertad del sindicado.

"En segundo plano, contra lo que sostiene el distinguido Agente Fiscal, consagra la facultad de decidir sobre la gracia OFICIOSAMENTE, sin petición de parte, puesto que ordena decretar de oficio la cesación de procedimiento, cuando no mediare solicitud del interesado.

"Y finalmente, que ese plazo de treinta días contados a partir de la vigencia del Decreto 1823, que fija el artículo 2º del mismo para resolver sobre el beneficio, no para la remisión de los procesos a la respectiva autoridad, no alcanzó a regir por virtud de lo ordenado en los artículos 17 y 18 del Decreto 2062 del 8 de junio del mismo año de 1954, que dicen respectivamente:

"Artículo 17.— Este Decreto modifica y adiciona el marcado con el número 1.823 de 1954 y sustituye el artículo 2º del 2.184 de 1953".

"Si los dos estatutos entraron a regir el 8 de julio de 1954, es evidente que el término de treinta días que traía el artículo 2º del Decreto 1823 del 13 de junio del mismo año citado, jamás tuvo efecto, ni llegó a contarse nunca, pues dicho plazo hubiera empezado a correr exactamente el 13 de julio siguiente, y ya se ha visto que para el 8 de este último mes, el estatuto 1823 había quedado modificado en este punto por el Decreto 2062, el cual dispuso que los procesos podrían ser enviados en cualquier tiempo, al Tribunal Militar, por hechos cometidos antes del 1º de enero de 1954 para decisión sobre amnistía, según lo dispone el artículo 6º de tal estatuto, que ya se transcribió atrás.

"Por lo demás, la última parte del artículo 2º a que se alude anula prácticamente el referido término de los treinta días, pues como puede apreciarse prescribe que la cesación del procedimiento habría de ordenarse dentro de los treinta días siguientes a la petición que se formulara sobre el particular por el sindicado o su apoderado. Lo que significa que, en el fondo, no se señaló término alguno para que el interesado formulara su solicitud.

"Y por cierto, que el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 2062 corrobora la doctrina de la OFICIOSIDAD en cuanto a las determinaciones sobre la gracia en cuestión, puesto que estatuye expresamente que el Tribunal ha de resolver conjuntamente la situación de todos los procesados, hayan pedido o no, la concesión de aquélla.

"De una parte, porque la amnistía es general conforme se ha expuesto ampliamente, y de otra, porque el delito siempre será unitario. De modo que en todos los casos el ilícito tendrá que ser uno solo e idéntico, aunque a su ejecución concurran diversos agentes, bien como autores intelectuales, ya materiales, ora cómplices o como simples encubridores. Y así, resulta la situación de los principales frente al beneficio, lógicamente y como consecuencia tendrá que decidirse también la suerte procesal de quienes, como satélites delictuosos, han desempeñado papeles accesorios".

En lo tocante a la interpretación que el señor Agente Fiscal da al texto del artículo 680 del Código de Procedimiento Penal, la Sala contesta:

El carácter condicional de la amnistía que reconoce el artículo 680 del Código de Procedimiento Penal, no es el que pretende el señor Agente del Ministerio Público cuando afirma que de acuerdo con esa disposición la amnistía y el indulto "pueden condicionarse".

La concesión de la amnistía o indulto que "tuviere carácter condicional y el favorecido no cumpliere las condiciones prescritas, la providencia revocatoria será comunicada de la manera prevista en el artículo anterior", dice el mentado artículo 680, que guarda íntima relación con el 679, pues que en este se dispone que "la providencia que concede la amnistía o indulto se comunicará al Juez que dictó la sentencia de primera instancia o al Juez del conocimiento si estuviere pendiente el proceso y, si fuere el caso, a las demás autoridades a quienes, según este Libro, deba comunicarse la sentencia".

De lo anterior se desprende que es la gracia ya concedida la que está sujeta a determinadas condiciones que pueden ser fijadas en la providencia que la otorga de acuerdo con los mandatos legales. Lo que es diferente de que antes de su concesión se señalen condiciones para su otorgamiento como parece entenderlo el funcionario disidente, dándole un aspecto distinto del que reviste jurídicamente aquel otorgamiento, que puede estar sometido a ciertos requisitos deter-

minados por la ley, pero que no son las condiciones que una vez concedido hacen que la gracia tenga o no efectividad en beneficio de quien se otorga.

Por lo demás, la Corte insiste en sostener lo que ya dijo en pasada ocasión:

"...A la verdad, del estudio armónico de los Decretos que regulan los beneficios del indulto y la amnistía, que aunque con distinta numeración comenzaron a regir el mismo día, puede decirse que se complementan dentro de su estructura orgánica, para formar un solo cuerpo legal, obediente a idéntico propósito de constituír una sola unidad destinada a reglamentar el otorgamiento o negación de aquellas gracias, sin que por ese mismo origen o finalidad sea posible afirmar que unas disposiciones contradicen o desarticulan las normas reguladoras de tales beneficios. De ser de otra manera, habría que decir que por legislar en esa forma, resultó el absurdo de estatuír ordenaciones contradictorias, lo cual no puede admitirse sin una demostración adecuada, la que todavía no ha sido hecha".

CUESTION SEGUNDA:

Establecido que el Tribunal Superior Militar sí tenía competencia dentro de la ley para conceder la amnistía en el caso de autos a fin de favorecer al incriminado Eudosio Bustos, todo de conformidad con las disposiciones legales que la hacen viable, entra la Corte a examinar si el delito es de aquellos que merecen el beneficio porque el ilícito reúne los presupuestos que el Decreto-ley creyó indispensables señalar para su otorgamiento.

El artículo 1º del Decreto 1823 de 1954, a la letra dice:

"Concédese amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero del presente año.

"Para los efectos del presente Decreto, se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

De manera que según el texto anterior, tres distintas ocurrencias conllevan a calificar de delito político, aunque esta definición se aparte y mucho de la doctrina, una determinada conducta humana considerada ilícita por la ley penal. Son ellas, fuera desde luego de la calidad de ciudadano colombiano y de que se trate de delitos atroces (art. 4º del Decreto 1823 de 1954):

a).— El móvil determinante: ataque al Gobierno;

b).— Extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, y

c).— Aversión o sectarismo político.

Cuando una cualquiera de estas circunstancias, o dos de ellas por lo menos, confluyan en un caso determinado, necesariamente tiene que dársele categoría de delito político al hecho para los efectos de la amnistía. Se dice lo anterior, porque pueden muy bien confluír las marcadas con las letras a) y c), pues la oposición violenta a un régimen político determinado puede surgir del sentimiento de repelencia que constituye la animadversión y el sectarismo partidista. Este sentimiento puede ser la razón del ataque u oposición al Gobierno. En cambio el aparte b) establece una relación jurídica distinta, como que no se obra por desafecto a un régimen político determinado, sino precisamente por causa contraria, como que el móvil determinante es el apoyo, manifestado con el deseo de defenderlo lo que conduce a la extralimitación de funciones y a que el sentimiento afectivo de la adhesión impulse a actos que también merezcan, como los anteriores, ser considerados como susceptibles de gracias especiales en atención a los motivos que determinaron la conducta del incriminado.

Si se examina el caso de autos con el criterio anterior y se tienen en cuenta los hechos tal como los relata el proceso, resulta que la determinación del Tribunal Superior, en el sentido de otorgar la gracia a Eudosio Bustos, que es la única que concierne a la Corte decidir, porque la apelación apenas fue interpuesta en lo tocante a ella, cómo se desprende de los mismos términos en que el señor Fiscal funda sus puntos de disidencia contra lo resuelto por el Tribunal, tiene que ser acogida por la Corte, toda vez que en el proceder de aquel hombre, en el supuesto de que hubiera intervenido en los hechos delictuosos, no tuvo otro móvil que el de manifestar con su conducta antisocial una oposición, ataque o animadversión al Gobierno, entonces existente, que defendido por los Agentes de la autoridad víctimas del delito y mirando en ellos a sus legítimos representantes, determinó el hecho de eliminarlos, como una manifestación de inconformidad, o como un deseo de venganza política, o, en fin, por el propósito sectario de ver en los defensores del Gobierno

enemigos o adversarios políticos, cosas todas estas que están incluídas como presupuestos para la gracia de la amnistía que fue concedida en el proceso.

Es obvio que estas apreciaciones se refieren a lo que es objeto del debate, sin que se pretenda con ellas invadir campos ajenos al mismo.

A estas razones, no sobra agregar las que sirvieron al Tribunal para tomar esa determinación, las que también comparte la Corte:

"Y ciertamente, no ofrece asomo de duda que los hechos del proceso han de ser valorados o apreciados como una protuberante agresión al Gobierno constituído para la época en que ellos tuvieron realización, encarnado en quienes, con carácter de Agentes de la autoridad, como representantes suyos, hubieron de soportar el sangriento asalto de los victimarios, que, de esa manera y por motivos de bandería, se habían alzado en armas para combatir por todos los medios al régimen imperante.

"El móvil de los hechos no fue, pues, otro que el de atacar al Gobierno y por eso revisten la naturaleza de atentados políticos, conforme a la amplísima definición promulgada al respecto por el estatuto arriba citado.

"Ello parece evidente, a lo menos en lo que hace a los Homicidios y las Lesiones padecidas por los Agentes de Policía, contra quienes primordial y directamente se enderezó la agresión".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior Militar, de tres (3) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961), objeto de apelación por parte del Fiscal Segundo de dicha Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ABUSO DE AUTORIDAD

En el proceso civil las partes inician el juicio y aportan el material procesal hasta llevarlo a su fin. Pero una vez que el juicio está iniciado, normalmente corresponde al juez conducirlo de oficio respecto a la actuación, es decir, impulsar la actuación, hasta dictar el fallo definitivo, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de sufrir las sanciones establecidas en el Código Penal, como expresamente lo previene el artículo 377 del Código Judicial.

Y de acuerdo con lo ordenado por el artículo 375 ibídem, el juez debe dictar los autos interlocutorios dentro del término de nueve días.

No aparece acreditado en autos que en el Juez hubiera concurrido alguna causa excepcional de excusa, como enfermedad, que hubiera justificado la notoria demora en que incurrió para resolver en relación con la reposición pedida por el apoderado de los demandados.

De lo expuesto se concluye que sí existe en el proceso la prueba requerida por la ley para llamar a juicio al ex Juez del Circuito de Cartagena, por el genérico delito "De los abusos de autoridad y otras infracciones" contemplado en el capítulo VI, Título III, libro II del Código Penal y específicamente por el artículo 172 de dicho código, por cuanto el sindicado retardó la ejecución de un acto a que legalmente estaba obligado al demorar resolver, excediéndose notoriamente en los términos legales, el memorial de reposición del auto admisorio de la demanda.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, agosto dos de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Por apelación interpuesta y concedida al Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, corresponde a la Corte Suprema —Sala Penal— revisar la providencia de dicho Tribunal de fecha tres de noviembre del año 1959, por medio de la cual se "*sobresee definitivamente* en favor del doctor Santiago Badel González, ex Juez Segundo Civil" del Circuito de Cartagena "en relación con el delito de abuso de autoridad investigado".

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se originó este proceso en la publicación hecha por el doctor Ernesto Jiménez, en un folleto titulado "Increíbles de la Justicia Colombiana", en la que se puntualizan los hechos siguientes:

"Dentro del Juicio ordinario promovido por don Dionisio Vélez Torres, por medio de su apoderado doctor Clodomiro Herrera Meñaca, ante el Juzgado Segundo Civil de este Circuito, contra la "Colombia Sugar Company S. A.", en liquidación y los señores Roberto Cavelier Jiménez, Eduardo Lemaitre Román, Raimundo Emiliani Román y Arturo Pareja Lecompte, representados por el doctor Ernesto Jiménez, y contra el señor Paul Paffen, quien a la sazón no había constituído su apoderado, el autor de dicho folleto presentó un memorial en el que solicitó, con fecha veintinueve (29) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), la reposición del auto admisorio de la demanda proferido por aquel Juzgado el veintiocho (28) de enero del mismo año.

"Mediante providencia de trece (13) de abril siguiente, se ordenó que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, se mantuviera aquella solicitud en la Secretaría por dos días a disposición de la contraparte, para que ésta pudiera objetarla dentro de ese término, transcurrido el cual habría de resolverse lo pertinente, dentro de la oportunidad legal. Y habiéndose surtido la respectiva notificación dos días después, por estado, transcurridos otros dos, la Secretaría debió dar cuenta de todo ello a fin de que se decidiera si se accedía o no a la reposición interpuesta; pero no ocurrió así.

"El doce (12) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), dirigió el doctor Herrera Meñaca un memorial en el que decía que el negocio contentivo del susodicho Juicio estaba al despacho del Juez "para resolver algunos incidentes presentados por la contraparte en su respuesta a la demanda. Muy atentamente —agregaba— solicito resolverlos". Mas en realidad el negocio no se hallaba al despacho de ese funcionario, y la demanda no había sido contestada, por lo que no era posible que en la inexistente contestación a ella hubieran sido promovidos incidentes. Lo que estaba pendiente de resolución era el memorial del doctor Ernesto Jiménez de veintinueve (29) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

"Pocos días después del doce (12) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), la Secretaría pasó al Despacho del Juez el memorial que en esa misma fecha había presentado el doctor Herrera Meñaca, junto con sus referentes, esto es, "con todo el proceso" —afirma el doctor Ernesto Jiménez—, "y, por ende —añade—, con mi memorial del 29 de marzo del año de mil novecientos cincuenta y cinco (1955). Es cierto que al pie de este escrito —prosigue— no se puso constancia especial de pasar al Despacho para resolver; pero ante la solicitud del doctor Herrera Meñaca, demandante, lo lógico y correcto habría sido que el expediente saliera del Despacho con la providencia del caso, resolviendo mi reclamación del 29 de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955). Empero, así no sucedió...".

"Cinco días después de presentado el memorial del doctor Herrera Meñaca, dispuso el Juzgado: "a) Agregar a sus referentes, con noticia de las partes, el memorial del doctor Herrera Meñaca; b) Dar cuenta, "oportunamente", "con los incidentes a que se refiere el memorialista"; y c) Notificar personalmente este auto por haber estado el negocio en suspenso por más de seis meses".

"El diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) esa providencia no se había terminado de notificar; solo se había puesto en conocimiento de los doctores Herrera Meñaca y Ernesto Jiménez. Los demás interesados no habían sido notificados en forma alguna.

"El trece (13) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957) el doctor Herrera Meñaca solicitó al Juez que impulsara la actuación. El expediente volvió nuevamente a su despacho junto con sus referentes, "y por lo mismo —dice el doctor Ernesto Jiménez— junto con mi memorial del 29 de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), por más que a tal memorial no se le pusiera, cero y van dos, constancia especial de que pasaba a su despacho".

"El diez y ocho (18) del mes y año que se acaban de citar, se dispuso que por la Secretaría se diera cumplimiento al auto del diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), y cuenta para resolver lo que fuera del caso. "No hay, en la providencia —afirma el doctor Ernesto Jiménez— ni una sola palabra de censura para la Secretaría...". El diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), es decir, quince meses después, tal providencia no se había terminado de notificar. Solo fueron notificados los doctores Herrera Meñaca, Ernesto Jiménez y Romero López (quien sustituyó en el doctor Ernesto Jiménez el poder con que representaba al doctor Emiliani Román) el veintisiete (27) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), el doctor Herrera Meñaca, y el ocho (8) de marzo del año siguiente los doctores Ernesto Jiménez y Romero López.

"El trece (13) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), el doctor Herrera Meñaca dirigió un nuevo memorial al Juez en el que le pide que adelante el juicio, "el cual —dice— está al despacho a su digno cargo para resolver" ("cosa que, dicho sea de paso —agrega el doctor Ernesto Jiménez—, no era cierto puesto que el negocio estaba en la Secretaría y no en la mesa de usted"). Al pie de dicho memorial, que le fue pasado al despacho con los referentes y, según el doctor Ernesto Jiménez, con el de éste de fecha veintinueve (29) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), dictó un auto el Juez el diez (10) de marzo siguiente en el que ordena: "Désele cumplimiento al auto de fecha diez y ocho (18) de febrero del año pasado". Este proveído no se había terminado de notificar el diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), ya que sólo fue puesto en conocimiento de los doctores Romero López y Ernesto Jiménez.

"Finalmente, mediante memoriales de 19 y 20 de mayo del año próximo pasado, el último de los nombrados manifestó al Juez que se daba por notificado de los tres autos fechados el 17 de septiembre de 1956, el 18 de febrero de 1957 y el 10 de marzo de 1958, y que solicitaba "que sin más trámites" resolviera su memorial de veintinueve (29) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955). ("Increíbles de la

Justicia Colombiana'', folios 5 v. a 8 v. del expediente)''.

Con fundamento en los hechos contenidos en dicha publicación y en un memorial dirigido por su autor al Presidente del Tribunal Superior de Cartagena, este Tribunal, por auto del 23 de junio de 1958, ordenó abrir la investigación, disponiendo la práctica de algunas pruebas.

En cumplimiento a lo ordenado en dicha providencia, se trajeron a los autos, copias de los acuerdos por medio de los cuales el doctor Santiago Badel González fue nombrado y se le confirmó el nombramiento de Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena; copia del acta de posesión del mismo cargo, por parte del sindicado, y certificación expedida por el Alcalde del Distrito Judicial de Cartagena en el cual consta que el doctor Badel González ejerció las funciones de Juez desde el seis de marzo de 1956 hasta el día 26 de junio de 1958, fecha de la expedición de dicho certificado.

También se practicó y amplió una diligencia de inspección ocular en el expediente del juicio ordinario a que hace referencia en su folleto el doctor Jiménez, quien ratificó bajo juramento los cargos hechos en su publicación.

El doctor Badel González, después de ser emplazado, por no haber sido posible encontrarlo para recibirle indagatoria, se le declaró reo ausente y se le nombró apoderado de oficio, por auto del 30 de julio de 1959.

Cerrada la investigación, se le corrió traslado al señor Agente del Ministerio Público para que conceptuara sobre su mérito, y éste pidió que se abriera causa criminal contra el sindicado, doctor Badel González por el delito de abuso de autoridad, por demoras, y se sobreseyera temporalmente a su favor por el delito de prevaricato, pues para proceder por aquel ilícito, estima que existe la prueba requerida por la ley, pero que para el delito de prevaricato no aparece la plena prueba del cuerpo del delito, ''toda vez que no se ha revelado en ninguna forma el factor *a sabiendas,* y menos ''que el rehuso y retardo en resolver la reposición del doctor Jiménez, se hiciera por *simpatía* o *animadversión*''.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de analizar las conclusiones del Tribunal Superior de Cartagena concluye, sin mayor análisis probatorio, que ellas tienen fundamento ''completo y acorde con la verdad real de los hechos, ya que tienen en cuenta la situación personal del Juez acusado, aparte de las entradas y salidas (hechos físicos contemplados únicamente en la vista Fiscal) del expediente del Despacho del mismo Juez'', solicitando, en consecuencia, que se confirme el sobreseimiento definitivo.

En cuanto a lo dispuesto por el Tribunal, en orden a que se investigue el posible delito de abuso de autoridad, consistente en la demora en que pudo haber incurrido el doctor Antonio Torres Stevenson, entre el mes de abril de 1955 y el 6 de marzo de 1956, para resolver el memorial del doctor Ernesto Jiménez, de 29 de marzo de aquel año, el señor colaborador Fiscal es de concepto que debe revocarse lo dispuesto al respecto en la providencia que se revisa, por cuanto la acción penal se encuentra prescrita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal Superior de Cartagena, en la providencia que revisa la Sala, después de hacer un relato de los hechos y un análisis de las pruebas practicadas en el sumario, así como el estudio del delito imputado, a la luz de alguna jurisprudencia que transcribe, llega a las conclusiones siguientes:

''1ª Que no estando desempeñando las funciones de Juez Segundo Civil de este Circuito el doctor Santiago Badel González entre la segunda mitad del mes de abril de 1955 y el 6 de marzo de 1956, no es imputable a él la demora en resolver el memorial del doctor Ernesto Jiménez durante ese lapso.

''2ª Que no encontrándose al Despacho de aquel funcionario sino en la Secretaría ''el negocio para la fecha del escrito del doctor Herrera Meñaca'' de 12 de septiembre de 1956, tampoco le es imputable la demora ocurrida entre esta fecha y la del 6 de marzo del mismo año.

''3ª Que desconociendo el doctor Badel González ''por completo la existencia'' del memorial del doctor Ernesto Jiménez, por haber sido recibido y tramitado con anterioridad al ejercicio de sus funciones judiciales, sin que su Secretario le hubiera dado ''posterior cuenta'' de él, ni el doctor Herrera Meñaca en sus tres memoriales le hubiera solicitado de manera clara, expresa y concreta que resolviera aquel memorial, ni el propio doctor Ernesto Jiménez lo hubiera hecho antes del 19 y 20 de mayo de 1958, habiendo quedado ''al pairo'', como dice éste, o lo que es lo mismo, traspapelado o confundido en el ex-

pediente contentivo del negocio, el retardo u omisión en resolverlo no dependieron de la voluntad del doctor Badel González sino de factores ajenos a ella, y, por tanto, "el dolo o la intención de violar la ley —en este caso— no tiene ninguna estructuración jurídica por ausencia del hecho que pueda generarlos", como dijo la Corte en fallo anteriormente transcrito.

"4ª Que al doctor Badel González no le es imputable tampoco el abuso de autoridad consistente en haber cometido el acto arbitrario e injusto a que se refiere el artículo 171 del Código Penal, porque el dolo genérico no aparece demostrado, ya que, como se ha visto, el error no demuestra por sí solo "el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales" (como lo sostuvo la Corte en sentencia últimamente transcrita) del doctor Badel González, consistente, según el aserto del doctor Ernesto Jiménez, en "eludir el cumplimiento de sus funciones, valiéndose para ello de una orden por la cual se mandó cumplir un acto procesal no establecido en el Código: Aquello de que se pusiera en noticia de la contraparte la solicitud que le hiciera el doctor Herrera..."; trámite, que, prosigue aquél, "no lo autoriza la ley ni lo podría autorizar por antieconómico...". (Folio 38 v.).

"5ª Que al doctor Badel González no le imputó el doctor Ernesto Jiménez la comisión del delito de prevaricato, por lo que resultaría improcedente examinar en este proveído si los elementos de tal infracción se han puntualizado en los autos.

"6ª Que estando 'claramente demostrada la inocencia del procesado' (Código de Procedimiento Penal, artículo 437, 2º) debe sobreseerse definitivamente en su favor.

"7ª Que, de conformidad a lo solicitado por el señor Fiscal Primero del Tribunal, éste debe ordenar que por la Secretaría se saque copia de lo pertinente para que esta Corporación investigue el posible delito de abuso de autoridad consistente en la demora en que pudo haber incurrido el doctor Antonio Torres Stevenson entre el mes de abril de 1955 y el seis de marzo de 1956 para resolver el memorial del doctor Ernesto Jiménez de 29 de marzo de aquel año. (Folio 87)".

La Sala no tiene que hacer ningún reparo en cuanto a las conclusiones que el Tribunal señala con los números 1º, 2º, 4º y 5º, pues ellas tienen claro fundamento en los hechos establecidos en autos y en la lógica y racional análisis de la conducta del sindicado, pero no está de acuerdo con las otras conclusiones del Tribunal, muy especialmente con la señalada en el número 3º, por cuanto no se puede afirmar que el doctor Badel González desconociera "por completo la existencia" del memorial de reposición del doctor Jiménez, presentado y agregado al juicio desde el 29 de marzo de 1955, pues como acertadamente lo afirma el señor Fiscal del Tribunal: "Es notorio, y los autos lo revelan suficientemente, que estos estuvieron por tres ocasiones en el despacho del ex Juez Santiago Badel González. Primero lo estuvieron con motivo del escrito de 12 de septiembre de 1956 presentado por el doctor Herrera Meñaca. Lo estuvieron también para resolver otro escrito de éste fechado el 13 de febrero de 1957, y nuevamente lo estuvieron —la tercera vez— para decidir el memorial del doctor Herrera Meñaca de 13 de febrero de 1958 (ver las dos inspecciones oculares). Lo cual significa que el doctor Santiago Badel González tuvo pleno conocimiento de que el escrito de reposición de 29 de marzo de 1955 requería resolución y estaba en mora de dársela".

Efectivamente, el resultado de las inspecciones oculares revela, en forma que no deja lugar a dudas, que durante el tiempo en que el doctor Badel González ejerció el cargo de Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena, por tres veces, entró a su despacho y estuvo a su estudio el expediente del juicio civil a que se refiere el denunciante doctor Jiménez, expediente al que estaba agregado el memorial de reposición presentado por éste desde el 29 de marzo de 1955, que solamente vino a ser resuelto por el sindicado el 26 de mayo de 1958. Tampoco se puede admitir que el memorial de reposición del 29 de marzo de 1955 estuviera "traspapelado y confundido", como lo afirma el Tribunal, pues esto no está establecido en autos; no era necesario por otra parte, que el doctor Jiménez tuviera que estar solicitando "de manera clara, expresa y concreta" que el Juez le resolviera su petición de reposición contenida en aquel memorial, por cuanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 348 del Código Judicial "los Jueces deben adelantar los juicios por sí mismos, y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por omisión o culpa".

En el proceso civil las partes inician el juicio y aportan el material procesal hasta llevarlo a su fin. Pero una vez que el juicio está iniciado, normalmente corresponde al juez conducirlo de

oficio respecto a la actuación, es decir, impulsar la actuación, hasta dictar el fallo definitivo, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de sufrir las sanciones establecidas en el Código Penal, como expresamente lo previene el artículo 377 del Código Judicial.

Además, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 375 ibídem, el juez debe dictar los autos interlocutorios dentro del término de nueve días.

Por otra parte no aparece acreditado en autos que en el Juez Badel González hubiera concurrido alguna causa excepcional de excusa, como enfermedad, que hubiera justificado la notoria demora en que incurrió para resolver en relación con la reposición pedida por el doctor Jiménez, apoderado de los demandados.

De lo expuesto se concluye que sí existe en el proceso la prueba requerida por la ley para llamar a juicio al doctor Santiago Badel González, ex Juez del Circuito Segundo Civil de Cartagena, por el genérico delito "De los abusos de autoridad y otras infracciones" contemplado en el capítulo VI, Título III, libro II del Código Penal y específicamente por el artículo 172 de dicho código, por cuanto el sindicado retardó la ejecución de un acto a que legalmente estaba obligado al demorar resolver, excediéndose notoriamente en los términos legales, el memorial de reposición del auto admisorio de la demanda, a que se ha hecho referencia.

En lo que sí está de acuerdo la Sala con su colaborador Fiscal, es en la inutilidad de que se adelante la investigación por el posible delito de abuso de autoridad consistente en la demora en que pudo incurrir el ex Juez-doctor Antonio Torres Stevenson, entre el mes de abril de 1955 y el 6 de marzo de 1956, para resolver el memorial de reposición del doctor Ernesto Jiménez, pues debido al tiempo transcurrido hasta la fecha, la acción penal a que pudiera dar lugar dicha demora se encuentra prescrita.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, *revoca* el auto de sobreseimiento definitivo apelado proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, a que se ha hecho mérito en esta providencia y en su lugar RESUELVE:

a) Abrir causa criminal por los trámites ordinarios, contra el doctor Santiago Badel González, mayor de edad y vecino de Cartagena, ex Juez Civil del circuito de dicha ciudad, por el genérico delito *"de los abusos de autoridad y otras infracciones"* de que trata el capítulo VI Título III, Libro II del Código Penal.

b) Notificar personalmente esta providencia al procesado doctor Badel González, haciéndole saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio, y en caso de que no lo hiciere dentro del término de la ejecutoria se le designará uno de oficio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario

ABUSO DE AUTORIDAD

Presupuestos que tipifican este ilícito. Extralimitación de funciones en perjuicio de una persona. Finalidad de la justicia. Consecuencias de una actuación judicial. El abuso de autoridad consiste primordialmente en que se desconozcan derechos amparados y protegidos por la ley, cuya violación constituya abuso o arbitrariedad. El hecho de estar revestido el Juez de especial jerarquía, no lo autoriza a sobrepasar el ámbito de sus facultades.

1. Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan como elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad concretado en la norma del artículo 171 del Código Penal, los siguientes:

1º Calidad de empleado o funcionario público en el sujeto activo del delito;

2º Que el hecho se cometa en ejercicio de funciones o excediéndose en ellas;

3º Que no esté previsto especialmente como delito en otra disposición legal;

4º Que exista arbitrariedad e injusticia en el mismo; y

5º Que por tener estas calidades, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

Cuandoquiera que en un caso dado se reúnan estos presupuestos, el hecho es constitutivo de abuso de autoridad y consecuencialmente a quien lo comete le puede ser imputado aquel ilícito. Es que cuando se realiza un hecho con injusticia o arbitrariedad, sin sujeción a las normas jurídicas preestablecidas para su cumplimiento, se viola la ley, sin que importe nada que los motivos determinantes para hacerlo pudieran ser nobles o altruístas. Para reprimir el hecho penalmente basta que se haya quebrantado la legalidad y que el funcionario haya procedido con conciencia de ello.

2. Dentro de las circunstancias que motivaron el proceso, es menester subrayar en cuál actitud del funcionario acusado se advierte una extralimitación de funciones que acentúe un hecho arbitrario o injusto en perjuicio de una persona.

Si al practicar la diligencia de entrega por despojo injusto ordenada por el Tribunal, se presentaron tesis encontradas, ello mismo significa que los pareceres de los contrincantes no eran idénticos y por lo tanto era necesario recurrir a los medios legales para hacerlos valer, a fin de que les fueran reconocidos sus derechos. Declarar sin efecto la diligencia de entrega practicada por el Juez comisionado, era favorecer una causa en perjuicio de otra, mientras la perjudicada no pudiera hacer surgir el derecho que le asistía para oponerse por medio de los recursos oportunamente interpuestos.

El abuso consiste en desconocer estos derechos. Basta colocarse en el mismo lugar de los contrincantes para comprobar que esa conducta envuelve un hálito de injusticia que no puede desestimarse, a menos que se crea que el Juez es omnipotente y que su misma investidura lo hace invulnerable a la arbitrariedad.

3. Es verdad que interpretar la ley no constituye delito, al menos cuando ello se haga con criterio honesto y libre de perjuicios. Pero no lo es proceder a ejecutar una determinación judicial cuando contra ella había interpuestos medios legales, aducidos oportunamente, que debían ser resueltos antes de que se produjeran efectos jurídicos contrarios a quienes los propugnaban impugnándolos.

Las decisiones judiciales no pueden ser escuelas de moralidad procesal; pero por lo menos, cuando el caso lo indique, no puedem ser tampoco ajenas al conflicto humano que surge entre determinadas pretensiones que obran en concepto de propiedad y aquellas que dentro

de su relativa fragilidad, las ampara la ley. Para tal fin se ha hecho la justicia que imparten los jueces. De otra manera tal facultad debería llamarse de otro modo, porque entonces nada determinaría su razón de existir.

4. Las determinantes de una actuación judicial pueden producir consecuencias de naturaleza suficiente para estructurarlas como ilícitas, cuando ellas no corresponden a la forma que la ley señala para ejecutarlas o cumplirlas. Pretender que interpretar la ley, cuando no hay un obvio motivo de interpretación porque los textos son claros, permite desconocer aquellos principios, implica negar virtualidad penal a formas de delito creadas precisamente para evitar abusos y arbitrariedades. Cuando ocurre que se sobrepase la facultad legal de interpretación, para entrar en los terrenos prohibidos de lo abusivo o arbitrario, el estatuto penal proporciona el medio para reparar lo hecho y señalar como punible la conducta de los funcionarios que obran más allá de las atribuciones que les fueron concedidas. Así se reconstruye la justicia y se determina con exactitud el proceder de todos: los que deciden y los que obedecen a los mandatos legales.

Puede ser que dentro de una interpretación formalista de la ley se acepte que puedan resolverse circunstancias que incidan contra los intereses de las personas víctimas de ellos. Mas el abuso de autoridad no consiste propiamente en que esa concepción sea cierta subjetivamente para el funcionario. Consiste en forma primordial en que se desconozcan derechos amparados y protegidos por la ley, cuya violación constituya abuso o arbitrariedad.

Menester es reducir las proporciones de la autoridad de los funcionarios al ámbito propio de sus atribuciones. Cuando las sobrepasan, conlleva tal conducta una actitud que incide penalmente. Pueden hacerse disquisiciones abstractas para mantener la vigencia de un estado de cosas discutible con el ánimo de justificarlo. Pero lo que no ofrece discusión, es aquello que se haga con detrimento de derechos cuya tutela corresponde a la ley penal.

Lo que la ley erige en abuso de autoridad, no son las sutilezas jurídicas con que se pretende excusar una conducta, sino el efecto que ellas producen con el desconocimiento de prerrogativas que tienen que ser reconocidas cuando se alegan con oportunidad y se desconocen injustamente. Allí estriban el amparo y la protección legal o tutela jurídica que determina el ilícito cuando se opera la desviación de esa actividad y se produce un acto arbitrario. Lo que la ley penal erige en delito es precisamente tal desviación. Cuando ella ocurre, demostrados todos los demás elementos del hecho, no escapa a la ley penal, aunque se trate de ampararla con criterio de interpretación. Estos son ilícitos cuando verdaderamente conllevan una adecuada armonía con la discrepancia que la controversia suscita. Pero cuando de otra manera ocurre ello es improcedente y por lo mismo inaceptable en el plano jurídico.

5. Precisa crear la conciencia en los servidores públicos —los Jueces en mayor grado— que el hecho de estar revestido de aquella jerarquía especial, no autoriza sobrepasar o extralimitar ese ámbito de facultades. Cuando ello suceda, el rigor penal debe moderar tal proceder. No es la creencia del funcionario lo que determina el derecho controvertido. Es más bien el reconocimiento del derecho objetivo que protege a la parte agraviada, lo que da contenido al abuso de autoridad cuando se le desconozcan sus derechos. Así se restituye la justicia y se la defiende de la arbitrariedad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Mediante proveído de 19 de enero del presente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dispuso abrir causa criminal contra el doctor José Jaramillo Alvarez, como presunto responsable del delito de Abuso de Autoridad, ilícito cometido en el ejercicio de sus funciones como Juez Segundo del Circuito Civil de Manizales.

Contra la decisión del Tribunal, el procesado, por intermedio de su apoderado, interpuso el recurso de apelación, del cual habrá de ocuparse la Corte.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El 9 de agosto de 1960, ante el Juzgado Tercero Superior de Manizales, compareció el doctor Efrén Orozco Duque con el objeto de formular denuncia criminal contra el Juez Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, la

que hizo en los siguientes términos, que es necesario transcribir, ya que ellos encierran todas las contingencias y pormenores de la actuación cumplida por el funcionario acusado:

"En el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad cursa un juicio Posesorio de la señora Inés Restrepo de Gómez contra Zenaida o Chila Ramos. En primera instancia el negocio fue fallado en contra de la demandada a quien represento actualmente por sustitución que me hizo su apoderado, doctor Germán Hincapié Correa. Como consecuencia del fallo adverso mi representada fue despojada del predio poseído. Subidos los autos al honorable Tribunal Superior en virtud de apelación interpuesta, el Tribunal con ponencia del doctor Peláez Ocampo revocó la sentencia de primera instancia y ordenó al señor Juez tomar todas las medidas conducentes para que la demandada fuera restituída en la posesión del predio del cual había sido lanzada injustamente. Bajados los autos al Juzgado Civil del Circuito, el señor Juez, doctor José Jaramillo Alvarez, comisionó al Juez Municipal de Palestina para que verificara la entrega ordenada por el Tribunal. En el acto de la diligencia se presentó un señor de apellido Melo apoderado por el doctor Roberto Ramírez Duque y se opuso a que la entrega se hiciera, alegando para ello que existía un contrato de aparcería verbal entre el citado Melo y un señor Rafael Gómez Parra que no es parte en el juicio posesorio sino un tercero. Con iguales argumentos se opuso otro señor de apellido Molina. Oídos los argumentos de las partes, el señor Juez comisionado no oyó la oposición y procedió a hacer la entrega del predio a mi representada Zenaida o Chila Ramos. Contra la determinación del Juez el doctor Ramírez Duque interpuso recurso de reposición y subsidiariamente apelación para ante el inmediato superior. No prosperó la reposición y fue concedida la apelación según consta al folio 26 vto. del expediente, cuaderno número 3. Llegado el negocio nuevamente al Juez comitente, el doctor Ramírez Duque solicitó que la diligencia se repitiera para resolver la oposición. El señor Juez Segundo por auto proferido el tres de agosto de los corrientes y notificado según se dice en Estado del cinco, ordenó repetir la diligencia de entrega para resolver la oposición. Contra dicho auto interpuse recurso de reposición y en subsidio apelación, según consta en memorial presentado personalmente el viernes cinco de agosto por la tarde. El doctor Ramírez Duque solicitó que la diligencia la practicara el señor Juez, doctor Jaramillo Alvarez personalmente. Por auto proferido el mismo cinco de agosto el doctor Jaramillo Alvarez dispuso practicar él personalmente la diligencia. Pero en dicho auto no se fijó fecha y hora para efectuar la diligencia, ni aparece con nota de haberse notificado. Pues bien, señor Juez. No obstante, no haberse ejecutoriado el auto que ordenó repetir la diligencia y no haberse resuelto sobre los recursos interpuestos contra el mismo, el doctor Jaramillo Alvarez se madrugó ayer lunes en asocio de su Oficial Mayor y del doctor Roberto Ramírez Duque para Palestina y despojaron arbitrariamente a mi representada del predio que le había sido restituído por sentencia del honorable Tribunal Superior. Se trata sencillamente de una diligencia clandestina. Porque el sábado a las once de la mañana vine en compañía del doctor Germán Hincapié Correa al Juzgado para discutir algo sobre las incidencias surgidas en el negocio, cuando llegamos al Despacho estaba el señor Juez en compañía del doctor Roberto Ramírez Duque con el expediente en sus manos, inmediatamente dijo, palabra más, palabra menos: 'Doctor, aquí estoy tratando este problema con el doctor Ramírez Duque, yo creo que esa diligencia de entrega hay que repetirla de todas maneras para resolver esa oposición planteada, ya que el Juez de Palestina no lo hizo'. Yo le respondí: La diligencia se hizo conforme a la ley. Allí le presenté un memorial recurriendo de su providencia que ordenó repetir tal entrega, usted debe resolverlo por escrito. El Juez se entró a su despacho privado y el doctor Ramírez Duque se retiró. Dejaron el expediente en la baranda y entonces el doctor Hincapié Correa y yo tomamos el negocio y nos pusimos a estudiar lo pertinente. Recalco mucho al señor Juez de que no se fijó día ni hora para repetir esa diligencia de entrega, ni el sábado hasta las once pasadas que estuvimos en el Despacho del doctor Jaramillo Alvarez, manifestó nada. Y sucedió entonces que ayer lunes se madrugó y repitió la diligencia cometiendo un despojo arbitrario y burlando una sentencia emanada del honorable Tribunal Superior que le ordenaba a él hacer entrega del predio a mi representada. Y lo que es más grave, oyendo una oposición formulada por un tercero que celebró un contrato de aparcería con otro tercero. En resumen, señor Juez, los hechos que son constitutivos de delito son estos: El doctor Jaramillo Alvarez mediante auto interlocutorio ordenó repetir una diligencia de entrega. Contra dicho auto interpuse oportunamente el recurso de reposición y en

subsidio apelación. Sin haber resuelto los recursos y sin haberse ejecutoriado el auto que ordenó repetir la diligencia, se madrugó el lunes en forma clandestina y la practicó. Esto bien puede ser un PREVARICATO o un ABUSO DE AUTORIDAD. Finalmente observo que este señor Juez dictó ese auto ordenando repetir la diligencia de entrega tantas veces citada, estando pendiente todavía un recurso de apelación interpuesto por el doctor Ramírez Duque contra la decisión del señor Juez comisionado. Este es mi denuncio, señor Juez". (Fs. 1 y vto. y 2 del primer cuaderno).

Cumplidas las diligencias de investigación de tales hechos, y estando éstas perfeccionadas en lo posible, se enviaron los autos al Tribunal Superior de Manizales, donde se procedió a conocer del negocio en primera instancia, por ser de su competencia.

El 22 de septiembre de 1960, se le recibió indagatoria al Juez acusado, de la cual el Tribunal obtiene las siguientes conclusiones: "Que desempeña el cargo de Juez Segundo Civil del Circuito; que ante su despacho se adelanta un posesorio a Zenaida o Chila Ramos por Inés Restrepo de Gómez; que se comisionó al señor Juez Municipal de Palestina para restituír a la demandada el predio rústico de donde había sido lanzada y dicho funcionario no la practicó conforme a la ley —dice el doctor Jaramillo en su injurada— 'por cuya razón el Juzgado a mi cargo, conocidas las incidencias que en ella se presentaron, estimó que la diligencia debía repetirse para que dicho acto fuera estudiado ampliamente a la luz de las disposiciones pertinentes aplicables al caso... y por lo tanto se dispuso que la mencionada diligencia fuera repetida, para lo cual nuevamente se comisionó al mismo Juzgado. Es elemental saber que en materias civiles los juicios se impulsan y se mueven por regla general a solicitud de las partes'."

Al llegar el expediente de nuevo, una vez cumplida la comisión al Despacho del Juez del Circuito, la parte interesada solicitó a éste que se manifestara sobre la comisión conferida al Juez de Palestina. A este respecto dice en su indagatoria el doctor Jaramillo Alvarez:

"Planteado el problema en esta forma el suscrito Juez procedió a hacer el estudio relacionado con la misma diligencia, concluyendo que la misma no estaba ajustada a las disposiciones legales que deben observarse en estos eventos y dispuso que esa misma diligencia fuera repetida en providencia que fue legalmente notificada a las partes, a pesar que este proveído, por tratarse de una resolución simplemente adjetiva y de forzoso cumplimiento, y la cual no requería la ejecutoria ordinaria de las providencias que resuelven directa o indirectamente en el fondo alguna situación jurídica que pueda incidir en los intereses defendidos por las partes, de ello se enteró a las mismas".

Manifiesta el doctor Jaramillo que como el auto por el cual se ordenó repetir la diligencia fue recurrido, "en sentir del suscrito y dada su experiencia en materias jurídicas no estaba sujeto a más recursos tendientes solamente a dilatar y menoscabar los fines del procedimiento".

Al preguntársele si el auto en el que se dispuso la repetición de las diligencias por parte del Juzgado del Circuito fue notificado a las partes conforme a la ley, contestó: "consideré que al disponer que el Juzgado practicara personalmente la diligencia, no era necesario darle a ese auto el carácter de una providencia importante como que para someterla a una notificación por estado y al rigor de la ejecutoria de la misma. Yo dije en ese auto que en atención a lo que solicitaba, el Juzgado personalmente practicara la diligencia y se procediera a ello. Al decir esto, el Juzgado podía movilizarse en cualquier momento, siendo hábil el día desde luego. En razón de esto la parte interesada se presentó y dijo: 'Señor Juez, estoy dispuesto a que nos vamos' y yo le dijo: 'que con mucho gusto, camine'. Yo no señalé día ni hora para esa diligencia porque consideré y sigo considerándolo, de que el señalamiento de día y hora para una diligencia no es un imperativo legal a que necesariamente el Juez debe estar sujeto... todos sabemos y especialmente el abogado, de que las providencias que desatan un conflicto jurídico dentro del juicio, o resuelven de alguna manera una situación incidental, rigurosamente hay que notificarlo a las partes... pero cuando se trate de una simple resolución en que se dispone cumplir lo que se busca, como en el caso a que se refiere la pregunta, no es necesario hacer los señalamientos a que se refiere el señor Juez".

Respecto a la razón por la cual no compareció el apoderado de la demandada a la diligencia de entrega, el acusado dijo: "es muy personal y subjetivo del abogado que vaya o no vaya. Cuántas diligencias se practican pedidas por un abogado y no se presenta él".

El Tribunal Superior de Manizales hace un juicioso análisis del denuncio y la indagatoria rendida por el sindicado, poniendo de presente los puntos claves sobre los cuales se tra-

ban en controversia el denunciante y el denunciado. En cuanto a la comisión conferida por el Juez del Circuito al de Palestina, el Tribunal hace la siguiente observación:

"Efectivamente el señor Juez de Palestina procedió a cumplir la comisión del 28 de julio de 1960, pero durante esa diligencia de entrega que obra a folio 29 y siguientes, se opusieron los señores Antonio Melo Aristizábal y Manuel Salvador Molina, alegando el primero un contrato de aparcería y el segundo estar ocupando con su familia una casa de habitación. Mas el señor Juez comisionado con base en el artículo 135 del Código Judicial no aceptó las oposiciones e hizo la entrega a la señora Ramos. Este artículo reza: '...Los Jueces comisionados no deben admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución de las sentencias...'

"El doctor Ramírez Duque como apoderado del aparcero Melo pidió reposición de lo resuelto por el Juez y en subsidio apelación, alegando que las decisiones judiciales no producen efecto sino únicamente entre las partes y que nada tienen que ver con terceros. Pero el comisionado negó la reposición y concedió la apelación diciendo entre otras cosas esta: 'no son de recibo las oposiciones formuladas porque precisamente quienes las formulan fueron personas que intervinieron en la diligencia de entrega que este mismo Juzgado hizo a la señora Inés Restrepo en cumplimiento del fallo de primera instancia".

A este respecto observa el Tribunal:

"Puede que el del Circuito tuviera o no facultades para hacer repetir una diligencia, lo que se resolvería civilmente. Pero lo que se le reprocha por el denunciante es que hubiera proferido el auto sobre repetición sin haber resuelto la apelación que interpuso el doctor Ramírez en el momento de la diligencia de entrega por el Juez Municipal.

Es verdad, como puede verse al folio 34 vuelto, que el mismo doctor Ramírez por medio de memorial fechado el 6 de agosto le dice al Juez que 'no se puede decidir sobre los recursos que hayan interpuesto, mientras la diligencia no se haya realizado conforme a derecho', pero en concepto del Tribunal no es así. El competente tenía que resolver sobre la apelación interpuesta ante el Juez de Palestina, llenando para ello las formalidades legales. El doctor Ramírez cuando se dio cuenta que el 3 de agosto el Juez había ordenado repetir la diligencia, hábilmente elevó el comentado memorial sugiriendo se hiciera caso omiso de la apelación que él mismo había formulado".

Continúa más adelante el Tribunal:

"De conformidad con el artículo 307 del Código Judicial las providencias se ponen en conocimiento por medio de notificaciones personales o por edicto, o en la forma prescrita en el artículo 310 o sea por estados. Esta última notificación fue la que se hizo en el negocio que nos ocupa y de acuerdo con el artículo 491 de la misma obra los interesados tenían tres días para apelar o pedir reposición, término este que necesariamente había que dejar correr.

"Efectivamente una de las partes, la demandada, en escrito del día de la notificación interpuso reposición y en subsidio apelación como antes se dijo, por lo cual tal providencia no quedaba en firme sino hasta que se resolviera ese recurso.

"Pero a pesar de todo la diligencia se realizó el 8 de agosto, o sea al lunes siguiente, cuando ni siquiera se habían vencido los tres días que tenían las partes e interesados para pedir reposición o apelar.

"Mas hay una nueva faz: El mismo viernes cinco de agosto el Juez Segundo del Circuito dicta otro auto ordenando que no sea el Juez de Palestina sino el propio Juzgado del Circuito el que practique la repetición de la diligencia, terminando así: 'Procédese a la diligencia de entrega', que ha debido notificarse por estado conforme se había notificado el anterior que tenía la misma finalidad".

Como el Juez del Circuito dice en su indagatoria que esta nueva diligencia de repetición de la entrega no la notificó a las partes, pues "el auto no estaba sujeto a ninguna revisión... no estaba sujeto a más recursos tendientes a dilatar y menoscabar los fines del procedimiento", el Tribunal replica:

"De suerte que cuando el Juez la notificó no se trataba de una 'resolución adjetiva', que solo vino a tener ese carácter cuando ordenó practicarla personalmente, diciendo 'procédese a la entrega'. Motu proprio no podía resolver esas situaciones así y considerarlas como le parecieran. Desde luego que notificó la primera providencia del 3 de agosto que ordenó repetir la diligencia, ha debido aguardar a que se ejecutoriara o a que se resolvieran los recursos interpuestos. Se trataba de una situación ya creada.

"Por lo demás el Tribunal observa que esa providencia del 3 de agosto que fue notificada el 5, no era adjetiva, sin importancia, por cuan-

to creaba nuevas situaciones jurídicas. Se trataba de un auto interlocutorio que tiene sus trámites muy claramente explicados en el Código Judicial. Tan importante la diligencia que precisamente se ordenó para oír oposiciones que implican articulaciones y tan importante que el resultado fue pasar la propiedad de manos de la demandada a un secuestre. Son explicaciones dadas por el Juez como para salir del paso, pero que el Tribunal no cree sean fruto de una convicción profunda. No cabe semejante razonamiento en un Juez que, como él mismo lo afirma en su indagatoria, tiene una larga trayectoria profesional. Estas son sus palabras: 'Cerca de 18 años me estoy entendiendo con los abogados y en razón de ser un poco amigo de las disciplinas jurídicas, la mayor parte de mi vida la he dedicado a ellas'.

"Cómo sería de ambigua la situación que el Juez —continúa el Tribunal— en su injurada relata que el sábado, o sea al otro día de la notificación les dijo en la Secretaría del Juzgado a los Abogados que por casualidad estaban presentes: 'señores, esta diligencia hay que repetirla porque está mal hecha'. Como dando con ello a entender que era una manera de notificarles, según se desprende de estas otras palabras: 'De esto se dieron cuenta todos y por tanto sabían que el Juzgado a mi cargo se trasladaría al mismo sitio para repetir la diligencia'."

El doctor Orozco en su denuncio, dice que el sábado 6 de agosto en la Secretaría del Juzgado contestó al Juez: "allí le presenté un memorial recurriendo de su providencia que ordenó repetir la entrega, usted debe resolverlo por escrito".

El lunes 8 de agosto de 1960. el Juez del Circuito Civil de Manizales realizó de nuevo la diligencia de entrega del fundo materia del litigio. A este respecto dice el Tribunal:

"¿Cuál la razón para que el señor Juez hubiera practicado la nueva diligencia de entrega el día 8 de agosto? El nos lo explica diciendo que como nada había que notificar y someterlo al rigor de la ejecutoria el Juzgado podía movilizarse en cualquier momento, siendo hábil el día. Y que en efecto ese día la parte interesada se presentó y le dijo: 'Señor Juez, estoy dispuesto a que nos vamos' y yo le dije: 'Que con mucho gusto, camine'. Agregando: 'Yo no señalé fecha ni hora para la diligencia porque consideré y sigo considerándolo que no es imperativo legal a que necesariamente el Juez debe estar sujeto... cuando se trate de una simple resolución en que se dispone cumplir lo que se busca, como en el caso a que la pregunta se refiere, no es necesario hacer los señalamientos".

"Es asaz exótica la forma como el Juez interpretó los puntos a su estudio, resolviéndolos con un criterio más bien paternal que legal. Como si se tratara de un asunto de poca monta llega un día un interesado y le dice VAMONOS y le contesta CAMINE. Los demás claro está no podían darse cuenta de que ello iba a ocurrir y al contrario confiaban que sus recursos y peticiones tuvieran solución. Estaban confiados al trámite legal y no al capricho o parecer del Juez".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al descorrer el traslado ordenado por la Corte para que emitiera su concepto sobre el proveído materia de la apelación, se muestra acorde con el mismo, y en consecuencia solicita a esta Corporación que confirme el auto de llamamiento a juicio pronunciado por el Tribunal Superior de Manizales, contra el doctor José Jaramillo Alvarez, acusado del delito de abuso de autoridad. El señor Agente del Ministerio Público se expresa en los siguientes términos, que le dan base para formular la petición mencionada:

"Sobre la cuestión, es el caso de que exprese la Procuraduría que, revisado el expediente y la providencia aludida, se halla en un todo de acuerdo con la determinación del honorable Tribunal de llamar a responder en juicio criminal al doctor José Jaramillo Alvarez, por infracción del artículo 171 del Código Penal, ya que el elemento psíquico censurable que lo animaba, está presupuesto en los diversos y diferentes actos cumplidos de los cuales fue autor, habiendo siempre actuado conscientemente, como se desprende de las manifestaciones hechas al rendir indagatoria, demostraciones que sirven para presumir que su conducta ilícita fue obra de la tozudez y el capricho.

"Fuera de lo anterior, la materialidad del delito resulta establecida nítidamente, pues el hecho o hechos imputados, los cometió un funcionario público, y, además, aparecen previstos como delitos diferentes al abuso innominado de autoridad, en otra u otras disposiciones legales, y fueron ejecutados por causa de las funciones inherentes al cargo de Juez y excediéndose en su ejercicio, confrontándose como secuela de su ejecución, el perjuicio indudablemente irro-

gado a la señora Zenaida o Chila Ramos en sus intereses''.

CONSIDERA LA CORTE:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan como elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad concretado en la norma del artículo 171 del Código Penal, los siguientes:

1º Calidad de empleado o funcionario público en el sujeto activo del delito;

2º Que el hecho se cometa en ejercicio de funciones o excediéndose en ellas;

3º Que no esté previsto especialmente como delito en otra disposición legal;

4º Que exista arbitrariedad e injusticia en el mismo; y

5º Que por tener estas calidades, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

Cuandoquiera que en un caso dado se reúnan estos presupuestos, el hecho es constitutivo de abuso de autoridad y consecuentemente a quien lo comete le puede ser imputado aquel ilícito. Es que cuando se realiza un hecho con injusticia o arbitrariedad, sin sujeción a las normas jurídicas preestablecidas para su cumplimiento, se viola la ley, sin que importe nada que los motivos determinantes para hacerlo pudieran ser nobles o altruístas. Para reprimir el hecho penalmente basta que se haya quebrantado la legalidad y que el funcionario haya procedido con conciencia de ello.

En el proceso todos los elementos señalados en los tres primeros numerales están demostrados convenientemente. Falta establecer si los dos últimos que vienen a constituír el *corpus delicti* del ilícito, surgen de los hechos que los autos relacionan.

Con estas premisas y dentro de las circunstancias que motivaron el proceso, ya indicadas con las transcripciones anteriores, es menester subrayar en cuál actitud del funcionario acusado se advierte una extralimitación de funciones que acentúe un hecho arbitrario o injusto en perjuicio de una persona.

Todo en los Autos confluye a establecer en el actual momento procesal que la conducta del funcionario estuvo asistida de arbitrariedad cuando se practicó una diligencia que pudiera llamarse de nuevo despojo —contra la decisión de un Tribunal Judicial— en perjuicio de la parte demandada, sin que los recursos legales interpuestos en tiempo oportuno contra el auto que ordenó repetir la diligencia de entrega sin notificar debidamente, es decir en forma legal, las providencias dictadas para repetir dicha diligencia, todo lo cual constituía la denegación de un derecho, ya que el presunto agravio que aquellas providencias podían causar a la parte demandada, bien hubiera podido corregirlo el superior, evitando la práctica de una diligencia que en último término resultaba en su perjuicio, toda vez que se la privaba de la posesión, reconocida por el Tribunal en proveído de admirable razonamiento jurídico y amplio análisis legal. No a otra cosa equivale la designación de secuestre en uno de los opositores, la orden perentoria que consta en esa misma diligencia de entrega practicada directamente por el Juzgado, a pesar de la segunda comisión confiada al Juez Municipal de Palestina, consistente tal orden textualmente en ''que no PUEDE tocar ninguno de los cultivos porque en esta misma diligencia han quedado en poder del opositor'' (la subraya es del texto) y la ''consecuencia de que se le conceden a la señora Zenaida Ramos (Chila), los cinco días, para la desocupación del inmueble'', según reza la diligencia practicada personalmente por el mismo Juez el día ocho de agosto de 1960 (fs. 32 vto. y 33).

Si al practicar la diligencia de entrega por despojo injusto ordenada por el Tribunal, se presentaron tesis encontradas, ello mismo significa que los pareceres de los contrincantes no eran idénticos y por lo tanto era necesario recurrir a los medios legales para hacerlos valer, a fin de que les fueran reconocidos sus derechos. Declarar sin efecto la diligencia de entrega practicada por el Juez comisionado de Palestina, era favorecer una causa en perjuicio de otra, mientras la perjudicada no pudiera hacer surgir el derecho que la asistía para oponerse por medio de los recursos oportunamente interpuestos.

El abuso consiste en desconocer estos derechos. Basta colocarse en el mismo lugar de los contrincantes para comprobar que esa conducta envuelve un hálito de injusticia que no puede desestimarse, a menos que se crea que el Juez es omnipotente y que su misma investidura lo hace invulnerable a la arbitrariedad.

Es verdad que interpretar la ley no constituye delito, al menos cuando ello se haga con criterio honesto y libre de perjuicios. Pero no lo es proceder a ejecutar una determinación judicial cuando contra ella había interpuestos medios legales, aducidos oportunamente, que debían ser resueltos antes de que se produjeran

efectos jurídicos contrarios a quienes los propugnaban impugnándolos.

Las decisiones judiciales no pueden ser escuelas de moralidad procesal; pero por lo menos, cuando el caso lo indique, no pueden ser tampoco ajenas al conflicto humano que surge entre determinadas pretensiones que obran en concepto de propiedad y aquellas que dentro de su relativa fragilidad, las ampara la ley. Para tal fin se ha hecho la justicia que imparten los jueces. De otra manera tal facultad debería llamarse de otro modo, porque entonces nada determinaría su razón de existir.

La Corte no desconoce las razones del auto en que el Juez acusado resolvió repetir la diligencia ordenada en la sentencia del Superior. Pero encuentra que ellas no obedecen propiamente a un criterio de interpretación, sino a una modalidad propia de funcionarios que confían más en su personal y conceptuoso sentido del derecho, que al derecho de los demás. Como esto determina abusos y en el presente proceso resultan consumados, es natural que el sostenimiento tozudo de una conducta injusta sea imputado penalmente, porque de otra suerte no existiría igualdad ante la ley, igualdad que solo surge cuando el derecho de cada uno sea reconocido por quien corresponde.

No se procedió de tal manera en el caso de autos. Se pretermitieron formalidades sustanciales, y, sobre todo, se obró con precipitación injustificable. Si la diligencia del 8 de agosto se practica después de surtidos y resueltos los recursos y cumplidas las notificaciones, todo habría transcurrido dentro del orden que determina el derecho. No se hizo así y por ello mismo se cometió un acto arbitrario e injusto, en perjuicio de una persona, cuyo dolo lo constituye precisamente la circunstancia de producir efectos jurídicos un acto del funcionario, con daño de otros, no por afecto o desafecto, que ello sería prevaricato, delito también atribuído al sindicado y cuyo sobreseimiento definitivo es invulnerable, sino porque fueron evidentes los perjuicios ocasionados a una de las partes en conflicto, que cuando se produjeron resultaron extemporáneos, porque entonces, se repite, habían sido invocados recursos legales, sin que una vez producidos sus efectos, no era justo, ni prudente ni oportuno decidir.

Casos como el que se estudia, sirven para hacer reflexiones muy agudas sobre la forma de actuar los funcionarios judiciales. Se presta a deducciones sociológicas de elevado contenido frente a las formas como la ley protege los derechos de los litigantes, principalmente cuando ellos no gozan de especial protección económica. Se dice lo anterior con profundo sentido de justicia social, tal como debe ser concebida e interpretada. Si a una persona se le reconoce el derecho de ser protegida en su posesión pacífica y de buena fe, por un Tribunal y en sentencia que acredita la capacidad del Magistrado en grado indiscutible, no resulta aceptable que en el procedimiento para reconocer y hacer efectivo ese derecho se realicen métodos y actuaciones que hacen nugatoria e írrita aquella decisión basada en auténticos principios de equidad y justicia.

Repugna moralmente tal proceder y legalmente resulta improcedente que se desvirtúe el sentido legal y lógico de una decisión superior, para atender a meros menesteres interpretativos, que por su sentido obvio no podían menoscabar el derecho reconocido en aquella decisión de superior jerarquía, cuyo cumplimiento debió hacerse sin excusas ni ambigüedades.

Las determinantes de una actuación judicial pueden producir consecuencias de naturaleza suficiente para estructurarlas como ilícitas, cuando ellas no corresponden a la forma que la ley señala para ejecutarlas o cumplirlas. Pretender que interpretar la ley, cuando no hay un obvio motivo de interpretación porque los textos son claros, permite desconocer aquellos principios, implica negar virtualidad penal a formas de delito creadas precisamente para evitar abusos y arbitrariedades. Cuando ocurre que se sobrepase la facultad legal de interpretación, para entrar en los terrenos prohibidos de lo abusivo o arbitrario, el estatuto penal proporciona el medio para reparar lo hecho y señalar como punible la conducta de los funcionarios que obran más allá de las atribuciones que les fueron concedidas. Así se reconstruye la justicia y se determina con exactitud el proceder de todos: los que deciden y los que obedecen a los mandatos legales.

Puede ser que dentro de una interpretación formalista de la ley se acepte que puedan resolverse circunstancias que incidan contra los intereses de las personas víctimas de ellas. Mas el abuso de autoridad no consiste propiamente en que esa concepción sea cierta subjetivamente para el funcionario. Consiste en forma primordial en que se desconozcan derechos amparados y protegidos por la ley, cuya violación constituya abuso o arbitrariedad.

Menester es reducir las proporciónes de la autoridad de los funcionarios al ámbito propio de sus atribuciones. Cuando las sobrepasan, conlleva tal conducta una actitud que incide pe-

nalmente. Pueden hacerse disquisiciones abstractas para mantener la vigencia de un estado de cosas discutible con el ánimo de justificarlo. Pero lo que no ofrece discusión, es aquello que se haga con detrimento de derechos cuya tutela corresponde a la ley penal.

Lo que la ley erige en abuso de autoridad, en casos como el de autos, no son las sutilezas jurídicas con que se pretende excusar una conducta, sino el efecto que ellas producen con el desconocimiento de prerrogativas que tienen que ser reconocidas cuando se alegan con oportunidad y se desconocen injustamente. Allí estriban el amparo y la protección legal o tutela jurídica que determina el ilícito cuando se opera la desviación de esa actividad y se produce un acto arbitrario. Lo que la ley penal erige en delito es precisamente tal desviación. Cuando ella ocurre, demostrados todos los demás elementos del hecho, no escapa a la ley penal, aunque se trate de ampararla con criterio de interpretación. Esto son lícitos cuando verdaderamente conllevan una adecuada armonía con la discrepancia que la controversia suscita. Pero cuando ocurre de otra manera —como en el caso de autos—, ello es improcedente y por lo mismo inaceptable en el plano jurídico.

Hace la Corte las anteriores consideraciones en razón de que el caso exige un profundo detenimiento, en orden a señalar la índole de las condiciones que determinan la conducta de los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus atribuciones cuandoquiera que se exceden con injusticia y arbitrariedad en las que la ley les reconoce como propias. Precisa crear la conciencia en los servidores públicos —los Jueces en mayor grado— que el hecho de estar revestido de aquella jerarquía especial, no autoriza sobrepasar o extralimitar ese ámbito de facultades. Cuando ello suceda, el rigor penal debe moderar tal proceder. No es la creencia del funcionario lo que determina el derecho controvertido. Es más bien el reconocimiento del derecho objetivo que protege a la parte agraviada, lo que da contenido al abuso de autoridad cuando se le desconozcan sus derechos. Así se restituye la justicia y se la defiende de la arbitrariedad.

Las conclusiones del auto de proceder son invulnerables. El Tribunal de instancia agotó en forma exhaustiva todo el examen del acervo probatorio y de los elementos que integran el delito, en forma que resulta innecesario repetir. Por lo mismo, tanto sus premisas, como sus conclusiones, las acoge la Corte porque ellas reflejan fielmente, en el actual estado del negocio, toda la actuación procesal y son trasunto del mismo.

Como el apoderado del funcionario acusado presentó un interesante escrito sosteniendo puntos de vista distintos de los expuestos, en un plausible e inteligente esfuerzo por justificar la conducta del funcionario incriminado, la Sala se referirá a lo que considera como principal argumento de esa defensa, para fijar su pensamiento sobre este extremo del problema.

En efecto, el distinguido señor apoderado del recurrente, parte de la base de que no por ser innecesario notificar ciertos autos conforme a la ley procesal civil, el Juez actuó de conformidad con el derecho al repetir la diligencia de entrega y por tanto no incurrió en arbitrariedad e injusticia. Si ello fuera así, escuetamente, tal vez podría dársele la razón a tal planteamiento. Mas ocurre que no solo a ese hecho se reduce la actuación del funcionario, sino que ella tuvo otros desarrollos, anteriores, concomitantes y subsiguientes a aquella diligencia, como a lo largo de este proveído se han expuesto, acotadas tanto por el Tribunal de instancia como por la Sala.

Suponiendo por vía de hipótesis, que la sola notificación por estado fuera suficiente, como sostiene el señor apoderado, y que ella bastaba para repetir la diligencia, para luego resolver los recursos interpuestos en tiempo hábil, se pregunta, ¿qué efectos podían resultar de éstos, sobre un acto ya cumplido, que la parte interesada esperaba no se llevara a cabo, para lo cual, precisamente, echaba mano de aquellos recursos?

Quien interpone un recurso, espera como es obvio, que el superior enmiende en su favor el presunto error, equivocación o mala interpretación del inferior. Si pues estos hechos tienen ocurrencia porque se realizan antes que el recurso interpuesto sea decidido, resulta írrito el derecho de interponerlo. No cabe hacer afirmaciones especiosas para comprender que un argumento de tal naturaleza no convence de que la actuación de un funcionario esté ceñida a la ley porque obró contrariamente a aquellos principios que por ser elementales escapan a toda disgresión dogmática y a toda interpretación abstracta de un hecho objetivo que no tiene por ello mismo distinta explicación que el abuso innominado de funciones o abuso de autoridad.

A todo lo largo de esta providencia se ha dicho hasta dónde alcanza la facultad interpretativa del Juez. Por esto no es necesario que se conteste a los argumentos del señor apoderado

fundados en esa circunstancia, que en este caso en el sentir de la Corte, sobrepasó lo prudente para entrar en lo ilícito.

Con respecto al delito de prevaricato por el que también fue denunciado el doctor José Jaramillo Alvarez, no queda la menor duda de que en las actuaciones de este funcionario no hubo ni la más leve intención ni el menor propósito de infringir la ley dictando alguna resolución de las que motivaron la discrepancia de las partes en el juicio civil de posesión, a sabiendas de ser ella expresa o manifiestamente injusta, ni menos que hubiese negado algún derecho a las partes en conflicto por el móvil de la simpatía o del desafecto, elementos que integran aquel delito y que como bien lo resolvió el Tribunal de instancia, no encuentran apoyo alguno en los autos, por lo que corresponde un sobreseimiento definitivo, tal como fue decretado.

En mérito de las consideraciones expuestas, 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 Agente del Ministerio Público, CONFIRMA el proveído de fecha diez y nueve (19) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dispuso abrir causa criminal contra el Juez Segundo del Circuito Civil de la misma ciudad, doctor José Jaramillo Alvarez, como presunto responsable del delito de abuso de autoridad, y sobreseyó definitivamente por prevaricato, a favor del mismo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

COMPLICIDAD CORRELATIVA EN DOBLE HOMICIDIO. — INVOCACION DE LAS CAUSALES SEGUNDA Y QUINTA DE CASACION.

El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia. Principios generales que rigen la complicidad correlativa. Legítima defensa subjetiva. El exceso en la legítima defensa, puede buscarse en la falta de proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo.

1. Para que sea pertinente la causal segunda de casación, es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se acredite que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen.

Y no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, en la que pueda la Corte, salvo en los casos de un manifiesto error en la estimación de las pruebas, apartarse de la apreciación que de las mismas ha hecho el juzgador en las instancias.

2. Las condiciones señaladas en el artículo 385 del Código Penal, para esta figura de la complicidad correlativa, aparecen comprobadas, a saber: a) que varias personas hayan tomado parte en la comisión de un homicidio o lesión, y b) que no sea posible determinar el autor. En efecto, las pruebas traídas al proceso no señalan cuáles disparos fueron los que causaron la muerte de los estudiantes. Pero, sí acreditan que ambos participaron o colaboraron en la intención y en la actividad que llevan al común propósito criminal.

"La complicidad correlativa...", dijo esta Sala... "es una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe con exactitud, cuál de estas personas es el autor material. Esa incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que se sabe, ya con precisión, cuál fue la especie o forma de participación de cada uno en el delito, y así también, la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación". (Sentencia de 28 de septiembre de 1945, G. J. t. LIX, p. 986).

3. La legítima defensa subjetiva exige que el agente crea, razonablemente, encontrarse en las condiciones que la ley señala, así estas no se hallen reunidas, particularmente la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Y si razonablemente, se repite, los agentes secretos y de la policía que se encontraban a la entrada del edificio del "SIC" no estimaron necesario cumplir ataque alguno contra los manifestantes, mal puede aceptarse que los procesados, sinceramente, hubiesen creído en la actualidad o evidencia de un peligro inminente, cuando se encontraban en el segundo piso de las dependencias del Servicio de Inteligencia Colombiano, en Manizales.

Asimismo, el exceso en la legítima defensa, ha señalado la Corte, puede buscarse en la falta de proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo, mas no cuando falta el elemento de la injusticia en la amenaza, pues entonces no podrá haber exceso, sencillamente porque la legitimidad está ausente..." (Cas. de 3 de marzo de 1934, G. J. t. XLI bis, p. 88).

Y si en la sentencia acusada el juzgador, con apoyo en numerosos testimonios y en los datos de la inspección ocular hecha en las dependencias del "Sic", deduce que no existió ataque o amenaza alguna de parte de los manifestantes contra los funcionarios de aquella institución,

no puede decirse que se cuenta con la injusticia de tal amenaza.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el doctor Armando Morales Benítez, en representación del procesado José Valmore González Duarte, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 7 de diciembre de 1960, por la cual le fue impuesta a éste la pena principal de cinco años de presidio, como responsable, en complicidad correlativa con Pascual Vargas, de los delitos de homicidio cometidos en las personas de Guillermo Bedoya y Jorge Chica Restrepo.

HECHOS:

Acoge el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal el resumen de lo ocurrido, hecho por el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Manizales, a saber:

"Tienen lugar el 10 de mayo de 1957, aproximadamente a las ocho de la mañana. Una multitud encabezada por distinguidos ciudadanos de la política y de los gremios económicos hizo su aparición en las inmediaciones de las oficinas del Servicio de Inteligencia Colombiano en la ciudad de Manizales. Llevaba como programa conseguir la inmediata libertad de varios ciudadanos que habían sido detenidos, sindicados de atentar contra el orden público en los días inmediatamente anteriores. El doctor Marino Jaramillo Echeverry, con otros caballeros, prestó sus buenos servicios a la multitud y expuso al Jefe de la Institución los motivos de la visita que hacían. Este les informó que dentro del edificio no había detenidos y que aquéllos a que hacían referencia lo estaban a cargo de un juez de instrucción criminal y permanecían, precisamente, en la cárcel del Distrito. No se limitó el doctor a las palabras, sino que los invitó a inspeccionar el edificio detenidamente para comprobar el aserto. El doctor Jaramillo Echeverry, con la postura que debía esperarse de él, dio las explicaciones a la muchedumbre. Esta se encontraba impaciente y fue incapaz de reprimir sus manifestaciones de hostilidad tanto verbal como de hecho. Varios empleados del SIC dispararon contra los circunstantes, resultando de su acción dos universitarios muertos y un ciudadano herido".

TRAMITE PROCESAL Y SENTENCIAS

Perfeccionado el sumario, en providencia de 8 de febrero de 1960, el Juzgado 2º Superior de Manizales, con aplicación del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, declaró cerrada la investigación y dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

Con esta oportunidad, el señor Fiscal del citado juzgado expresó lo siguiente:

"Las constancias han establecido que la multitud que se apretaba frente a las oficinas de la seccional del S.I.C., no obraba del mismo modo que la que realizaba una procesión o un desfile funeral. Voceaba, censuraba, reclamaba, exigía, ofendía, amenazaba. Los agentes del Sic, habían adivinado los hechos y pidieron ayuda a la policía momentos antes. Ante la situación que se ha descrito ya sabía a qué atenerse. Había frente a ellos dos caminos: o defenderse amparando a la vez la institución, o huír. Esta última era la más fácil de las posibilidades, pero tuvieron presente la obligación del cumplimiento del deber y el juramento prestado. Se había llegado a un momento contradictorio. La sociedad por intermedio de una muchedumbre estaba queriendo destruír uno de los instrumentos creados por ella para ampararla, destruyendo cualquier fuerza opositora.

"Habíamos abandonado el relato, cuando las gentes aglomeradas no habían trascendido los lindes de la amenaza y la iracundia. Bastaba que alguien iniciara el primer acto violento para que todos prefirieran acudir a la fuerza. El acto violento bien pudo haber sido el asalto al jefe de la institución, el golpe de piedra dado a un policial, el ataque a uno de los gendarmes para arrebatarle su fusil. ¿Qué deberían hacer los agentes que tenían a su cuidado la guarda de la institución? Defenderse, pues existía un peligro inminente o actual contra su vida y contra los bienes cuya integridad debían conservar. Los atacados, sin embargo, no eludieron todo razonamiento, pues de haber sucedido de otra manera, la calidad y la cantidad de las armas que tenían a su disposición les había permitido llevar a cabo una inmensa masacre. Por eso solamente

cayeron tres ciudadanos, uno de ellos simplemente lesionado. La actitud de los sindicados fue interpretada en el momento de la tragedia y en los que siguieron a ella hasta la hora en que se habla, como un asalto caprichoso, injustificado y cruel. Sobre tal concepto influyó la categoría de dos de las víctimas. Se trata de dos universitarios que estaban dándole término a sus cursos para entrar en la titulación consabida. La opinión ubicada más allá de la realidad procesal y la histórica, ha sido orientada por un nobilísimo instinto de solidaridad. La sociedad ha vivido la tragedia haciendo de víctima o soportando los daños morales y de aspecto útil de los parientes de ésta. Es obvio que no se haya sabido interpretar, que no se haya podido comprender.

"Pero demos unos pasos atrás. Si los agentes del S.I.C., no hubieran repelido la multitudinaria agresión, hubieran sucumbido y con ellos los numerosos bienes que tenían a su cuidado. Ciertamente al frente de la muchedumbre iba un grupo de ciudadanos destacados en las más importantes actividades de la vida social. Eran hombres sobresalientes que llevan a cabo ya actividades útiles, ya profesiones culturales. Pero ellos llevaban la muchedumbre como quien porta un arma peligrosa. Ella puede súbitamente dispararse y ocasionar la calamidad. Llegó un momento en que la cabeza no pudo orientar el cuerpo, en que los dirigentes fueron incapaces de dominar la multitud. Esta tiene su psicología propia porque está constituída por numerosas individualidades que crean a su vez una individualidad general y por supuesto, de índole diferente. El más nimio de los detalles realizado por una sola de las personas, puede llevar de inmediato ya a una fuga colectiva, ya a un asalto también colectivo. El fenómeno puede compararse al de la gota en la inmensidad de un lago. Crea una onda que lo recorre todo. Parece que la superficie ha respondido en su totalidad a una humilde incitación producida en una parte de ella.

"Los agentes del S.I.C. hicieron una defensa real de sus vidas, de los bienes transitoriamente suyos, y de no hacerlo, hubieran alcanzado la muerte, o hubieran. tenido que emprender la huída. El Estado, se ha dicho por los mejores tratadistas, no le puede exigir a un ciudadano que huya, que realice un acto indecoroso, que asuma la conducta del cobarde, ante un ataque injusto que pone en peligro su integridad personal. La persona que se defiende está cumpliendo con un deber de plural índole. Se defiende ella misma, defiende la sociedad, defiende al Estado creado por la segunda, entre otras razones, para ampararla.

"Conviene no olvidar que las pericias balísticas excluyen de toda responsabilidad al empleado administrativo del S.I.C., Valmore González. El amenazó con una ametralladora de mano y los proyectiles extraídos á los dos universitarios y al ciudadano Ruiz provienen de revólver.

"La Fiscalía quiere solicitar una sentencia absolutoria para los acusados en este proceso".

Ahora bien:

El Juzgado 2º Superior de Manizales, en providencia de 21 de mayo de 1960, al aceptar el concepto de su colaborador fiscal, absuelve a los procesados José Valmore González Duarte, Siervo Hernando Jiménez, Pascual Vargas Gómez, Augusto Meléndez Ruiz y Pedro Hermes Egas Mora, por considerar que obraron en legítima defensa de sus vidas.

Es del caso transcribir los siguientes apartes de la sentencia de primera instancia:

"Parece indiscutible que ante esta situación y en ese momento, sí existían razones personalísimas, fundadas, razonables, para que las personas que se hallaban en el interior del edificio, temieran verdaderamente y sintieran la inmediata proximidad del peligro. A esta altura de los hechos era absolutamente imposible controlar la multitud. Ni sus mismos jefes naturales y más destacados, quienes con claro sentido de su responsabilidad y ante esta misma situación que calificaron de grave, de delicada —lo era en sumo grado— agotaron su prestigio político y personal, su capacidad de convencer, su eficacia de dirigentes, en el deseo de evitar hechos mayores. Pidieron, solicitaron, clamaron reiteradamente cordura, serenidad. En un momento dado fue necesario impedir con su cuerpo y sus brazos la acometida. Inútilmente. El señor jefe del SIC pugnaba por disuadir a los manifestantes. Sin que como es obvio, lograra cosa diferente de enardecerlos más con su presencia. Los más acatados jefes del movimiento popular, o al menos los que allí se encontraban, hicieron uso de todos sus recursos tratando de contener la multitud. Todo fue inútil, porque como antes se dijo, la multitud es ajena al razonamiento, a los dictados de la inteligencia. Su profunda fuerza interior no gira, no obedece al impulso de la serenidad, del orden. Al contrario, frente a la solicitud de lucidez, de reflexión, se torna más intransigente. Más en este caso concreto, en que era positivamente cierta su animadversión, su predisposición, o si se quiere su indig-

nación. Todo intento, esfuerzo o argumento fue perfectamente ineficaz.

"Los más cercanos a la puerta penetraron al recinto, desbordando la guardia de la policía, otros golpearon al jefe del SIC en un momento en que su presencia lo permitió, algunos agitaban banderas ya en el interior del edificio, los más empujaban, arremetían. Un policía fue golpeado sufriendo heridas en la boca..., otro fue atacado para desarmarlo, el sargento que comandaba la guardia recibió la embestida de tres civiles, todo fue confusión, zozobra, acometida palpable. Lo único claro allí era el descubrir, atacantes y atacados, que la intención había colmado los lindes subjetivos y era ya algo objetivo, real, tangible. Entre este caótico y convulso sucederse de hechos, se oyeron los disparos. No uno o dos, como fueron los heridos. Veinte o treinta, como dicen las constancias procesales. ¿Será equívoco sostener que para las personas que se encontraban en la Institución, hubo un claro motivo de temor? ¿No fueron fundadas sus apreciaciones sobre la inminencia de su peligro? ¿Fue desacertado el proceso de su inteligencia al entender la inmediatez de un ataque? ¿Fue excesiva su reacción?

"En el edificio de la Institución se encontraban valiosos instrumentos de trabajo, entregados al cuidado y responsabilidad de los miembros del mismo cuerpo. Es natural que tales implementos debían ser custodiados con el mayor celo. Allí se encontraban los índices de delincuencia y las diligencias primarias de numerosos negocios. Además, un gran arsenal, peligroso en manos de personas diferentes a aquéllas que debían tenerlas. En esta forma no solo era necesaria la defensa de las vidas, sino también de bienes confiados a esa Entidad.

"Para este Despacho resulta innegable la presencia de la figura legitimadora de la defensa, en el caso que se resuelve..."

Más adelante, anota el Juzgado:

"Conviene advertir que los heridos lo fueron por medio de proyectiles calibre 38, los mismos que usa el SIC. Uno de ellos, extraído al señor Ruiz, aparecía recalzado. Empero, uno de los sindicados, nos ha dicho que tenía una carga de esa naturaleza en su revólver. Algunos testigos sindican a González Duarte en el sentido de que él disparó por medio de ametralladora. Es lo cierto que allí no se presentó ráfaga alguna de ametralladora y que todos los disparos fueron de revólver. Por otra parte, todos los acusadores de González hablan de que poseía ametralladora. Con todo, por confesión personal, sabemos que las tres armas de esa clase se encontraban en poder de personas diferentes. Existen, además, algunas declaraciones sobre la presencia de González en su cuarto de trabajo (ver declaraciones de Alfredo Galvis, folio 220, y de Rodrigo Alvarez, folio 422)".

Por último, se agrega en este fallo lo que pasa a transcribirse:

"Hemos visto que en el caso de autos la multitud se dispuso a atacar al Cuerpo de Detectives y que algunos dieron principio a su propósito. No puede argumentarse que en verdad no se verificó ataque, porque es cierto que sí se presentaron lesionados y que un empleado del SIC recibió un balazo, constatado el mismo día por los médicos según reconocimiento que obra en el expediente... Que esa agresión fue ilegítima, es rigurosamente cierto. Aunque aquellas personas representaran todo lo repudiado, lo depuesto, en modo alguno se justificaba o mejor legitimaba el que fueran atacadas..."

Al revisar el anterior fallo el Tribunal Superior de Manizales, previo el concepto del Fiscal de dicha entidad, quien solicitó que fueran condenados los funcionarios del SIC, señores González Duarte, Siervo Jiménez y Pascual Vargas Gómez por los delitos de homicidio y de lesiones de que fueron sindicados, con aplicación de los artículos 385, 362 y 33 del Código Penal, fue proferida la sentencia objeto del recurso de casación, mediante la cual se impuso a José Valmore González Duarte y a Pascual Vargas Gómez la pena de cinco años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, y a Siervo Hernando Jiménez la pena principal de seis meses de prisión.

En este proveído y en lo que respecta a González Duarte, único recurrente, se considera lo que pasa a transcribirse:

"En este mismo punto se estudiará la situación jurídica de Pascual Vargas y González Duarte, porque se encuentran en similares condiciones de responsabilidad, dejando para lo último el análisis de las pruebas atinentes a Siervo Hernando Jiménez, por estar éste en situación un poco distinta a la de los dos anteriores.

"Pascual Vargas Gómez desempeñaba en la Seccional del SIC de Manizales el empleo de registrador de esa Oficina, y José Valmore era el fotógrafo de esta misma Seccional.

. . . . . .

"...se encuentra probado que tanto Pascual Vargas como el fotógrafo González Duarte se encontraban armados de revólver en el momento

del abaleo a los manifestantes... La negativa de González Duarte de que le dieron revólver está desvirtuada por el propio agente secreto Julio Alberto Forero Acero... quien dice que a todo el personal de empleados que no eran agentes secretos se les proveyó, como medida preventiva, de armas de fuego, sin excepción ninguna. Además de esto, el mismo almacenista del SIC, Egidio Gómez Llano, a pesar de que en su declaración se anotan evasivas e incongruencias, que hace presumir que su declaración es parcial (lo que es lógico) en favor del personal del SIC, también afirma que le entregó armas de fuego a todo el personal administrativo del SIC, y solo cuando se le pregunta si a Pascual Vargas y a González Duarte también los proveyó, dice que no se acuerda..."

Se agrega que los disparos hechos por los agentes de la policía que vinieron a reforzar la defensa de las oficinas del SIC y que se colocaron en la entrada del edificio, lo fueron al aire. Además, "los impactos con que se les dio muerte a los estudiantes Chica y Bedoya, tienen una dirección notoriamente marcada de arriba hacia abajo y son disparos de revólver. Y precisamente desde las ventanas del segundo piso del edificio del SIC, fue de donde los testigos en general dicen que salieron los disparos que dieron muerte a los dos estudiantes" y se citan los testimonios de Fernando Arroyave, Daniel Henao Toro, Ricaurte López Serna y Félix Correa. Igualmente se observa en la sentencia que los peritos médicos que practicaron la autopsia a los cadáveres de las víctimas, dejaron constancia de que los disparos fueron recibidos de arriba hacia abajo.

Luego se dice que de las declaraciones rendidas por Emilia Chaura de Díaz, Héctor Bermúdez, María Elena Mejía de Peña, Héctor Zapata Marín y Leonor Pastrana Herrera, "no solamente resulta establecido que se disparó con revólveres de los balcones del SIC y por empleados de esa institución, sino que..." resultan señalados... "directamente Pascual Vargas Gómez y José Valmore González Duarte, como los dos individuos que dispararon sus revólveres del segundo piso y por las ventanas segunda y tercera, contadas de norte a sur, y directamente hacia la multitud que había en la calle diez y nueve, y que precisamente cuando estos dos sujetos dispararon, cayeron en tierra los estudiantes Chica y Bedoya".

En seguida se afirma lo siguiente:

"Para la Sala está comprobado que los responsables de los homicidios en los estudiantes Chica y Bedoya, lo fueron el fotógrafo José Valmore González Duarte y el reseñador de esa misma institución Pascual Vargas Gómez".

Por último, niega el juzgador de segunda instancia que los procesados hubiesen cometido los hechos en legítima defensa, pues "de la lectura de las declaraciones en general, como de las varias diligencias de inspección ocular que se practicaron al edificio del SIC, en su interior y exterior, se concluye que no hubo un ataque a la institución, ni a sus miembros, que los pusiera en inminente peligro o que denuncie contra ellos una violencia actual e injusta". Sobre este particular, se transcriben en la sentencia impugnada los testimonios del doctor Antonio Duque Gómez, del doctor José Luis Mejía Ocampo, María Elena Mejía de Peña, Rodrigo Marín Bernal, Alberto Herrera Lobo, Francisco Jaramillo, Francisco Bermúdez Sánchez, Aurelio Jaramillo Arango, Niceas Trejos y Marino Jaramillo Echeverri. Con este mismo respecto, se anota que los estudiantes Bedoya y Chica fueron heridos mortalmente cuando se encontraban a cinco y dieciséis metros, respectivamente, de la puerta de entrada al edificio del SIC; y que "es muy significativo que la Policía, que estaba abajo y frente a esa multitud y que era por consiguiente la que podía haberse sentido atacada, no disparó hacia nadie... Si se examinan los testimonios del Jefe y del Subjefe del SIC, Milton Duarte y Viana Maine...", se agrega..., "quienes tratan de favorecer a sus subalternos, poniéndolos en necesidad imperiosa de disparar, dizque para defender los bienes del Sic, se encuentra que en sus dichos hay algo muy importante que también descarta la legítima defensa, y es lo siguiente: tanto el jefe como el subjefe, que eran los superiores de los empleados del Sic, no dieron orden de disparar a ninguno de sus subalternos...", como ellos lo dicen... "Y el propio Jefe del SIC, Duarte, como todos los testigos, inclusive el doctor Marino Jaramillo Echeverri declaran, censuró fuertemente a los detectives, por haber disparado, seguramente...", observa el Tribunal... "porque no encontró necesidad de esa actitud por parte de sus subalternos..."

"Repárase también, que en el primer patio, que queda en el segundo piso del SIC, no había ningún particular, fuera de los seis comisionados, y ese patio estaba solo ocupado por agentes secretos, quienes bajaban sin obstáculo ninguno de ese patio al primer piso, o sea a la oficina de información, como lo declara Emilio Vásquez Calderón, empleado del SIC. En la hipótesis de que los manifestantes...", comenta el Tri-

bunal... "hubieran atacado en la puerta de entrada al edificio... han debido rechazar a esos atacantes de la puerta y no a Chica y a Bedoya, que estaban a las distancias considerables, ya anotadas... Que no hubo necesidad de disparar lo demuestra la misma actitud del propio Jefe del SIC, como la actitud de todos los empleados de la institución, quienes estando en la oficina de información, en cuya puerta estaba la manifestación, sin embargo no dispararon, y, antes bien, el Jefe recriminó a los que hicieron tiros. Es muy significativo, para descartar la creencia razonable de un ataque o posible ataque, el dicho mismo del detective Pedro Hermes Egas Mora, quien se encontraba en el segundo piso con muchos de sus compañeros y en el patio, y manifiesta claramente que no disparó su revólver ...porque no tuvo necesidad de hacerlo... 'Yo no disparé esa arma, y no disparé, porque como adentro no entró nadie, no tuve necesidad de disparar'.

"Para terminar...", expresa el Tribunal... "se anota que tanto el Jefe del SIC como algunos detectives, quieren fundar la supuesta defensa, en que Alfredo Forero Acero, agente secreto, fue cogido por la multitud, con el objeto de desarmarlo. A esta afirmación se contesta con las mismas palabras de Forero Acero y de Alberto Durango Cartagena, también detective, quienes dicen que tal cosa ocurrió pero cuando ya había pasado el abaleo... La Sala no pasa desapercibida la afirmación de Pascual Vargas y la de José Valmore González Duarte, de que durante el abaleo permanecieron el uno en el cuarto de fotografía y el otro todo ese mismo tiempo bañándose, puesto que el detective Julio Alfredo Forero Acero los desmiente cuando dice en su testimonio que no sólo les dieron armas, sino que los vio tanto antes del abaleo como después de este".

En cuanto a la pena impuesta, en el fallo se dice lo siguiente: "José Valmore González Duarte y Pascual Vargas Gómez, infringieron con sus hechos el artículo 362 del Código Penal... Como ninguno de los dos es reincidente, ni les son computables circunstancias de mayor peligrosidad... y en cambio sí tienen en su favor las circunstancias de menor peligrosidad 1ª y 6ª del artículo 38 de la misma obra... se partirá del mínimo de ocho años, como pena base. Pero como se trata de un doble homicidio, tiene aplicación el artículo 33 del mismo Código Penal, que autoriza aumentar hasta en otro tanto. Discrecionalmente, teniendo en cuenta este último artículo, la pena les queda en diez años de presidio para cada uno. Pero como obraron en complicidad correlativa, también debe darse aplicación al artículo 385 del citado estatuto penal, y por este aspecto la pena que se les fija en definitiva como principal y para cada uno, es la de cinco años de presidio".

DEMANDA DE CASACION

Expresa el demandante que "no hay nada que haya conturbado el ánimo de quien esto escribe, que los hechos del diez de mayo en Manizales, ciudad a la cual debo mucho de mi modesta trayectoria profesional, intelectual y política. Pero no he vacilado en defender a Valmore González porque no ha cometido delito alguno. No voy a pensar que el honorable Tribunal de Manizales no sea una de las más respetables entidades de la justicia colombiana, ni que sus componentes no sean los más doctos, serios y más atildados juristas del país. Lo que ocurre es que cuando se ve a una persona como González Duarte envuelto en las redes de la justicia y se tiene el concepto de su inocencia total, por el conocimiento del hombre, de su hogar, de sus costumbres y sus cualidades intrínsecas, creemos que es un deber aceptar su defensa, máxime cuando cualquier hombre que vive en sociedad, en la arrolladora conmoción contemporánea, puede delinquir y 'sobre todo en el agitado y turbulento estado que ha atravesado la República en los últimos tiempos'.

Invoca el recurrente las causales segunda y quinta, previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales fundamenta en la forma siguiente:

a) *Causal segunda:*

Dice el demandante que el juzgador de segunda instancia "condenó a Valmore González Duarte..." habiendo... "incurrido en una interpretación errada de los hechos... ya que les atribuyó un valor probatorio que no tenían y se les negó el que sí tenían, siendo elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad..."

Afirma que de los testimonios señalados en la sentencia recurrida no se desprende que su mandante haya sido autor de la muerte de los estudiantes o de alguno de ellos. "Si vamos a estudiar esas pruebas para ver cómo se les ha negado el valor probatorio que sí tienen...", agrega... "veamos cómo relatan esos testigos los hechos...:

"Emilia Chaura de Díaz dice: 'También observé que del lado de la esquina uno de los manifestantes lanzó como una piedra hacia un policía de los que se encontraban en ese lado, cuando esos policías se prepararon como para disparar y se arrodillaron y otros se tendieron bocabajo y vi que salía como humo y papeles y en ese mismo instante fue cuando dispararon los agentes del SIC, desde las ventanas que quedan frente a mi balcón, uno con una ametralladora pequeña de mano, de color negro y el otro con un revólver; ellos dispararon hacia la manifestación que estaba, en un tumulto frente a la ventana mía... El que tenía la ametralladora y disparaba era el fotógrafo del SIC...' Ese fotógrafo...", comenta el impugnante... "no es otro que Valmore González Duarte.

"La testigo María Elena Mejía dice que 'uno de los agentes secretos se dentró y se subió escala arriba y por una ventana sacó la mano y con un revólver disparó hacia la izquierda, como para abajo'. La declarante...", observa el demandante..., "no dice quién hizo ese disparo, sino que afirma que uno de los agentes secretos". Anota que esta testigo agrega que "estando en eso, salió un muchacho del SIC, que llaman Pascual, no sé el apellido, el mismo a quien vi hacer el segundo tiro y entonces Pascual dijo: 'no tumbamos sino dos hijueputas'. De manera...", concluye el recurrente... "que los hechos son muy claros, de acuerdo con la apreciación de estas declarantes: Valmore González Duarte tenía en su poder una ametralladora, y los muertos fueron por bala de revólver, según lo demuestran los peritazgos (sic) médico-legales... Además, era imposible que González Duarte diera muerte a alguno de los estudiantes con una ametralladora, cuando las mismas declarantes afirman que mataron los estudiantes con revólver, que uno de los agentes secretos, como advierte María Elena Mejía, disparó primero de una ventana, hiriendo a uno de los estudiantes que llevaron en un jeep (este era Guillermo Bedoya) y que un tal Pascual había hecho el otro disparo, diciendo sólo habían matado dos 'hijueputas'... La investigación no demostró que González Duarte hubiese tenido revólver; en cambio, existe plena prueba de que portaba una ametralladora... La apreciación correcta de los hechos podemos observarla en el concepto fiscal que obra a los folios 550 a 556. El señor Fiscal habla de las pericias balísticas y afirma que 'excluyen toda responsabilidad al empleado administrativo del SIC, Valmore González. El amenazó con una ametralladora de mano y los proyectiles extraídos a los dos estudiantes y al ciudadano Ruiz provienen de revólver'.

Afirma más adelante el recurrente que "en ninguna parte encontramos la prueba plena exigida por la ley, respecto del carácter de autor del señor José Valmore González Duarte; por ello creemos que ha habido una errada interpretación o apreciación de los hechos; y, algo más: que se le ha atribuído un valor probatorio a testimonios que no lo tienen y se le ha negado el valor a otros que sí lo tienen y a pruebas fundamentales, como son todas las ya anunciadas y comentadas en favor del sindicado González Duarte... ¿Qué participación tuvo Valmore González en la comisión de los homicidios de Bedoya y Chica? Que estuvo en el sitio de los sucesos, dicen los falladores. Que estuvo con una ametralladora, dicen los testigos... Que se asomó por una ventana, dicen los más. Que disparó con una ametralladora de bala blindada, y que los muertos aparecen con proyectiles de revólver treinta y ocho largo, dicen los peritos... El problema es de prueba y esa prueba no existe...".

Considera, igualmente, que se ha incurrido en error esencial de hecho, al negarle a las pruebas el alcance que ofrecen para dar como existente, en su mandante, una situación de legítima defensa putativa, como lo estimó el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior de Manizales, pues en su concepto, sí existió una situación de peligro grave e inminente para las personas que se encontraban en las oficinas del SIC, representada en el ataque de que esas dependencias fueron objeto por la multitud que allí se congregó en la mañana del diez de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

b) *Causal quinta*:

Expresa el demandante que "la sentencia no señala clara y terminantemente cuáles son los hechos que considera probados".

Anota que se ignora "cuál fue la clase de acción física ejecutada por González Duarte..." y que, de consiguiente..., "no podemos saber qué norma jurídica se ha violado... No aparece el elemento intencional por parte de aquél, y mucho menos su autoría material en esos delitos de homicidio..."

"Si pensamos en la acción física, no sé cuáles sean para el Tribunal los hechos probados. Al sostener la primera causal que invoqué sostuve la ninguna relación de esas pruebas y la imposibilidad de su credibilidad para pronunciar una condena. Si el hecho de Valmore Gon-

zález de haber sido empleado del SIC y de estar allí el día de los sucesos es suficiente prueba de los hechos para el honorable Tribunal, estamos desde ya atentando contra la libertad individual... Por este breve análisis de esta causal y por la exposición de la primera invocada, que refluye lógicamente en ésta y una nueva relación de comentarios y testimonios sería engorroso, es por lo que creo que esta causal debe prosperar".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que NO SE CASE la sentencia recurrida, en atención a que los cargos que le fueron hechos, con invocación de las causales segunda y quinta, previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no fueron probados.

Dice el Ministerio Público:

a) "El argumento ofrecido por el señor impugnador, que hace consistir en que la testigo Emilia Chaura de Díaz, en su manifestación obrante al folio 140 del cuaderno 1º, afirma haber visto armado con una ametralladora a uno de los agentes del SIC, con la cual disparaba contra las gentes que se encontraban en la calle, para a renglón seguido afirmar dicha declarante que quien tenía la ametralladora y la disparaba era el fotógrafo del SIC, es, en principio, realmente impresionante. Pero, si con toda escrupulosidad se examina el texto de la sentencia que se pretende invalidar y se descomponen sus elementos integrantes en forma tal que permitan encontrar cada una de las pruebas de que hizo uso para llegar a una conclusión determinada, encontramos lo siguiente:

"Es inobjetable que la dicha señora de Chaura nos dice al folio 140 del expediente que le fue dable observar que desde las ventanas que quedan frente a su balcón se hallaban dos individuos armados, el uno con una ametralladora pequeña de mano, de color negro, y el otro con un revólver, los cuales dispararon hacia la manifestación que estaba en tumulto junto a su ventana. Es cierto, también, que luego agrega de manera enfática...: 'el que tenía la ametralladora y disparaba era el fotógrafo del SIC'.

"Párrafos más adelante, en el curso de su diligencia, la señora Chaura de Díaz explica su posición de observación desde el balcón y dice que el fotógrafo lo vio disparando desde la ventana del frente. Como para refrendar su dicho, cita a la señora Elena Mejía de Peña, como testigo también que fuera de los infortunados sucesos, y, a su turno, a un obrero que tenía su taller de mecánica en los bajos de su casa de habitación y a su hijo, presenciables también.

Dice que la señora Elena Mejía de Peña declara que "...los disparos que hizo el tal Pascual y el fotógrafo fue (sic) el que hubo los muertos, porque a Pascual lo vi disparar de la ventana que queda encima de la puerta y a José Valmore por la otra ventana, en la ventana de unas gradas que hay para salir al piso ese de donde vi disparar al fotógrafo y a Pascual, vi que se asomaban algunos".

"Renglones adelante...", anota el Procurador.... "hace una afirmación de especial trascendencia, la que expresa así: 'Al fotógrafo lo vi disparar de la ventana que le digo y fue cuando vi que con ese disparo el muchacho colegial de vestido de paño azul que cayó junto a un jeep se puso la mano en el pecho y cayó al suelo, cuando ese Pascual disparó por la otra ventana vi que le dio al otro muchacho que estaba de overol azul'. Y sin dudas ningunas, afirma también: '...Yo vi tanto al fotógrafo como al tal Pascual con los revólveres en la mano... Al fotógrafo lo conozco, porque como yo vivo al frente, lo veía siempre con la máquina...'.

"Pero dos testigos más dan su contribución para el esclarecimiento de los hechos: son ellos, Héctor Zapata Marín y Luis Zapata Franco, presenciales, en la misma forma que los anteriores. Estos sujetos, hijo y padre, tenían su taller en la parte baja de la casa de la señora Chaura de Díaz, y observaron punto a punto el desarrollo de los acontecimientos, especialmente Zapata Marín. Nos afirma el último que pudo observar que de dos de las ventanas altas del SIC se hacían disparos hacia la calle y que de esa suerte él vio disparar así, y son sus palabras textuales: 'Al fotógrafo lo vi disparar por la ventana que está encima del portón del escudo, y a Pascual Vargas disparar de la ventana siguiente, a la izquierda, como lo dije'. Ambos detectives eran conocidos en razón de la vecindad que les vinculaba. La versión que trajo a autos Luis A. Zapata es en muchos puntos similar a la anterior, pero sobre ella debe aclararse que en parte es referencial apenas de cuanto su hijo Héctor le contara sobre lo acaecido".

Observa, luego:

"¿Existían o no esta clase de armas —ametralladoras— en la seccional de Manizales, para

la fecha de autos? Debe decirse que sí. ¿A qué personas les fueron entregados y en qué número, para la pretendida defensa de la misma Seccional? Los autos lo aclaran paladinamente: Emilio Vásquez Calderón, agente secreto, nos cuenta que en la mencionada seccional había tres ametralladoras, una en poder del agente secreto 1444, de apellido Forero; otra en poder del secreto 1401, de apellido Meléndez, y otra, la última, en su propio poder", (f. 208).

"Julio Alfredo Forero, está de acuerdo en un todo con Vásquez Calderón (fl. 214). Y José Augusto Meléndez Ruiz, agente secreto, al folio 288, nos dice: 'Yo portaba una ametralladora de mano y mi revólver, que es de calibre 38 recortado'. De tal manera que no es posible pensar, ni suponer, que en poder de Valmore González se hallara un arma de esta clase y que con ella disparara. En tanto que sí es perfectamente factible acogernos a la versión que dan otros agentes secretos, en el sentido de que a todo el personal, inclusive el administrativo, se le entregó un arma para proceder a la presunta defensa del SIC. Sobre este particular debemos detenernos para comentar que si bien es cierto que normalmente a los empleados no propiamente agentes secretos no se les entregaba arma oficial, en la mañana de los hechos, y así nos lo aseguran varios secretos, de que se les dieron armas, bajo la presión de las circunstancias.

"Debe, pues, concluírse que el principio de contradicción que existe en la declaración de la señora Chaura de Díaz es bien explicable, y que al creer inicialmente que el arma que portaba Valmore González era una ametralladora, corrige su dicho con posterioridad y afirma sin titubeos que le vio disparar con un revólver contra la multitud.

"La apreciación de los hechos que hace el Tribunal sobre este aspecto, es no sólo aceptable, sino justa y prudente, más si se tiene en cuenta que los restantes declarantes que rodean y afirman el dicho de la señora de Chaura son inequívocos en afirmar que vieron a Valmore González armado de revólver y que con él hizo disparos a los manifestantes.

"No hay pues...", concluye más adelante el Ministerio Público..., "errada interpretación o apreciación de los hechos y los... cargos que elabora sobre esta tesis el impugnante no son suficientes a demostrarlo... En puridad, se podría decir que los cargos hechos no son más que uno...".

Y refiriéndose a la complicidad correlativa en que, según el Tribunal Superior de Manizales, obró Valmore González Duarte, afirma el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no solamente se comprobó la presencia de éste en el lugar de los sucesos, sino que se acreditó su colaboración en el resultado criminal de los mismos. "Para este Despacho...", expresa el Ministerio Público..., "la aplicación del artículo 385 del Código Penal, por parte del *ad quem*, no merece objeción alguna, y la encuentra atinada y legalmente oportuna".

b) En lo que respecta al cargo de errada apreciación de las pruebas, en cuanto en la sentencia se desconoce la supuesta legítima defensa en que, según el recurrente, obró González Duarte, afirma el Ministerio Público que "comparte íntegramente las conclusiones a que llega el Tribunal...", y observa que "el demandante no propone cargos concretos, ni ofrece argumentos discutibles en derecho".

c) En relación con la causal quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, invocada por el impugnante, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que "no advierte... que en la sentencia se dejara de expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, ni juzga aptas las razones que se proporcionan para relievar la existencia..." de este motivo de casación.

"La pretextación de esta causal, es, ciertamente adecuada, en tratándose, como en el caso, de un juicio de puro derecho; pero, no hallando el Despacho ni siquiera deficiencias formales en la sentencia, ni ambigüedad en la exposición, se colige, por ende, que la providencia es apta para deducir responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes. Su estructura se halla delimitada a los mandatos del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal (ord. 2º), y de ninguna manera puede decirse que en ella no se determinen 'los hechos que dieron origen a la investigación, los que se establecieron como probados y cuál fue el autor...'.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

Para que sea pertinente la causal segunda de casación, es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se acredite que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen.

De otra parte, con respecto a la estimación de la prueba dentro del recurso de casación, la Corte "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad...", (G. J., t. LXXXI, Nros. 2160-2161, p. 845 a 846).

Y no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, en la que pueda la Corte, a los fines de la causal segunda de casación, salvo en los casos de un manifiesto error en la estimación de las pruebas, apartarse de la apreciación que de las mismas ha hecho el juzgador en las instancias, salvo casos excepcionales.

Ahora, bien:

El Tribunal Superior de Manizales, en el fallo recurrido, señala como suficientemente demostrado que tanto José Valmore González Duarte como Pascual Vargas Gómez, dispararon sus revólveres hacia la multitud que el día de los hechos se congregó frente a las dependencias de la Seccional del entonces Servicio de Inteligencia Colombiano, "SIC", para pedir la libertad de algunas personas que se creyó que estaban allí detenidas por su participación en los acontecimientos que originaron la caída del gobierno que presidía el señor Gustavo Rojas Pinilla. Anota que está probado, igualmente, que los estudiantes Jorge Chica Restrepo y Guillermo Bedoya Bedoya fueron muertos por los disparos hechos, bien por González Duarte o ya por Vargas Gómez, o por ambos. Afirma, asimismo, que ninguno de los procesados estuvo, en esos momentos, en la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta.

Estas conclusiones del juzgador de segunda instancia le permitieron condenar a los citados González Duarte y Vargas Gómez, en complicidad correlativa, por el doble homicidio cometido en las personas de los estudiantes Chica y Bedoya, sin que pueda ciertamente señalarse error alguno en la apreciación de las pruebas que las respaldan.

En efecto:

a) Contra la afirmación de González Duarte de que durante los acontecimientos permaneció encerrado en su laboratorio de fotografía, dentro de las dependencias del "SIC", aparece el testimonio de varias personas que dicen haberlo visto disparar un arma de fuego, desde una de las ventanas del segundo piso del edificio que ocupaban tales oficinas, así:

1º *Emilia Chayra de Díaz,* (fs. 140 a 142, Cd. 1º):

Dice esta declarante que desde un balcón del segundo piso de su casa, situada precisamente frente al edificio que ocupaba la Seccional del Servicio de Inteligencia Colombiano en Manizales, vio que "uno de los manifestantes lanzó como una piedra hacia un policía de los que se encontraban en ese lado; cuando eso, los policías se prepararon como para disparar y se arrodillaron y otros se tendieron boca abajo, y vi que salía como humo y papeles y en ese mismo instante fue cuando dispararon los agentes del SIC desde las ventanas que quedan frente a mi balcón, uno con una ametralladora de mano, pequeña, de color negro y el otro con un revólver; ellos dispararon hacia la manifestación que estaba en un tumulto frente a la ventana mía. El que tenía la ametralladora y disparaba era el fotógrafo del SIC, no sé como se llama pero yo lo conocía perfectamente, pues yo hace ocho años..." vivo... "en esta casa, y el SIC hace como dos años que está aquí al frente, y por eso a ese muchacho, el fotógrafo del SIC lo conocía perfectamente, no recuerdo el vestido que tenía ese día. El es blanco, de regular estatura, pálido, en cabeza y lo puedo reconocer perfectamente en cualquier momento. El tiene como catorce meses de ser casado y tiene una niña, pero no sé donde vive. El otro que estaba disparando, que se llama Pascual, no sé el apellido, él más bien estaba como recién venido. El es de regular estatura, blanco, buen mozo, tiene como un puente de oro en la parte de arriba, se mantiene por lo regular de vestido 'bocadillo' o sea combinado, más bien delgadito, el pelo es amonado. A este sujeto también lo puedo reconocer en cualquier momento...".

Al interrogatorio que le fue hecho, responde:

"Yo me encontraba observando desde este balcón, que queda frente a esas ventas del SIC y al fotógrafo lo vi disparando desde esa ventana que tenemos aquí al frente... El otro, o sea Pascual, que también disparaba, se encontraba en esa ventana..." (El juzgado deja constancia de que "las ventanas referidas quedan perfectamente al frente del balcón de donde observaba la testigo y que hay una perfecta visibilidad por ser muy estrecha la calle que separa las edificaciones que se dan frente"). Agrega la declarante que "ese Pascual se salió luego a la calle y le decía a los otros ahí rién-

dose: 'Yo le disparé al tumultico ese que había allí'...''.

Y luego de referir cómo varios estudiantes entraron a su casa, para protegerse, informa que al asomarse nuevamente al balcón, ''el fotógrafo, al que he venido haciendo relación, le dijo: 'Señora, saque a esos que tiene allá encerrados', refiriéndose a los estudiantes que se habían refugiado en mi casa''.

Dice que posteriormente ''el fotógrafo ese del SIC se me entró a la casa sin autorización y les dijo a los muchachos que salieran los que había en mi casa, entonces los estudiantes alarmados se saltaron por el fondo de la casa, por unos cercos y muros y llegaron a unos solares vecinos. Yo le suplicaba al fotógrafo ese que no fuera a disparar, que no fuera a matar a nadie en mi casa, que se compadeciera, que yo estaba sola con los niños y que mi marido no se encontraba. Entonces él me contestó: 'No, señora, no vamos a matar a nadie, ¿pero usted sí cree que vamos a dejar que nos ataquen nuestra casa?'. El fotógrafo ese se mantenía con la mano en el bolsillo de atrás y entró con un policía armado...''

2º *María Elena Mejía de Peña,* (fs. 416 a 420, 2º Cd.).

Esta declarante, quien también residía frente a las dependencias de la Seccional del SIC en Manizales, a una pregunta del instructor dice lo siguiente:

''Yo vi que hicieron disparos, así: a Pascual, cuyo apellido no sé, lo vi que disparó de una de las ventanas del SIC, y vi que disparó también el fotógrafo, no sé el nombre del fotógrafo. A Lisímaco también lo vi disparar como al suelo. Yo aseguro que por los disparos que hizo el tal Pascual y el fotógrafo fue que hubo los muertos, porque a Pascual lo vi disparar de la ventana que queda encima de la puerta y a José Valmore por la otra ventana; en la ventana de unas gradas que hay para salir al piso ese de donde vi disparar a Pascual y al fotógrafo vi que se asomaban algunos. Yo de la ventana esa de abajo no vi salir disparos, porque de seguro estaba yo mirando que un colegiante le estaba dando una patada a un muchacho que tiró una piedra para la multitud y vi que ese colegiante llevaba en la mano una bandera. Al fotógrafo lo vi disparar de la ventana que le digo y fue cuando vi que con ese disparo el muchacho colegial de vestido azul que cayó junto a un jeep se puso la mano en el pecho y cayó al suelo. Y cuando ese Pascual disparó por la otra ventana, vi que le dio a otro muchacho que estaba de overol azul. Al momento fue que ese Pascual bajó a la calle con el revólver en la mano y hacía el ademán de disparar, pero no disparó; al menos yo no lo vi. Yo vi tanto al fotógrafo, como al tal Pascual CON LOS REVOLVERES en la mano...'', (las mayúsculas son de la Sala).

A otra pregunta, responde: ''Yo no vi que nadie tirara piedras, ni palos, ni con armas en la mano a nadie, la gente sólo decía: 'cayó, cayó, cayó'; y otros decían era 'lárguenlos, lárguenlos'.''.

3º *Héctor Zapata Marín,* (fs. 323 a 325):

Afirma este testigo haber visto que de ''dos ventanas altas del SIC hacían disparos''.

A una pregunta del investigador, dice: ''yo vi disparar, así: al fotógrafo lo vi disparar por la ventana que está encima del portón y del escudo, y Pascual Vargas disparó de la ventana siguiente a la izquierda, como lo dije. El fotógrafo ese yo lo conozco y a Pascual también lo conozco. Ellos dos hicieron varios disparos ahí hacia la calle. Esto que digo bajo juramento lo vi como dije, desde la mitad de la calle. Yo me vine a dar cuenta que habían herido a alguien, fue por la sangre...''.

A otra pregunta, responde: ''A Pascual lo vi adentro de la seccional y al fotógrafo lo vi que salió para la calle. Yo oí que el fotógrafo dijo esto: 'Esto no fue nada, si nosotros hubiéramos querido, habíamos barrido con todos'; también dijo: 'Que no había querido hacer nada; que si hubiera querido, habían sacado cien ametralladoras de cien tiros cada una'...''.

4º *Luis A. Zapata Franco,* (fs. 320 a 321, 2º Cd.):

Si bien no tuvo conocimiento directo de los hechos, refiere que su hijo Héctor Zapata Marín le había contado que uno de los que habían disparado ''fue el fotógrafo y otro cuyo nombre no recuerdo; no le sé el nombre al fotógrafo, pero sí le conozco, porque estuvo muchos años ahí trabajando...''.

b) *El arma disparada por González Duarte no fue una ametralladora, como erróneamente entendió haber visto en las manos de este procesado la testigo Emilia Chaura de Díaz, sino un revólver.*

Lo anterior se deduce indudablemente de la circunstancia de que en las dependencias del SIC, en la fecha de los sucesos, solamente existían tres ametralladoras de mano, las que se encontraban en poder de los agentes secretos Vásquez Calderón, Forero y Meléndez, quienes declaran lo que pasa a transcribirse:

1º *Emilio Vásquez Calderón,* (fs. 208 a 211): "...nuevamente regresé a la oficina y estando allí oí unos gritos y unos abajos al SIC. En vista de esto y como veía que el personal que se encontraba dentro de la Seccional empezó a movilizarse de un lado para otro, entonces saqué la pistola ametralladora, la que hacía varios meses tenía guardada en un archivador de la oficina y era de dotación. Esa pistola tenía tres proveedores, cada uno con treinta y dos tiros...".

Adelante agrega que "en la seccional hay tres ametralladoras. La una la tenía el agente secreto 1444, de apellido Forero; la otra la tenía el 1401, de apellido Meléndez, que es uno mono, más bien alto, de contextura regular. Como somos del mismo curso, cuando estábamos en la escuela, era un poco desdentado, le faltaban unos dientes de arriba, no sé si tendrá puente. Y la otra pistola la tenía yo...".

2º *Julio Alfredo Forero Acero,* (fs. 214 a 218): "...y otros que estaban ahí en la puerta de la oficina de información me prendieron la ametralladora que yo tenía en mis manos y seguidamente uno de mis compañeros posiblemente me quitó al que me tenía por el cuello y así pude hacerme a la ametralladora nuevamente...".

3º *Augusto José Meléndez Ruiz,* (fs. 228 a 234): "... Yo portaba una ametralladora de mano, mi revólver que es calibre 38 recortado, revólver de dotación oficial con doce tiros..."

Y si bien González Duarte niega haber recibido revólver para prevenir alguna incidencia grave contra los funcionarios del SIC, conforme fueron distribuídos para dicho fin a los que no eran agentes secretos, se tiene, de una parte, que el testigo Forero Acero asevera que a todo el personal que no hacía parte del grupo de agentes secretos se les proveyó de armas de fuego, sin excepción alguna, y, de otra, que si este procesado fue visto disparando sobre la multitud y no siendo posible que lo hiciera con una ametralladora de mano, pues sólo existían tres, que estaban en poder de otras personas, lógicamente debió emplear uno de los revólveres de dotación oficial en la Seccional del Servicio de Inteligencia Colombiano, en Manizales.

c) *Es indudable que los disparos hechos por González Duarte pudieron causar las heridas mortales de los estudiantes Chica y Bedoya, al igual que los realizados por el procesado Pascual Vargas Gómez:*

La trayectoria de las heridas que recibieron las víctimas, de arriba hacia abajo; el hecho de que los nombrados González Duarte y Vargas Gómez fueron vistos cuando disparaban desde el segundo piso del edificio del SIC hacia la multitud; la circunstancia de que las declarantes Emilia Chaura de Díaz y María Elena Mejía de Peña solo vieron disparar sus armas de fuego a los nombrados y, asimismo, hacen coincidir el instante de esos disparos con la caída de las víctimas, mortalmente lesionadas, no deja duda alguna de la responsabilidad de ambos, en complicidad correlativa, en el delito de doble homicidio de que se les sindica.

Las condiciones señaladas en el artículo 385 del Código Penal, para esta figura de la complicidad correlativa, aparecen comprobadas, a saber: a), que varias personas hayan tomado parte en la comisión de un homicidio o lesión, y b), que no sea posible determinar al autor. En efecto, las pruebas traídas al proceso no señalan cuáles disparos, si los que hizo González Duarte o los que realizó Vargas Gómez, fueron los que causaron la muerte de los estudiantes Guillermo Bedoya Bedoya y Jorge Chica Restrepo. Pero, como se ha visto, sí acreditan que ambos *participaron* o *colaboraron* en la intención y en la actividad que llevan al común propósito criminal.

"La complicidad correlativa...", dijo esta Sala... "es una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe, con exactitud, cuál de estas personas es el autor material. Esa incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que se sabe, ya con precisión, cuál fue la especie o forma de participación de cada uno en el delito, y así también, la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación", (Sent. de 28 de septiembre de 1945, G. J. t. LIX, p. 986).

No existe, pues, una errada apreciación de las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal Superior de Manizales para condenar a los procesados González Duarte y Vargas Gómez, en cuanto de ellas desprende la demostración de que aquel tomó parte en la comisión de los hechos que ocasionaron la muerte de los nombrados Bedoya Bedoya y Chica Restrepo.

Tampoco incurrió el juzgador de segunda instancia en error en la estimación de las pruebas, al no encontrar en ellas la comprobación de los elementos que exige la defensa legítima, de

acuerdo con lo señalado en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

"La defensa, para que sea legítima..." ha dicho la Corte..., "debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió...", (Sent. de 25 de junio de 1948, G. J. t. LXIV, pág. 526; de 28 de noviembre de 1950, G. J., t. LXVIII, pg. 648; de 13 de julio de 1951, G. J., t. LXX, p. 94, y de 16 de octubre de 1951, G. J., t. LXX, p. 610).

De las declaraciones de los doctores Antonio Duque Gómez y José Luis Mejía Ocampo, así como de los testimonios de María Elena Mejía de Peña, Rodrigo Marín Bernal, Alberto Herrera Lobo, Francisco Jaramillo, Francisco Bermúdez Sánchez, Aurelio Jaramillo Arángo, Niceas Trejos y del doctor Marino Jaramillo Echeverri, tomados en cuenta en la sentencia impugnada, se desprende que no hubo ataque alguno por los manifestantes a las dependencias del SIC en Manizales, el día de los hechos y, por tanto, no puede considerarse como existente una violencia actual de la que González Duarte y Vargas Gómez hubieran tenido necesidad de defenderse. Tanto menos, cuando estos procesados se encontraban en el segundo piso del edificio y se tiene acreditado que ni siquiera los agentes secretos y la policía que se encontraba en la puerta misma de entrada, frente a los manifestantes, tuvieron urgencia de hacer algo más de unos disparos al aire.

La legítima defensa subjetiva exige que el agente crea, razonablemente, encontrarse en las condiciones que la ley señala, así estas no se hallen reunidas, particularmente la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Y si razonablemente, se repite, los agentes secretos y de la policía que se encontraban a la entrada del edificio del SIC no estimaron necesario cumplir ataque alguno contra los manifestantes, mal puede aceptarse que los procesados González Duarte y Vargas Gómez, sinceramente, hubiesen creído en la actualidad o evidencia de un peligro inminente, cuando se encontraban en el segundo piso de las dependencias del Servicio de Inteligencia Colombiano, en Manizales.

Asimismo, el exceso en la legítima defensa, ha señalado la Corte, puede "buscarse en la falta de proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo, mas no cuando falta el elemento de la injusticia en la amenaza, pues entonces no podrá haber exceso, sencillamente porque la legitimidad está ausente...", (Cas. de 3 de marzo de 1934, G. J., t. XLI bis. p. 88). Y si en la sentencia acusada el juzgador, razonablemente y con apoyo en numerosos testimonios y en los datos de la inspección ocular hecha en las dependencias del SIC deduce que no existió ataque o amenaza alguna de parte de los manifestantes contra los funcionarios de aquella institución, menos puede decirse que se cuenta con la injusticia de tal amenaza.

Por último, atendido que la sentencia impugnada sí señala clara y terminantemente cuáles son los hechos que considera probados, en el extenso examen que de ellos hace en cerca de setenta folios, es del caso aceptar el concepto del Ministerio Público sobre improcedencia de la causal quinta de casación invocada, asimismo, por el recurrente.

Los cargos presentados contra el fallo del Tribunal Superior de Manizales, de que se ha hecho mérito, no fueron demostrados. Corresponde, por tanto, desechar el recurso, como lo dispone el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, no sin que la Sala deje de reconocer la constante labor del distinguido abogado recurrente, en el ejemplar cumplimiento de sus deberes de defensor.

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 Segundo Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a que se refiere este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO COMETIDO EN COMPLICIDAD CORRELATIVA. CAUSALES CUARTA Y PRIMERA DE CASACION PENAL.

Cuando los argumentos del demandante carecen de fuerza demostrativa y de atinencia jurídica, no puede afirmarse que el fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad. No se ajusta a la técnica del recurso de casación confundir motivos de impugnación diferentes. Errada aplicación de la Ley en la apreciación de circunstancias de mayor peligrosidad. La prescripción y los antecedentes del procesado. Acertada dosificación de la pena fijada por el a-quo, en el caso de autos.

1. Todo lo que el demandante aduce para dar por cierto que el fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad carece de fuerza demostrativa y de atinencia jurídica en materia procesal. Aceptando que hubo irregularidades en la etapa sumaria porque los jueces comisionados sobrepasaron los términos de la ampliación o porque dejaron de evacuarse algunas citas, el motivo de queja no integra nulidad legal, ni menos constitucional. Tratándose de un juicio por jurado, la vocación a juicio que descansa en los presupuestos probatorios del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, sirve precisamente para formar el plenario de la causa y para abrir el debate con todas las garantías, términos y oportunidades que la ley consagra a las partes y en especial al sujeto pasivo de la acción penal.

2. No se compadece con la técnica del recurso extraordinario de casación confundir motivos de impugnación diferentes, y por ello incurre en error el demandante cuando a través de la causal 4ª hace alegaciones sobre el mérito de la prueba tenida en cuenta por el jurado para proferir su veredicto condenatorio y por las instancias para sus respectivos fallos.

3. Dada la naturaleza del proceso y por descansar la sentencia acusada en un veredicto que afirmó la comisión del hecho por el sindicado y su responsabilidad como autor de homicidio (asesinato) en complicidad correlativa, la causal 1ª de casación puede tenerse por bien invocada, al menos en parte, pues en la apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad hubo errada aplicación de la ley.

Esa errada aplicación, se contrae exclusivamente a la deducción en contra del reo de la circunstancia señalada en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, puesto que ésta hace parte integrante de la figura penal de la complicidad correspectiva, y no sería justo ni equitativo su valoración para agravar la responsabilidad del homicida.

4. El error, se repite, no tiene incidencia sino respecto del ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, ya que las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo de primer grado —motivo determinante y antecedentes judiciales o de policía— son correctas. Obró el homicida movido por un sentimiento de venganza, egoísta en su contenido y en sus finalidades, que autoriza ser calificado de innoble o bajo; y los antecedentes, sintomáticos de peligrosidad social en el procesado, se valoraron en lo que indican. Respecto de ellos no cabe hablar de prescripción, fenómeno que tiene ocurrencia cuando los antecedentes quieren hacerse obrar para efecto de la agravación específica de la reincidencia, circunscrita, por mandato de la ley, a un término de diez años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El procesado por homicidio Esteban Torres Meneses, sentenciado por el Tribunal Superior —Sala Penal— del Distrito Judicial de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1960, a purgar la pena de diez (10) años de presidio, a más de las correspondientes sanciones accesorias, interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación contra dicho fallo, el que concedido y tramitado en debida forma procede ahora la Corte a resolver.

HECHOS:

Los expone la sentencia recurrida en estos términos:

"Dan cuenta los autos de que entre Esteban Torres Meneses y Roberto Pérez, agricultores avecinados al municipio de Concepción, surgieron serias diferencias por cuestiones atinentes a la posesión y usufructo de un predio rural, que dieron lugar a un juicio que fue fallado por las autoridades competentes a favor de la víctima. Dentro de las incidencias del pleito, y como en el cuestionado fundo había unos plantíos de trigo pertenecientes a Torres Meneses, quien no quiso hacer uso del derecho de hacerse presente para que le entregaran la cosecha ya próxima a ser recolectada, se nombró depositario al señor Campo Elías Alvarado a quien se le dio facultad para que segara y recogiera el grano a fin de que no se perdiera. Meneses nunca se conformó con las resultas del pleito, y al decir de algunos parientes de Pérez, no disimuló su enojo sino que por el contrario proclamó públicamente que se haría justicia por su propia mano... El día en que debía llevarse a cabo la recolección del fruto y cuando el occiso en compañía de algunas personas cuya cooperación solicitó y ante la presencia del depositario que debía hacerse cargo de la cosecha quiso llevar a cabo sus propósitos, en el sitio mismo donde estaba trabajando recibió un disparo mortal con arma de largo alcance que lo dejó sin vida momentos después... Este y muchos otros disparos les fueron hechos a Pérez y a sus compañeros desde un lugar situado más o menos a cien metros de donde ellos se encontraban, y, según versión testimonial los disparos fueron hechos con armas de diferentes calibres. No obstante que en el grupo donde estaba la víctima se encontraban varias personas, el único que recibió heridas fue Pérez".

LA DEMANDA

El señor apoderado del recurrente, ciñéndose a las prescripciones legales, en cuanto a la técnica y forma de la demanda de casación, formula ésta con base en las causales *cuarta y primera* de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, luego de historiar los hechos que dieron motivo a la investigación y el curso sufrido por el proceso en sus etapas de sumario y juicio.

Causal 4ª Para sustentar que la sentencia recayó en un juicio viciado de nulidad, descompone la acusación en tres cargos, a saber:

a) Que hubo violación del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal "en razón de que el señor Juez del conocimiento comisionó por el término de 30 días al señor Alcalde de Concepción para que realizara la práctica de diversas diligencias investigativas, encontrándose Esteban Torres Meneses detenido". Como la ley no autoriza ampliaciones sino dentro de los términos del acotado artículo, su transgresión quebranta a su vez el 26 de la Constitución Nacional. De este razonamiento concluye el demandante que como "se llevaron a cabo diligencias de las ordenadas en el auto comisorio visible a folio 171, vuelto, cuando ya el comisionado no tenía la facultad procesal para realizarlas" son inválidos los actos realizados por el instructor.

No obstante plantear en estos términos el cargo contra la sentencia, la nulidad, dice la demanda que "deberá decretarse a partir del auto visible a folios 195 del cuaderno principal", o sea, del que declaró cerrada la investigación.

b) Otro cargo, con fundamento en la misma causal, dice relación a que las testigos María y Ana Rosa Vega fueron encarceladas desde el 16 al 18 de diciembre de 1958, "lo que implica violenta coacción moral ejercitada por las autoridades que intervinieron en el reparto de los bienes demandados, por Roberto Pérez Bautista en la persona de los citados testigos para obligarlas a declarar contra el hombre que estaba ligado a ellas por los lazos del amor y del deber".

Estima el señor apoderado que el "testimonio producido en tal forma no puede determinar la certeza judicial para fundamentar un llamamiento a juicio, y menos la convicción del jurado". En consecuencia si "dichos testimonios fueron tomados por el Tribunal para confirmar el llamamiento a juicio y por el Jurado para fun-

dar su convicción, se puede afirmar que el juicio es nulo por este otro aspecto''.

Agrega el demandante, dentro del mismo cargo, que el Juzgado negó la práctica de algunas pruebas (testimonios) en el curso de la audiencia pública, lo que privó al jurado de elementos de convicción y privó al acusado del derecho de defensa, quebrantando así, también, el artículo 26 de la Constitución.

c) Por último, se arguye que el funcionario de instrucción no verificó las citas que hizo el procesado en su injurada, contraviniendo en esta forma el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal. Tal omisión, estima el impugnador, ''planteó muchas y poderosas dudas, entre los testigos de cargo y las exculpaciones del procesado puntualizadas en su injurada que por imperativo mandato del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, han debido ser resueltas en su favor''.

Causal 1ª Es violatoria la sentencia de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Abona el demandante, en orden a demostrar su aserto, estas razones:

La penalidad imponible por el delito de homicidio calificado de asesinato, cometido en complicidad correlativa —artículos 363 y 385 del Código Penal— es en su mínimo de siete años y seis meses de presidio, pero para el Tribunal elevar la sanción principal a diez años dedujo en contra del acusado circunstancias de mayor peligrosidad que no podían tener efecto.

Considera, en primer término, que la circunstancia prevista en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal no podía ser apreciada en el caso de autos, pues si agrava la responsabilidad *el obrar con la complicidad de otro previamente concertada,* ese evento no es propio cuando el delito ha sido cometido en complicidad correlativa. ''El reconocimiento de dicha figura jurídica —dice el señor apoderado— conlleva expresamente el reconocimiento de la preparación previamente concertada de que habla el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, es decir, al condenar al procesado reconociendo la atenuante allí prevista, por sublimación se reconoce ''la preparación previamente concertada'', o en términos más claros en el caso de autos, reconocida como está la complicidad correlativa, con dicho reconocimiento quedó absorbida la circunstancia de mayor peligrosidad consagrada en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal''... ''Por tal motivo la pena impuesta a Esteban Torres fue excesiva por errónea interpretación de los artículos 37, ordinal 9º y 385 del Código Penal''.

En segundo término, el Tribunal ''desconoció las circunstancias de menor peligrosidad previstas en el artículo 38, ordinales 4º y 11'' porque si ''Torres Meneses suprimió la vida de Pérez Bautista lo hizo bajo la influencia de la apremiante circunstancia de que su espíritu está sumido (sic) en el dolor determinado por haber perdido el pleito con el occiso'', y porque ''Esteban Torres Meneses es un hombre campesino, sin ilustración que escasamente sabe firmar'', lo que permite afirmar que ''la sentencia impugnada es injurídica cuando afirma ''de que por las constancias procesales se hace imposible deducirle una sola siquiera de menor peligrosidad''.

En último término, con relación a la causal 1ª, que se aduce, estima el demandante que no podían tenerse en cuenta para agravar la responsabilidad los antecedentes que aparecen a folios 12, 76, 112 y 113 del cuaderno principal ''en razón de que en ellas se operó abundantemente el fenómeno de la prescripción por la circunstancia de que ellas datan de los años de 1944 y 1947 y conforme la abundante jurisprudencia de la Corte, los antecedentes prescriben en un lapso de diez años''.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al contestar la demanda ameritada expresa que la casación no prospera con base en la causal 4ª, pero estima, en cambio que la sentencia debe invalidarse parcialmente por tener fundamento la causal 1ª, ''en virtud de lo alegado por el señor demandante con relación al hecho de haberse tenido en cuenta al dosificar la pena, la circunstancia de que trata el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, lo que impone una reducción de la sanción de presidio que le fue impuesta al reo, en la proporción que se considere legal y equitativa, debiendo, eso sí, tenerse presente que el aumento de un año que decretó el Tribunal de instancia de la pena fijada por el *a-quo* fue debido a que aquél consideró que el acusado había obrado ''con la complicidad de otro, previamente concertada''.

Los cargos hechos por el señor apoderado con invocación de la causal 4ª los refuta el Ministerio Público, en su orden, con diversos argumentos jurídicamente atendibles, de los cuales conviene destacar:

1º El cargo señalado en el aparte a), lo encuentra infundado no sólo porque el impugnador "incurre en manifiesta inconsecuencia" al estimar que la nulidad del proceso empieza a partir del auto de clausura de la investigación, pues así "implícitamente acepta que las diligencias efectuadas por el funcionario comisionado y por el subcomisionado, tienen valor", sino porque las diligencias cumplidas por los funcionarios instructores, en virtud de las ampliaciones decretadas por el juez del conocimiento, lo fueron a virtud de las amplias facultades dadas para subcomisionar, de acuerdo con las circunstancias.

2º Las supuestas anomalías consistentes en maniobras de coacción a testigos y no práctica de algunas pruebas en el curso de la audiencia pública, las rechaza la vista fiscal por no estar comprobado que se hubiera ejercido la coacción y porque lo dispuesto por el Juzgado en cuanto a práctica de pruebas en el debate público, fue una resolución fundada y legal, dada la improcedencia de ellas.

3º Los demás cargos los estimo no demostrados por el demandante y concluye el señor Procurador Delegado "que la causal cuarta de casación alegada, carece de asidero procesal, porque ninguno de los motivos en que pretendió dársele apoyo tiene fundamento".

Para coadyuvar, en parte, la invalidación de la sentencia con fundamento en la causal 1ª, la vista fiscal hace estas apreciaciones principales:

"Ante todo, es indispensable traer a cuento las consideraciones hechas por el *ad-quem* en torno a la categoría del homicidio imputado y a las circunstancias que rodearon su comisión.

"En efecto, dice la sentencia:

"'El precepto legal violado fue el artículo 363 que en concordancia con el 384 da una pena mínima de siete años y medio. Pero el acusado no solamente carece de circunstancias de menor peligrosidad, sino que lo perjudican algunas de las previstas en el artículo 37, tales como la señalada en el ordinal 3º, pues no hay duda que el reo eliminó a su víctima en venganza por haber perdido un pleito. El señor Fiscal del Tribunal dice en su vista que las características propias del delito, consumado en la forma conocida como 'palomeo', son indicadoras de una gran insensibilidad moral y peligrosidad social que deben servir para un aumento de pena. Este punto de vista no lo acoge la Sala por cuanto esas características del delito fueron precisamente las que sirvieron para que él fuera agravado como asesinato dando lugar a la aplicación del artículo 373 del Código Penal y no del 362.

"'En cambio estima la Sala que sí es el caso de dar aplicación al ordinal 9º del artículo 37 que exige obrar con la complicidad de otro previamente concertada. No empece que al reo se le haya castigado dentro de las circunstancias de la complicidad correlativa. No hay por qué suponer que en esta forma se tendría en cuenta la misma circunstancia para configurar el delito y luego para agravar la pena. En la complicidad correlativa la ley hace una rebaja de pena cuando existe la seguridad de que entre varios de los que concurrieron al delito se sabe que está el que causó la única herida que recibió la víctima, pero se desconoce su identidad. De manera que si para algo se tiene en cuenta el hecho de que hubieran sido varios los que tomaron parte en él y que se desconozca cuál fue el que maniobró para causar el daño, es para disminuír la pena. No para agravarla. No hay duda de que en el caso presente fueron varias las personas que dispararon, que Torres estaba entre ellas, que se desconocen quiénes fueron sus compañeros, que se ignora igualmente quién disparó el arma con la cual se produjo la muerte de Pérez, y que Torres y los que estuvieron con él tenían que haber concertado previamente el programa que habrían de desarrollar después'.

"A la verdad que el honorable Tribunal de instancia incurrió en un *lapsus calami* al citar, entre las disposiciones violadas, el artículo 384 y no el 385 del Código Penal, que es el texto o la norma pertinente. En esto tiene la razón el señor recurrente, pues aquí no se contempla un caso de homicidio en riña, sino de homicidio en complicidad correlativa. Pero si tiene la razón en señalar dicha clase de lapsus, ninguna consecuencia se deriva de estar en lo cierto, porque es evidente que el fallador para nada hace referencia a la riña imprevista sino a la complicidad correlativa, que juega en el evento de autos papel importante para graduar la sanción. Resulta indiferente o irrelevante —se repite —el yerro cometido.

"De otro lado, se agrega que por no haber especificado el sentenciador cuál es el monto del aumento de pena deducida al hallar existente la circunstancia prevista por el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, el actor le hace una nueva objeción al fallo acusado, cuya aceptación en casación puede resultar pírrica, a menos que la honorable Corte, de su propia cuenta considere que dicho aumento equivale a

un año de sanción, por ser la circunstancia de que se habla, la única que agrega el honorable Tribunal a las deducidas por el *a-quo* en su providencia condenatoria".

"La explicación que el apoderado le da a la conducta antijurídica y punible del acusado, o mejor, la indicación de un motivo determinante de la acción homicida que radica en una innoble venganza o bajo resentimiento de carácter económico, por sí sola basta para demostrar de plano que no concurre la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el numeral 3º.

"Tampoco es válida la objeción consistente en decir que el honorable Tribunal desconoció la circunstancia relativa a las condiciones personales de Torres Meneses, pues 'la falta de ilustración' de éste, para nada influyó en la ejecución del hecho, al tenor del ordinal 11º citado, y de allí que ni la sentencia del Juzgado ni la del honorable Tribunal mencionen tal circunstancia".

"Las constancias a que alude el actor y las cuales dan cuenta del pasado judicial del procesado, no fueron tenidas en cuenta para aumentar la sanción sino para no admitir que Esteban Torres hubiera observado una buena conducta anterior, lo cual es cosa bien distinta, siendo de repetir aquí que el *ad-quem*, al graduar la pena principal, expresó que concurrían las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por los numerales 3º y 9º del artículo 37 del Código Penal.

"No sobra, por otra parte, anotar que 'la abundante jurisprudencia de la Corte en que dice apoyarse el recurrente, no fue citada por éste en la debida forma y es desconocida por esta Procuraduría'."

CONSIDERA LA CORTE:

1. Todo lo que el demandante aduce para dar por cierto que el fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad carece de fuerza demostrativa y de atinencia jurídica en materia procesal. Aceptando que hubo irregularidades en la etapa sumaria porque los jueces comisionados sobrepasaron los términos de la ampliación o porque dejaron de evacuarse algunas citas, el motivo de queja no integra nulidad legal, ni menos constitucional. Tratándose de un juicio por jurado, la vocación a juicio que descansa en los presupuestos probatorios del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, sirve precisamente para formar el plenario de la causa y para abrir el debate con todas las garantías, términos y oportunidades que la ley consagra a las partes y en especial al sujeto pasivo de la acción penal.

2. No se compadece con la técnica del recurso extraordinario de casación confundir motivos de impugnación diferentes, y por ello incurre en error el demandante cuando a través de la causal 4ª hace alegaciones sobre el mérito de la prueba tenida en cuenta por el jurado para proferir su veredicto condenatorio y por las instancias para sus respectivos fallos.

3. Dada la naturaleza del proceso y por descansar la sentencia acusada en un veredicto que afirmó la comisión del hecho por Torres Meneses y su responsabilidad como autor de homicidio (asesinato) en complicidad correlativa, la causal 1ª de casación puede tenerse por bien invocada, al menos en parte, pues en la apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad hubo errada aplicación de la ley.

Esa errada aplicación, como lo anota con todo acierto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se contrae exclusivamente a la deducción en contra del reo de la circunstancia señalada en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, puesto que ésta hace parte integrante de la figura penal de la complicidad correspectiva, y no sería justo ni equitativo su valoración para agravar la responsabilidad del homicida.

4. El error, se repite, no tiene incidencia sino respecto del citado ordinal, ya que las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo de primer grado —motivo determinante y antecedentes judiciales o de policía— son correctas. Obró el homicida movido por un sentimiento de venganza, egoísta en su contenido y en sus finalidades, que autoriza ser calificado de innoble o bajo; y los antecedentes, sintomáticos de peligrosidad social en el procesado, se valoraron en lo que indican. Respecto de ellos no cabe hablar de prescripción, fenómeno que tiene ocurrencia cuando los antecedentes quieren hacerse obrar para efecto de la agravación específica de la reincidencia, circunscrita, por mandato de la ley, a un término de diez años.

5. Estimadas así las cosas, lo justo es tomar en el caso *sub-judice* a la pena impuesta por el Juzgado que, dentro del arbitrio que consagra el artículo 36 del Código Penal fijó acertadamente la sanción. Cabe observar, además, que no erraron las instancias al descartar circunstancias de menor peligrosidad en el acusado,

pues inclusive la alegada por el demandante (11 del artículo 38) no es deducible en este caso por su ninguna influencia en la comisión del delito. Los hechos ilícitos que ofenden los sentimientos mínimos de piedad y de altruísmo, entre ellos el homicidio, no son menos graves en razón de la ignorancia o falta de ilustración del agente.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente la sentencia a que se ha hecho mérito y DISPONE modificar la pena principal de diez (10) años de presidio impuesta al acusado Esteban Torres Meneses, por la de nueve (9) años de la misma pena, advirtiéndose que las sanciones accesorias que entrañen duración se reducen al mismo término. En lo demás rige el fallo acusado.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El Juez que rechaza de plano, de modo arbitrario, poder otorgado en juicio, para privar a la poderdante y a su abogado del derecho de impugnarle su propia decisión, comete un verdadero abuso de autoridad.

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal — Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en providencia del diecisiete de octubre del año pasado, resolvió "Sobreseer definitivamente en favor del doctor Tomás Alberto Villalobos Martínez como Juez Promiscuo que fue del Circuito de San Andrés y Providencia por los hechos delictuosos que se le imputan en la denuncia, excepción del delito de abuso de autoridad que se dice perpetrado en el juicio laboral instaurado por Rubino Wilson Manuel contra Bedra Bartasova, delito por el cual lo sobresee temporalmente".

Contra esta providencia se concedió, en efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el señor Fiscal Primero del Tribunal.

Tramitada la segunda instancia y rendido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, procede la Sala a revisar el proveído recurrido por medio de esta providencia.

HECHOS Y ACTUACION

Los hechos que dieron origen a este proceso contra el ex-Juez doctor Villalobos Martínez, los resume, en forma acorde con la realidad procesal, el señor Fiscal apelante, en los términos siguientes:

"El señor Paulson Newball se dirigió a la Fiscalía 2ª del Tribunal Superior de Cartagena, en marconigrama de 14 de mayo de 1958, para pedirle que se dirigiera al honorable Tribunal Superior a fin de que éste abriera una investigación penal para establecer varios hechos delictuosos cometidos por el señor Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés y Providencia, en las tramitaciones de los juicios contra Debra Bartasova y de Harvey Bernard. En razón de esta demanda telegráfica del señor Newball, la Fiscalía 2ª del Tribunal Superior, por Oficio de mayo 19 de 1958, pidió a éste ordenara la investigación. Así de esta manera, ella se inició con el auto cabeza de proceso de 24 de mayo del mismo año, que dispuso —entre otras cosas— recibir declaración al señor Paulson Newball para que puntualizara los cargos al Juez denunciado y ratificara en los hechos del marconigrama aludido arriba. De la investigación ha resultado que desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, Islas, para la época de los hechos denunciados, el doctor Tomás A. Villalobos Martínez, según los Acuerdos números 86 y 87 de junio 18 y julio 24 de 1956, respectivamente, del honorable Tribunal Superior, folios 5 y 6, y oficio número 341 de julio 15 de 1958, originario de la Alcaldía de San Andrés, y el cual da cuenta que el doctor Villalobos Martínez desempeñó las funciones de Juez Promiscuo del Circuito a partir del 20 de agosto de 1956 a 15 de mayo de 1958. (V. fl. 7). El doctor Newball al concurrir a ratificar la denuncia, manifestó que la puntualización de los cargos lo haría por escrito separado. Y para el efecto, en un escrito que cubre los folios 9, 10 y 11 del proceso, señaló detalladamente los hechos punibles que imputaba al señor Juez Promiscuo del Circuito

de San Andrés, Islas, los cuales, para método de estudio y claridad de la exposición, se sintetizan a continuación.

LAS IMPUTACIONES

El doctor Newball en su memorial de 8 de agosto de 1958 (folios 9, 10 y 11), concreta sus cargos en los siguientes hechos:

a) En el juicio laboral de Rubino Wilson Manuel contra Bedra Bartasova, la actuación se adelantó y el negocio se falló sin asistencia de apoderado de la demandada Bartasova. El poder que ésta otorgó al doctor Newball, el Juez, doctor Tomás A. Vilallobos Martínez, lo rechazó sin notificar al doctor Newball, con lo cual le impidió la oportunidad de apelar, o sustituír el mandato en otra persona de su confianza. Esto indica —dice el denunciante— que el Juez obraba en perfecto acuerdo con la parte demandante con la intención dolosa de perjudicar a la parte demandada, como en efecto se hicieron en el expediente. Y agrega el denunciante: "El señor Juez obró en complicidad con la parte demandante y dejó el Juzgado a disposición de ella. Se valieron de todos los medios para impedir la apelación del fallo ante el honorable Tribunal. Y con el mismo fallo se ha tratado de sacar dinero de la parte demandada amenazándola con otro juicio ejecutivo".

b) En el sucesorio del padre de Harvey Bernard, se equivocó el lindero de un inmueble durante la diligencia de inventarios. El señor Harvey Bernard pidió al Juez que corrigiera el error —no explica el denunciante, si la solicitud se hizo dentro o fuera del juicio sucesorio—; pero aquel no autorizó la corrección. El escrito de Bernard lo pasó a la Alcaldía como prueba de que Newball venía ejerciendo la profesión de abogado, pues, el Juez sabía que el memorial había sido escrito por Newball. Este obrar del señor Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, Islas, impidió que Bernard otorgara escritura de venta del inmueble con linderos equivocados, al señor Arcelio Vélez. En cambio, el señor Juez, a solicitud del señor Arcelio Vélez, dictó auto de embargo ejecutivo y más tarde sentencia de pregón y remate" de un inmueble relacionado con los linderos errados cuya rectificación no quiso hacer el ex-Juez Villalobos Martínez. Harvey Bernard confirió poder al doctor Newball en el ejecutivo de Arcelio Vélez, pero el Juez Villalobos lo *rechazó de viva voz,* y como el señor Newball lo hiciera llegar nuevamente al Juzgado por conducto del Jefe del SIC, el doctor Villalobos pasó un oficio al SIC amenazando castigar al doctor Newball si insistía en ejercer la profesión de abogado. Con este obrar, el Juez buscaba impedir que el negocio subiera al honorable Tribunal Superior en apelación, y con ello cometió los delitos —dice el denunciante— de *denegación de justicia y abuso de autoridad y otros hechos.*

c) Dentro del juicio ordinario promovido por James Rankin Jr., contra los sucesores de Thomas Fernández, el Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, Islas, dictó un auto interlocutorio exigiendo a la señora viuda de Thomas Fernández que reemplazara al doctor Paulson Newball porque éste no podía ejercer la profesión de abogado, atemorizando de esta manera a la viuda de Fernández y obligarla a transigir con la contraparte (James Rankin, se entiende). "En todos estos asuntos —dice el denunciante— se ve el acuerdo del Juzgado con la parte contraria para perjudicar a la otra parte", y

d) El señor Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés, Islas, admitió a la señora Esther Pomare en su propio nombre en el juicio sucesorio de Naphtili Pomar Sr. (sic). Después el señor Juez instigó para que la señora Pomare diera testimonio falso en la Alcaldía de San Andrés, en contra del doctor Newball".

Cerrada la investigación, una vez perfeccionada, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cartagena, después de hacer un concienzudo estudio probatorio, concluyó que: "El hecho de no proveer en el poder conferido al doctor Paulson Newball por la señorita Bedra Bartasova, en el juicio laboral de Rubino Wilson Manuel, constituye un delito de abuso de autoridad que afecta al ex-Juez doctor Villalobos Martínez, y por él debe ser llamado a juicio". Por los demás cargos formulados por el denunciante, el señor colaborador Fiscal del Tribunal pidió sobreseimiento definitivo para el ex-Juez doctor Villalobos Martínez, ya que "ni los hechos han sido probados, ni existen pruebas que demuestren la responsabilidad del sindicado".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena por cuanto estima que ella es "perfectamente legal y acorde con la realidad de los hechos", tanto en relación con el sobreseimiento temporal decretado a favor del ex-Juez del Circuito de San Andrés y Providencia, como

también el definitivo favorable al sindicado, por los demás delitos que le imputó el denunciante Paulson Newball.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, en desacuerdo en esto con su colaborador Fiscal y con el Tribunal Superior de Cartagena, considera que sí hay mérito para llamar a juicio al ex-Juez del Circuito doctor Tomás Villalobos por el delito de abuso de autoridad, en el caso específicamente contemplado en el artículo 172 del Código Penal, por el hecho de haber rehusado proveer en el poder conferido por la señorita Bedra Bartasova en el juicio laboral contra ésta, propuesto por Rubino Wilson, pues existe la prueba suficiente, requerida por la ley sobre la existencia de dicho ilícito, en el proceso, según se deduce de las siguientes constancias:

a) En la inspección ocular practicada el 22 de agosto de 1958, con asistencia de testigos actuarios, por el Juez Promiscuo Municipal de San Andrés, como comisionado, en el expresado juicio laboral contra Bedra Bartasova, consta, entre otros hechos, el siguiente: "No aparece en el expediente, que examinamos, que la Bartasova haya concedido poder a Paulson Newball ni a otra persona, a pesar del requerimiento que se le hizo".

b) No obstante, la constancia anterior, entre las copias enviadas por el Juez del Circuito de San Andrés, Isla, al Juez Municipal de la misma ciudad, con oficio número 428 del 20 de octubre de 1958, aparece un memorial poder otorgado por Bedra Bartasova en el juicio laboral propuesto por Rubino Wilson Manuel, al doctor Paulson Newball, fechado el 2 de diciembre de 1957, dirigido al Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Isla) y con la constancia de la presentación personal por la poderdante, quien se identificó con su cédula de extranjería número 29467, expedida en Bogotá.

c) Al pie de dicho memorial el Juez Promiscuo del Circuito, dictó una providencia, que lleva fecha del 2 de diciembre de 1957, y cuyo contenido es del tenor siguiente:

"Como el Juzgado tiene conocimiento de que el abogado aquí designado para mandante de la señora Bedra Bartasova, fue suspendido en el ejercicio de la profesión de *abogado,* por el honorable Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, a fines del año pasado, se dispone: Que informe la Secretaría de este Juzgado si el alto Cuerpo judicial de este Distrito de Cartagena ha comunicado a este Circuito que el doctor Paulson Newball puede ejercer ya la abogacía, porque haya sido habilitado de los derechos y funciones que le fueron suspendidos en la sentencia dictada en el proceso que se le siguió en este Despacho y finalizó con la de segunda instancia de fecha ocho de noviembre del año pasado. Y si no fuere posible ese informe, consúltese con el honorable Tribunal. Cúmplase. El Juez Promiscuo del Circuito, (Fdo.) Tomás A. Villalabos. El Secretario (Fdo.), Héctor Soto".

d) El Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés, Isla, en cumplimiento a lo ordenado por su superior, informó a éste lo siguiente:

"Con el presente doy cuenta al señor Juez, informándole que en este Juzgado no se ha recibido ninguna comunicación procedente del honorable Tribunal Superior de Justicia de Cartagena, en la que informe de que el doctor Paulson Newball ha sido habilitado de los derechos y funciones que le fueron suspendidos por esa Superioridad en Sentencia de segunda instancia de fecha ocho (8) de noviembre del año próximo pasado (1956). San Andrés, Isla, diciembre 5/57. (Fdo.), Soto D., Secretario".

e) En el informativo obra el oficio número 426, de octubre 16 de 1958, dirigido por el Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés al Juez Promiscuo Municipal del mismo lugar, y en el que el primero de estos funcionarios dice: "Es bien sabido que ese documento (el poder otorgado por Bedra Bartasova al doctor Paulson Newball), fue rechazado de plano por el doctor Tomás Alberto Villalobos, Juez saliente, no quedando este agregado al expediente (Juicio Laboral), *recibiéndole el suscrito guindado en un gancho* (subraya la Sala):

De estas comprobaciones se desprende, que el poder otorgado por Bedra Bartasova al doctor Newball en el juicio laboral que a aquella le propuso Rubino Wilson Manuel, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés y Providencia, "no fue agregado al condigno expediente del juicio laboral", como expresamente lo reconoce el Tribunal. Lo que sí no aparece comprobado es lo afirmado por el sindicado Villalobos Martínez, en su indagatoria, y aceptado sin discriminación alguna por el Tribunal, de que la no aceptación de este poder se hizo saber "por auto" a la poderdante, pues lo que se desprende de las copias que obran en autos es todo lo contrario, es decir: a) Que el sindicado rechazó, *de plano,* el poder otorgado por la Bartasova, el cual ni siquiera fue agregado al expediente y

que sobre él no proveyó el Juez acusado en el sentido de rechazar la personería, en providencia motivada que fuera notificada judicialmente a la poderdante y al apoderado; pues lo que hizo el acusado fue limitarse a solicitar a su Secretario un informe acerca de la capacidad del abogado Newball para poder ejercer la profesión de abogado. Es cierto que en autos obra copia del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, de fecha 8 de noviembre de 1956, por medio del cual, entre otras sanciones, se impuso al abogado Paulson Newball, la suspensión del ejercicio de la profesión por el término de un año, pero esto no autorizaba al sindicado para rechazar el poder conferido a este abogado, en la forma que lo hizo, de plano, y sin siquiera disponer que se agregara al respectivo expediente.

Si el ex-Juez acusado consideró, corrido el año a que había sido condenado el abogado Paulson Newball, a la suspensión en el ejercicio de su profesión, que este aún continuaba inhabilitado para ejercerla, o si tenía dudas al respecto, lo legal y correcto era que hubiera dictado providencia motivada negándole la personería para actuar en el juicio respectivo, haciéndola notificar judicialmente a las partes, con el fin de que éstas tuvieran la oportunidad de conocerla e interponer oportunamente los recursos legales que la ley otorga a éstas. Pero el procedimiento seguido en este caso por el ex-Juez sindicado, al rechazar de plano, sin agregarlo siquiera al expediente, el poder otorgado a dicho abogado en el juicio laboral a que se ha hecho alusión, constituyó un verdadero abuso de autoridad, pues omitió hacer lo que debía como Juez, privando a la poderdante y a su abogado, de modo arbitrario, del derecho de impugnar su decisión de no admitir en el juicio a éste como apoderado de la demandada, la que por este motivo, quedó sin quién defendiera su derecho en el juicio laboral a élla propuesto por Rubino Wilson Manuel.

En relación con el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena a favor del ex-Juez Villalobos Martínez, con respecto a los otros cargos a que se refirió el denunciante, la Corte habrá de sostener lo resuelto por el *a quo*, por cuanto dichos cargos no fueron probados en el proceso.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *reforma* la providencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a que se ha hecho referencia, en el sentido de abrir causa criminal, por el procedimiento ordinario, contra el ex-Juez del Circuito Promiscuo de San Andrés y Providencia, doctor Tomás Alberto Villalobos Martínez, abogado titulado, mayor de edad y vecino de Cartagena, por el genérico delito "de los abusos de autoridad y otras infracciones", de que trata el capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, por el cargo que se estudió en la parte motiva de esta providencia, y en lo demás la confirma.

Notifíquese personalmente este auto al enjuiciado, haciéndole saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en el juicio, previniéndole, que si no lo hiciere dentro del término de ejecutoria, se le nombrará uno de oficio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. CAUSALES CUARTA, PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION

Motivos de investigación sobre hechos materia del proceso. Condiciones exigidas por la Ley para producir la prueba pericial. Embriaguez del procesado. Normas que regulan el proceso penal. Nulidad constitucional. Motivos de impugnación previstos en la Ley. En el estatuto penal vigente la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, eleva al homicidio a la categoría de asesinato. Apreciación y calificación de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad.

1. Lo que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal ordena al funcionario instructor que deberá practicar, en sus dos numerales 3º y 5º, es que los factores determinantes del delito y demás factores que influyen en la violación de la ley penal, lo mismo que las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, sean motivos de investigación.

2. Dice el artículo 256, inciso 2º, Código de Procedimiento Penal, que no es admisible la prueba pericial para establecer, entre otras cosas, que la disposición señala, las condiciones psíquicas del procesado, independientes de causas patológicas. Por consiguiente, para esta clase de causas, sí resulta admisible aquella prueba; pero entonces debe estar sometida a las condiciones que determina el mismo artículo en el inciso primero, para producirse, pues de otra manera a nada conduciría y la condición principal para que tal categoría de prueba se produzca en un caso dado, es que "la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinada ciencia o arte".

Si la ley es severa al exigir determinadas condiciones para la misma prueba pericial, aún en el caso de que las condiciones psíquicas del procesado obedezcan a causas patológicas, no se ve cómo la simple prueba testimonial pueda tomarse como pretexto para alegar pretermisión de normas constitucionales cuando el Juez, por gozar de amplio arbitrio, no juzgó necesario el examen psiquiátrico del procesado, sin duda porque la sola embriaguez, así convertida al que la padece en sujeto peligroso, no es causa bastante para deducir de allí que obró en estado de grave anomalía psíquica.

3. Las normas que regulan el proceso penal no son otra cosa que solemnidades que la misma ley prescribe para hacer efectivos los derechos. Por ello plenamente, como lo quiere la Ley de Leyes, se cumple con tal mandato si la totalidad de esas normas se manifiesta en determinado proceso. En cambio, no puede decirse que la plenitud de tales normas se efectuó cuando se pretermiten formalidades que son sustanciales, a fin de que los derechos a ellas inherentes tengan virtualidad bastante para hacerlos valer en el proceso a objeto de que corresponda a los objetivos de esas prescripciones. Pueden éstas ser inoperantes por efectos de la legislación o por omisiones o errores de los propios jueces encargados de cumplirlas, para evitar lo cual, precisamente, el canon constitucional señala una garantía que cuando se quebranta obliga a restituir el derecho desconocido invalidando lo hecho con la carga de una nulidad supralegal, no empece que en la normación de las nulidades legales, taxativas como son, nada se hubiera legislado sobre lo que constituye la informalidad procesal de que se acusa la actuación, que desconoció o pretermitió una prerrogativa de la parte agraviada con ese proceder.

"Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No: para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al sér o a la existencia del proceso, en

tal forma que la comisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de la parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (G. J., tomo LXXXIII, pág. 310).

4. Por la puerta excusada de una causal de nulidad, así sea ésta constitucional, se llegaría al extremo de confundir la causal cuarta con la segunda, produciendo el efecto de anular el proceso porque determinados elementos probatorios no fueron valorados, o se les dio, como dice el libelo, "una interpretación demasiado drástica a las normas procedimentales tomadas como base para fundamentar la condena proferida contra mi defendido", afirmación ésta que incide directamente sobre la causal segunda y nada tiene que ver con la nulidad supralegal alegada. Esto sin duda alguna involucra de tal modo los motivos de impugnación previstos en la ley, que no puede admitirse, porque ello sería tanto como desvertebrar la naturaleza de las causales, suponiendo la existencia de dos para unos mismos efectos.

5. El Código Penal colombiano en el numeral 2º del artículo 363, eleva a la categoría de asesinato el homicidio que se comete mediando la circunstancia de la premeditación, siempre, eso sí, que ésta esté acompañada de motivos innobles o bajos. Juegan, pues, importancia capital tales motivos para dar al delito la calidad máxima de los comprendidos dentro de la denominación genérica de homicidio, para otorgarles fisonomía de asesinato.

Esta modalidad nueva, que cambia totalmente la tradición jurídica del país y que no ha dejado de merecer críticas, pues en el Código Penal de 1890 para elevar el homicidio a la categoría de asesinato sólo se requería la premeditación, o mejor no existía la figura del asesinato sino acompañada de esa circunstancia, expresamente reconocida al calificar el proceso, fue objeto de profundo y detenido estudio en el seno de la Comisión redactora del estatuto penal vigente, en el cual se dejó claramente establecido que los motivos determinantes juegan papel importantísimo para colocar el homicidio en el grado de mayor dolo dándole carácter de calificado y hacen parte integrante del fenómeno de la premeditación, no pudiendo existir ésta sin que también resulten comprobados los móviles innobles o bajos con que obra el agente al ejecutar el delito.

La redacción del numeral 2º del artículo 363 no deja duda alguna de que este criterio fue estructurado en el estatuto penal vigente. Por lo mismo, está también claro que el Código siguió las orientaciones de la doctrina Holtzendorff, pero la cita que hace la demanda es incompleta y no interpreta el pensamiento de aquel eminente autor.

6. Como el Código Penal en el numeral 5º del artículo 37 estatuye la circunstancia de mayor peligrosidad, consistente en "la preparación ponderada del delito" y ésta se tuvo en cuenta en el caso de autos para la dosimetría penal y elevar así la sanción por esta circunstancia y por otras equilibrándolas con las de menor peligrosidad que el delito y las condiciones de su ejecución comporta, a once años de presidio, las tesis de la demanda en este punto tienen que rechazarse, porque de conformidad con los términos mismos del veredicto, no se negó la premeditación con la que obrara el agente, sino que se quitó al delito la fisonomía de asesinato que se le diera en la providencia calificadora del Tribunal, al desconocer el jurado la existencia de los motivos determinantes o sea que éstos fueron innobles o bajos.

Puede decirse entonces que al dejar vigente el veredicto el hecho premeditativo, aceptó al mismo tiempo que hubo preparación ponderada del delito en el obrar del agente. Como solo el Juez está facultado por la ley, en el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, para la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito como en el caso no lo son según el propio veredicto, bien podía hacer uso de esta atribución para señalar la penalidad dentro del margen prescrito en el artículo 36 del Código Penal, en el que se hace también especial referencia a los motivos determinantes como queriendo subrayar la ley que de no valorarlos como elementos constitutivos o modificadores del ilícito conforme al texto del artículo 37, puede y debe el fallador tenerlos en cuenta para gravar o atenuar la pena según sea mayor o menor la peligrosidad.

La premeditación en un caso así se confunde con la preparación ponderada del delito, y viene a ser entonces la premeditación circunstancial, que vale tanto para los fines de la pena como una circunstancia de mayor peligrosidad dentro de los términos del artículo 37, numeral 5º.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

En sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta (1960), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, condenó a José E. Gómez Escalante a la pena principal de once (11) años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Patrocinio Daza Lizcano, reformando de esta suerte la proferida por el Juzgado Superior del mismo Distrito, con fecha 13 de mayo de aquel año, lo había condenado a doce (12) años de idéntica pena.

Contra la referida sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, el que sustentó debidamente en tiempo oportuno.

Como se han cumplido los trámites procesales de rigor, entra la Sala a decidir el recurso interpuesto.

HECHOS:

En el punto denominado La Calera, fracción de la Concepción de la jurisdicción de Mutiscua y a inmediaciones del camino que de este poblado conduce a Cucutilla, el occiso Patrocinio Daza Lizcano, tenía su casa de habitación y en ella residía con su familia.

Luego de efectuar la compra del mercado en el pueblo, José Gómez Escalante y confiar la bestia que debía transportarlo a su casa al cuidado de Apolinar Jaimes, alrededor de las dos de la tarde del día 8 de junio de 1958, se dirigió hacia su casa situada en la dirección que seguía, más adelante de la del occiso Daza Lizcano. Desde una curva del camino que llevaba, Gómez Escalante pudo distinguir a Daza sentado junto a su hijo Jesús Daza Galves, en el patio de la casa de éstos. Continuó su camino, pero al llegar a la puerta o talanquero en donde se encontraban en esos momentos varias personas entregadas al arreglo de una bestia de carga, el procesado en lugar de seguir para su casa, terció en dirección a la de Daza, siguiendo directamente hasta el patio en donde éste se encontraba en aquel momento junto con sus familiares. Al tiempo de llegar, los saludó dándoles la mano para decir en seguida a Patrocinio las siguientes palabras que recogieron con fidelidad los testigos de la escena: "usted es muy guapo". Al decir esto, al mismo tiempo desenfundó un cuchillo que portaba debajo de la ruana y con él se abalanzó sobre Patrocinio tirándole de puñaladas, dejándolo gravemente herido. Patrocinio alcanzó a ponerse de pie y dijo a los que estaban presentes que atajaran a Gómez que lo había herido. No fue ello posible, porque Gómez una vez cumplida su acción homicida, se abrió paso entre las personas que estaban en la puerta de entrada, blandiendo todavía su cuchillo y se dirigió entonces hacia su casa de habitación, dejando en el lugar de los hechos el sombrero y la cubierta del arma. Daza alcanzó a llegar hasta la "puerta de talanquera", regresó hasta el corredor de la casa, pidió agua y poco después moría, a consecuencia de la grave y mortal lesión que le causara Gómez Escalante.

Así resumida, esta es la versión que con los testigos de los que presenciaron los hechos pudo recogerse en los autos, pero resulta oportuno añadir que esos declarantes agregan una circunstancia cuya significación se tuvo muy en cuenta en la calificación jurídica del caso, consistente en la enemistad que existía entre Daza y Gómez con motivo de que desde el "último de marzo" tuvieron un disgusto, a consecuencia del cual Daza estuvo algunos días preso en Pamplona, disgusto del que amenazó vengarse Gómez, según afirman esos testimonios.

ACTUACION PROCESAL:

La investigación correspondió al Juez Municipal de Mutiscua, funcionario este que por virtud del auto de fecha 9 de junio de 1958, ordenó al señor Alcalde de la misma población, quien había dictado el auto cabeza de proceso y las primeras diligencias, le fueran enviadas para asumir la investigación del ilícito, de conformidad con el Decreto-ley número 1231 de 1951, artículo 9º (fs. 11 del primer cuaderno).

Este mismo funcionario dictó el auto de detención preventiva de Gómez Escalante, y dispuso también el embargo de los bienes raíces del sindicado (fs. 20, cuad. 1º).

Perfeccionado el informativo, el Juzgado Superior de Pamplona declaró cerrada la investigación y dio traslado al señor Agente del Ministerio Público (fs. 131 ibídem).

En su vista fiscal fue de concepto que existían elementos suficientes para llamar a responder en juicio criminal al sindicado por el delito

de homicidio agravado, de conformidad con el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal (fs. 132 a 139 ibídem).

El Juzgado del conocimiento, en extensa providencia, en donde hizo un análisis de todos los elementos de juicio aportados al proceso, así como de las circunstancias todas que habían confluído en la comisión del delito, descartó la premeditación, aduciendo como fundamento para ello el siguiente razonamiento: "Por lo que hace a la modalidad del hecho, si bien es cierto que en autos consta la enemistad entre víctima y victimario, y datos de que el procesado había hecho manifestaciones de venganza, con todo no están plenamente comprobados los motivos innobles o bajos ni el designio antelado o resolución previa por parte del acusado para cometer el delito y por ello no puede considerarse que el homicidio fue cometido con premeditación".

Con todo, estimó el Juez que se estaba en presencia de un delito contra la vida y la integridad personal en el que "existen" circunstancias específicas que lo elevan a la categoría de asesinato, tales como la insidia y la alevosía". (Fs. 140 a 154 del cuad. 1º).

Interpuesto el recurso de apelación contra el auto de proceder, fue desatado con una extensa y fundamentada providencia por el Tribunal Superior de Pamplona, Sala Penal, en la que después de dilucidar los distintos aspectos del caso en orden a la prueba y especialmente el que ofrecía la decisión del Juez *a-quo* referente a la premeditación, y de pormenorizado estudio de la materia, concluyó que el proceso arrojaba todos y cada uno de los elementos que integran la insidia, como los medios escogidos por el delincuente fingiendo amistad a su víctima para eliminarla con mayor facilidad, pero que "los motivos innobles o bajos fueron incuestionablemente los determinantes del delito y la causa generadora del mismo fue la más antisocial e innoble de las pasiones humanas, la venganza. Por este aspecto habrá de modificarse el enjuiciamiento apelado, para elevar a asesinato el homicidio con fundamento en el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal".

"No se tuvo en cuenta —agrega el Tribunal— que precisamente, es condición inherente a la premeditación, la ponderada preparación del delito, lo que permite escoger los medios y circunstancias más favorables para su comisión. El premeditativo generalmente se vale de la insidia, la alevosía y la asechanza, como corolario forzoso de la reflexión antelada sobre los medios más propicios. Considerarlas por separado como causales autónomas en este *caso,* sería violar el clásico principio "non bis in idem". Estas razones, forzosamente, llevan a reformar por tal aspecto la providencia aludida, dejando, en claro, que se está exclusivamente frente a la causal segunda del artículo 363 del Código Penal, ya que los factores insidiosos son una manifestación más de la premeditación". (fs. 5 a 35 del cuad. 2º).

Reunido el Jurado para conocer del proceso dentro de los lineamientos que se habían fijado a la responsabilidad del sindicado en la providencia del Tribunal, le fueron sometidas las siguientes cuestiones:

"*Primera cuestión.* El acusado José E. Gómez Escalante es responsable SI o NO, conforme se analiza en el auto de proceder, de haber ocasionado la muerte de *Patrocinio Daza,* a consecuencia de las lesiones descritas en la diligencia de autopsia, visible a folio 6, hecho sucedido como a eso de las dos de la tarde del día 8 de junio de 1958, en el punto denominado la Calera, de la jurisdicción municipal de Mutiscua, y en la ejecución de ese hecho, procedió el acusado con el propósito de matar".

SI, fue la respuesta del Tribunal Popular, por unanimidad, en esta primera cuestión.

"*Segunda cuestión.* Al ejecutar el acusado José E. Gómez Escalante, el hecho a que se refiere la primera cuestión, obró con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

El Jurado se pronunció así: "OBRO CON PREMEDITACION SIN MOTIVOS INNOBLES O BAJOS", también por unanimidad. (Fs. 56 del cuad. 2º).

Las extensas exposiciones de la vista pública indican que hubo un amplio debate en el cual, tanto el Ministerio Público, como el defensor y el vocero del acusado, discriminaron el proceso por todos sus aspectos, tanto probatorios como jurídicos, con el resultado antes consignado por los veredictos. (Fs. 57 a 84 del cuad. 2º).

Con apoyo en estos dictó sentencia el Juez de primer grado e impuso al procesado la pena de doce años de presidio e incorporales anexas. (fs. 85 a 113 del cuad. 2º).

Conocida esta providencia por la Sala respectiva del Tribunal Superior de Pamplona, tanto por apelación como por consulta, en sentencia del 24 de septiembre de 1960, se pronunció confirmándola con la modificación de variar la pena en once años de presidio en lugar de doce que le impuso el Juez *a-quo,* dejando válidas las demás decisiones en aquella contenidas. (Fs. 13 a 33 del cuad. 3º).

El recurso de casación contra esta sentencia es el que decide ahora la Corte.

DEMANDA:

El señor abogado recurrente, en demanda de 32 fojas, impugna el fallo de segundo grado por las causales 4ª, 1ª y 3ª de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden. Los dos primeros capítulos del libelo los destina a hacer una narración de los hechos de acuerdo con los propósitos perseguidos por la defensa. El capítulo III lo destina a tratar lo relativo a la causal cuarta, con la cita del contenido legal de la misma, del artículo 1º del Código de Procedimiento Penal y el 26 de la Constitución. Sobre este punto formula tres cargos a la sentencia, en cada uno de los cuales ensaya la demostración que en sentir del recurrente establece la existencia de la nulidad supralegal invocada.

Sobre el primer cargo dice:

"Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal de Pamplona que condenó a José E. Gómez Escalante por quebrantamiento del artículo 3º, 29 del Código de las penas, 1º, 5º, 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal y artículo 44 de la Ley 153 de 1887".

Resume este primer motivo de impugnación así:

"Siendo que el Decreto 3347 de 1950 en su ordinal 6º suprimió la intervención del Jurado en los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía psíquica (sic). Por tal motivo el procedimiento allí previsto era más favorable al juzgamiento de José E. Gómez Escalante: tenemos que en su caso se quebrantó el artículo 3º del Código Penal, en armonía con los artículos 204 y 5º del Código de Procedimiento Penal y el artículo 44 de la Ley 153 de 1887".

Del segundo cargo dice:

"Impugno la sentencia que condenó a José E. Gómez Escalante con fundamento en lo dispuesto en el artículo 511 y 528 del Código de Procedimiento Penal, inciso tercero que exige del Tribunal Popular la más completa imparcialidad en el hecho, que por mandato de la ley están obligados a fallar".

Resume tal cargo así: "El veredicto del Jurado que juzgó a José E. Gómez Escalante quebrantó los artículos 511 y 528 del estatuto procesal penal, que obligan a los jueces de hecho, a guardar altura intelectual y absoluto alejamiento de las pasiones. Afirmo que como consecuencia de lo anterior, se incurrió en el juzgamiento de Gómez Escalante en una nulidad supralegal de las previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Como consecuencia de este cargo, plenamente demostrado, pido a la honorable Corte invalidar el fallo impugnado, a fin de que se convoque un nuevo Jurado que juzgue a mi defendido 'observando la plenitud de las formas propias del juicio', las que en el caso de autos fueron quebrantadas".

Con respecto al tercer cargo, expresa la demanda:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal que condenó a mi defendido, en razón de que en su juzgamiento se violaron elementales normas de derecho procesal penal, como las señaladas en los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal".

En el resumen del cargo afirma el libelo:

a) "No existe en el proceso la prueba testimonial directa que la ley exige para condenar, o sea la prueba plena y completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio (art. 203 del C. de P. P.).

b) "La sentencia recurrida es violatoria del artículo 204 que le prescribe al juzgador resolver toda duda a favor del procesado. En el caso de autos hay duda sobre la responsabilidad, lo que implica que no existe la prueba para dictar sentencia.

"La honorable Corte lo ha dicho en repetidas ocasiones que a los Jueces Populares no se les pregunta sobre los elementos de juicio de los cuales hayan adquirido el convencimiento, pero esto no quiere decir que la H. (sic) no pueda examinar el valor legal de las probanzas que hayan determinado el convencimiento de los juzgadores de hecho.

"En los anteriores términos dejo formulados los cargos contra la sentencia impugnada, en razón que el procedimiento seguido en el proceso contra Gómez Escalante no observa las garantías que la Constitución le conceden y que determinaron que en el proceso se generara una nulidad supralegal".

Destina el recurrente todo el capítulo IV de la demanda a sustentar la "causal segunda" de casación, que invoca en los siguientes términos: "La primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que dice: "hay lugar

a casación cuando la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma".

Al entrar la Corte a analizar este motivo de impugnación hará las consideraciones que crea adecuadas en orden a contestar el cargo, con las transcripciones que encuentre conducentes a esta misma finalidad.

En el capítulo V de la demanda el recurrente invoca la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal:

"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Cuando la Corte proceda a examinar esta causal, serán tenidos muy en cuenta los argumentos del recurrente para sustentarla.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un detenido y completo estudio de todos y cada uno de los argumentos en que basa el recurrente su impugnación, deteniéndose con elevado sentido jurídico en los diversos problemas que plantea la demanda en su plausible esfuerzo por conseguir las modificaciones que pretende en favor del procesado. Ese exhaustivo concepto, de valor indudable, lo tendrá en cuenta la Sala para la solución del caso.

El señor Procurador nombrado, termina su vista solicitando a la Corte que "en mérito de la réplica dada a todos y cada uno de los planteamientos hechos en la demanda para sustentar las causales cuarta, primera y tercera de casación", *no case* la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Para obrar con método dentro de la técnica del recurso, la Corte habrá de referirse, en primer término, a la causal cuarta alegada, pues aparte de que si esta prospera, ello mismo relevaría de entrar a fondo en el estudio de la sentencia recurrida, aquella misma técnica indica —y así lo hace la demanda— analizar primero dicha causal, para continuar con las demás en caso de que no prospere.

Como queda ya dicho, el recurrente cumpliendo estrictamente los mandatos técnicos del recurso extraordinario y con sujeción a ellos, anuncia primero los motivos de impugnación, luego trata de demostrarlos y por último hace un resumen del cargo para afianzar con mayor vigor su argumentación. Dentro de este orden de cosas, y comoquiera que ya antes se dejaron precisados los enunciados motivos y el resumen de ellos, para la mejor comprensión de las razones del recurrente, se hará la transcripción de ellas siempre que la motivación lo requiera.

I

Causal Cuarta. Nulidad del juicio por violación de normas constitucionales.

La demanda afirma, en primer término, que contra el procesado "se siguió un procedimiento en extremo desfavorable para sus intereses de sujeto pasivo de la acción penal". Este supuesto indica que el recurrente pretende invocar una nulidad supralegal con base en el artículo 26 de la Constitución, que cita textualmente, al mismo tiempo que se apoya en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal. De ahí que agregue: "Gómez Escalante tenía derecho a que su proceso se tramitara observando la plenitud de las formas propias de su juicio, por la cuerda de la ley más favorable a su situación jurídica".

Planteado de tal suerte el caso, entra a sostener la demanda que el fallo acusado quebrantó los artículos 3º y 29 del Código Penal, 1º, 5º, 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal y 44 de la Ley 153 de 1887.

El quebrantamiento del artículo 29 del Código Penal lo hace consistir el recurrente en que todo el caudal probatorio aportado al proceso establece "que Gómez Escalante cuando ingiere bebidas embriagantes, especialmente guarapo, sufre profundo descontrol de los frenos inhibitorios de su personalidad que lo tornan peligroso".

El procesado —agrega— "tenía derecho a que se practicara un detenido examen médico, para determinar los caracteres de su constitución y para determinar los efectos que las bebidas embriagantes han producido en su organismo. Pero nada de esto se hizo por olvido u omisión del instructor, del *a quo* y del Tribunal, con lo cual se violó el artículo 294 del estatuto procesal en sus ordinales 3º y 5º, que abligan al funcionario a inquirir los motivos determinantes que influyeron en la violación de la ley penal y las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado".

De aquí concluye que habida cuenta la grave anomalía psíquica que afectaba al procesado "tenía derecho a que el Juez ordenara practicar un examen psiquiátrico, antes de juzgarlo con la intervención del Jurado, puesto que si la prue-

ba pericial corrobora las afirmaciones de los testigos allegados al proceso, entonces el procedimiento a seguir en su juicio, hubiera sido el señalado en el Decreto 3347 de 1950, que suprimió la intervención del Jurado para el agente que haya cometido el delito en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal".

SE CONTESTA:

La alegación que precede es enteramente gratuita por parte del recurrente. Se dice lo anterior porque de los argumentos copiados, que forman toda la médula en las razones en que se apoya, podría desprenderse un cargo más bien contra la defensa que contra los funcionarios que intervinieron en el proceso, aparte de que la demanda se limita sobre el punto a hacer inculpaciones a dichos funcionarios, por lo que considera descuido u omisión, sin entrar a demostrar que efectivamente el incumplimiento de las normas que cita en apoyo de su pretensión, inciden directamente en la violación de la Constitución, como era su deber.

Lo que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, ordena al funcionario instructor que deberá practicar, en sus dos numerales 3º y 5º, es que los factores determinantes del delito y demás factores que influyen en la violación de la ley penal, lo mismo que las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, sean motivo de investigación.

No otra cosa fue lo que hizo el instructor del proceso. La misma demanda en las argumentaciones que le sirven de apoyo en las tesis que sustenta en esta parte de la impugnación, acepta que existe un abundante acervo probatorio sobre las condiciones en que actuaba el procesado y también sobre los motivos que pudieron influír en la comisión del ilícito, como la enemistad grave entre Daza y Gómez Escalante. Cita, en efecto, por lo menos doce testimonios, mediante los cuales pretende respaldar su afirmación de que el procesado obró en estado de grave anomalía psíquica, a causa del licor ingerido (guarapo), que cuando lo toma Gómez Escalante, lo torna en hombre belicoso, pendenciero y peligroso al decir de los mismos declarantes que el recurrente señala con sus nombres y la cita de sus respectivos folios en donde constan sus atestaciones.

No se colige, pues, que fuera culpa por negligencia u omisión del funcionario aportar lo que consideraba de su deber en lo tocante a la personalidad del procesado. Pero de esto a que la prueba recogida al efecto demostrara una anomalía psíquica, hay gran diferencia. Esta no puede establecerse sino mediante examen de peritos psiquiatras; y si en el proceso no se aportó esa prueba no puede atribuírse descuido al Juez de la causa, que no la consideró necesaria, pues lo que le concernía únicamente era apreciar si en el caso existía alguna anomalía de aquella índole, en cuyo evento debía estarse a lo dispuesto por el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal.

Hasta allí llegaban las facultades del funcionario. No más allá. En cambio, a la defensa sí le correspondía allegar aquella prueba, que en caso de no producirse, por rechazarla el Juez como inconducente, tal vez podría configurar la pretensión de los derechos de la defensa, lo que no ocurre en este proceso, porque a las partes no se les negó ni desconoció ninguna prerrogativa en orden a la defensa del procesado, y, además, era una potestad arbitraria del Juez, que de no ejercerla, por ello mismo habría la posibilidad a la parte interesada a que oportunamente lo hiciera. El descuido de las partes no puede generar nulidad constitucional, porque ningún derecho ni prerrogativa fue pretermitido ni desconocido en el uso de los medios de defensa, que sería lo que vendría a constituír tal nulidad, en caso de existir.

La jurisprudencia ha entendido siempre en estos particulares que no basta el dictámen de un médico, así sea este juramentado, para situar a un procesado en el plano de las medidas de seguridad, sustrayéndolo, por ello mismo, a las penas. Si esto se predica de un dictamen médico, al que es posible reconocer algunos conocimientos en esta materia, aún meramente empíricos, qué puede decirse del testimonio de gente ignorante, que a lo más sobre el particular solo podrían aportar el conocimiento objetivo, —por la experiencia de las varias oportunidades que tuvieron de observarlo—, que el procesado cuando ingiere bebidas embriagantes se torna en pendenciero y belicoso, dato éste el único a que les era dable referirse y que no alcanza a constituír ningún elemento de juicio para determinar mediante él que el agente de un delito sufre anomalía psíquica, porque el alcohol trastorna su personalidad. Si así fuere, en todo ilícito cometido en estado de ebriedad habría que ordenar de oficio el dictamen médico, cosa que en parte alguna dispone la ley. Otra cosa es que la parte interesada solicite dicho examen, que cuando es conducente, el Juez tiene facultad legal para decretarlo y así obrar dentro del proceso como prueba legalmente producida, para que de conformidad con el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, pueda ser valorada y produzca efectos jurídicos al tiempo de

dictar sentencia o si es el caso sirva para que el Jurado la estime dentro del libre arbitrio de sus determinaciones.

Dice el artículo 256, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal que no es admisible la prueba pericial para establecer, entre otras cosas, que la disposición señala, las condiciones psíquicas del procesado, independientes de causas patológicas. Por consiguiente, para esta clase de causas, sí resulta admisible aquella prueba; pero entonces debe estar sometida a las condiciones que determina el mismo artículo en el inciso primero, para producirse, pues de otra manera a nada conduciría y la condición principal para que tal categoría de prueba se produzca en un caso dado, es que "la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinada ciencia o arte".

Si la ley es severa al exigir determinadas condiciones para la misma prueba pericial, aún en el caso de que las condiciones psíquicas del procesado obedezcan a causas patológicas, no se ve cómo la simple prueba testimonial pueda tomarse como pretexto para alegar pretermisión de normas constitucionales cuando el Juez por gozar de amplio arbitrio, no juzgó necesario el examen psiquiátrico del procesado, sin duda porque la sola embriaguez, así convierta al que la padece en sujeto peligroso, no es causa bastante para deducir de allí que obró en estado de grave anomalía psíquica.

Comparte la Corte en este punto el razonamiento del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Pero, por otra parte, sucede (y ello hace aún más desacertada e inconducente la alegación hecha, e infundado el cargo que conlleva) que en ningún momento de la actuación procesal, la defensa reclamó del Juez del conocimiento que procediera a ordenar un examen psiquiátrico del procesado, con el pretexto de que algunos testigos de autos hablan de que Gómez Escalante es peligroso 'para la vida de los demás cuando está tomado', o manifiesta que cuando se embriaga le gusta 'formarle la pelea a cualquiera' o 'echar tiros', etc., etc.

"Y si no pidió tal clase de probanza, a lo mejor fue porque la consideró con razón inconducente o impertinente, pues no se justifica que porque se diga de un sujeto que cuando está borracho, busca camorras y constituye un peligro para la vida de sus semejantes, pueda pretenderse que los psiquiatras conceptúen que el mismo sujeto padece de una grave anomalía psíquica. Y si se aceptara tal pretensión, la consecuencia sería la desnaturalización de la norma constituída en el artículo 29 del Código Penal, con la consiguiente desviación del objetivo científico perseguido por la misma norma, ya que todo ebrio intemperante, colérico y pendenciero que como tal se portara al dar muerte o al herir al prójimo, habría que considerarle psíquicamente anormal y no como individuo de gran peligrosidad pero sano de mente que por matar o herir merece la imposición de una pena, para cuya graduación debe tenerse en cuenta la circunstancia consistente en haber obrado en estado de embriaguez voluntaria.

"Lo expuesto por este Despacho es más que suficiente para concluír que el cargo analizado carece de fundamento.

"No tenía por qué seguirse en el presente asunto el procedimiento señalado por el citado Decreto 3347 de 1950. El Juez del conocimiento no descubrió en el procesado indicio alguno de grave anomalía psíquica que justificara la observación de este último por parte de facultativos. Vio simplemente en Gómez Escalante, un individuo de constitución emotiva y de temperamento pendenciero, que se acentúa la una y se agudiza el otro al ingerir bebidas embriagantes el acusado. La propia defensa tampoco hizo hallazgo alguno durante la actuación procesal, precisamente porque se abstuvo de pedir un examen psiquátrico de su representado".

Todo lo anterior lleva a concluír que la intervención del Jurado en este juicio era indispensable, por cuanto no correspondía sujetarlo al trámite establecido en el Decreto 3347 de 1950, ya que por no dar aplicación a éste no se pretermitió ningún derecho de la defensa que incida en nulidad, sino que por el contrario, al seguirse el procedimiento común, fueron cumplidas de manera completa las formas del juicio a que se sometió el homicida Gómez Escalante.

Por ello mismo, ninguna violación se hizo patente en las normas legales que cita el actor en el libelo de demanda.

II

Desde un ángulo distinto enfoca la demanda un segundo cargo contra la sentencia, con base también en la causal cuarta y para sustentar la nulidad supralegal por este otro aspecto invoca la violación de lo dispuesto en los artículos 511 y 528 del Código de Procedimiento Penal.

Las voces de la demanda son del tenor siguiente para fundamentar el cargo:

"Durante las Audiencias Públicas invocadas para juzgar a José E. Gómez Escalante, uno de

los integrantes del Tribunal del Pueblo se transformó en un polemista con los señores voceros y defensor, demostrando con su insólita actitud, marcada parcialidad en el debate, animosidad contra el procesado, y una completa falta de respeto por el puesto de altísima serenidad, de alejamiento absoluto de las pasiones y de los intereses de las partes, que expresamente consagra nuestro estatuto Procesal Penal...".

"En las actas de audiencia visibles a folios 74 del 2º cuaderno, aparece lo siguiente: Interviene el Jurado Carrillo. '¿Por qué si el procesado tenía enemigos entraba a la casa?'.

"Esta pregunta hecha por uno de los Jueces de conciencia, antes de que el señor Juez de derecho lo invitara a que se instalaran en sesión secreta, y mucho menos sin haber concluído los debates, determina que el ánimo del citado Jurado, mostraba notoria animadversión contra los intereses del procesado. Al leer cuidadosamente tal frase, no puede menos de sorprenderse el suscrito apoderado, que en un debate donde se juzga la suerte de un hombre, se escuchen frases como la anteriormente transcrita, precisamente de labios de uno de los Jurados, que por razón de la altísima misión de que están investidos no pueden dejar traslucir ciertos preconceptos que demuestran sin lugar a duda, cuál será el resultado que le espera al procesado. Como atinadamente sostuvo el señor defensor, parecía que el jurado se hubiera pasado al banco de la acusación. Que una pregunta de tal naturaleza, se haga desde el banco del Ministerio Público, o de la acusación particular, es aceptable, pero hecha desde el banco de altísima serenidad e imparcialidad como es el de los Jueces de hecho, es francamente inadmisible...".

"...Cualquier intervención que tengan las partes que intervengan en el debate, una vez pasada la oportunidad para hacerlo, tiene que ser con la venia del Juez de la causa, y de autos no aparece la comprobación que éste le haya concedido. Además las frases del Jurado Carrillo, no eran preguntas dirigidas a esclarecer determinados hechos, sino exteriorización de sus personales ideas —antes de la deliberación previa— de lo cual sacamos en conclusión que antes de terminarse el debate, en la mente del citado Juez de hecho, ya estaba dejando traslucir su animosidad contra el procesado.

"Las frases pronunciadas por el Jurado Carrillo constituyen una censura personal y directa a la conducta del procesado, y un proceder censurable, ya que con esto colocaba al procesado en situación embarazosa ante los demás jueces de conciencia y ante los espectadores que concurrieron a la vista pública...".

Estos mismos argumentos de la demanda habían sido propuestos por la defensa en las instancias, y a tal punto fueron inveteradamente presentados que la sentencia del Tribunal hace sobre ellos una extensa motivación, de la cual se transcriben los principales apartes, especialmente aquellos en que es más exacta y precisa la dialéctica de esa Corporación:

"De la atenta y detenida lectura de los extensos debates orales consignados apenas sintéticamente en el acta respectiva, como es apenas obvio, se concluye que las preguntas de los señores jurados surgieron solamente al final de la intervención del señor defensor. Estas preguntas estuvieron formuladas por los señores Aristides Leal y Facundo Carrillo, en la forma siguiente:

"El jurado Aristides Leal, pregunta al procesado: '¿cómo cargaba usted la cuchilla, en la pretina o en qué parte? C. En la pretina. El jurado Aristides Leal, pregunta al sindicado: ¿quién agredió primero, él o usted? C. El procesado: él, porque yo le dije que venía a que nos amistáramos. El jurado Aristides Leal: ¿usted agredió a la víctima sentado o de pie? No me acuerdo...".

"Pregunta el jurado Carrillo: El hecho se sucedió afuera o adentro de la casa? Señor defensor fue en la parte del patio...". Interviene el Jurado Carrillo: ¿Por qué si el procesado tenía enemigos entra a la casa? Señor vocero: porque el objeto de la visita era la amistad. El jurado Carrillo pregunta al procesado: ¿Usted iba armado ese día? Contestó el procesado: Sí. Interviene el defensor: todo campesino en Colombia anda armado.

. . . . . .

Interviene el jurado Carrillo: ¿si fue que el sacerdote mandó a que fuera a reconciliarse, por qué no fue usted cuando estaba bueno y sano? Respondió el señor defensor: el párroco no lo mandó a que fuera, él apenas se limitó a hablar en el sermón...".

"En primer término —continúa el Tribunal— debe advertirse que los interrogantes están permitidos tanto a las partes como a los señores jurados de conciencia, precisamente para que en esa forma se diluciden muchos puntos oscuros o dudosos de los procesos. Ello a más de una facultad legal, se ha convertido en

una norma consuetudinaria y después de los interrogatorios que formula el Juez de la causa, al principio de la audiencia, faculta expresamente para ello a las partes y a los jurados.

"Dice el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal:

"Terminada la lectura (del auto de proceder), el juez interrogará al procesado y luego concederá a las partes, en el mismo orden señalado en el artículo 460, el derecho de formular al procesado, a los testigos y a los peritos, las preguntas que a bien tuvieren".

"Ello en virtud de la amplitud que debe tener el juicio oral y para que los jurados, que deben fallar en estricta conciencia, con íntima convicción moral, tengan a mano el mayor acopio de elementos de juicio para poder cumplir adecuadamente su misión. Precisamente, el interés que demuestra un jurado de conciencia, por medio de preguntas que crea conducentes y procedentes, permite a la defensa aclararle muchas dudas, que de quedar insolubles, pueden determinar un fallo condenatorio. En el caso presente, ese interés de los jueces populares, fue inclusive elogiado por la defensa y permitió que el señor vocero hiciera una segunda intervención, para tratar de despejar las dudas que abrigaban los jurados sobre ciertos aspectos del proceso. Con vista en las mismas actas se tiene lo siguiente:

'*Segunda intervención del señor vocero.* Folio 81. Al terminar su intervención el señor defensor, el señor Juez le concede por segunda vez la palabra al señor vocero, quien expresa:

'Contrariando mi costumbre de no hacer uso de la palabra sino una sola vez, me veo precisado a hacerlo. Una nueva incidencia me da esa oportunidad; la sagacidad e inteligencia de uno de los jueces de hecho que está próximo a fallar este caso, al hacer varias preguntas importantes...

" 'Después de explicar esas dudas continúa la vocería:

'Creo que no son más las dudas. ¿Dónde están los elementos objetivos que corroboran la aseveración del procesado? El nos ha mostrado aquí la ruana, el saco y la cartera con perforación. No fuimos nosotros los que pedimos esas pruebas, fuisteis vosotros señores miembros del Jurado, que con su inteligencia y sagacidad os llevó a que se trajera esta prueba excepcional, que resultó la más desconcertante prueba de inocencia. Nosotros estamos convencidos de la inocencia del procesado y estamos previstos, pero vosotros en un afán de que todo fuera aclarado en cumplimiento de un alto deber, los llevó a que esta prueba que la investigación no se preocupó de recoger, fuera presentada hoy y por eso.....

Interviene el jurado Carrillo y dice: "El jurado no está compuesto de juristas para que se nos ofenda, creemos que merecemos algún respeto".

Señor Vocero: Lo trato con respeto, *lo estoy elogiando en grado máximo* en aras del cumplimiento de su deber (subraya el Tribunal).

Jurado Carrillo: "Si lo interpreté mal, le ruego que me excuse".

Señor Vocero: "He hecho un merecido elogio del Jurado, vosotros hicisteis posible que esas pruebas fueran presentadas. En toda intervención por hábil que se haga, siempre se alcanza a ver la luz de la verdad. Esta noche la sagacidad del Jurado, no se diga que el Jurado lo hizo con algún acuerdo previo, *sino en su* (sic) *cumplimiento de su deber,* hizo posible traer la prueba en forma que consideró prudencial...". (Subraya el Tribunal).

"Por su parte el señor defensor, *en su segunda intervención,* dijo:

'Sé que el doctor Oscar Verjel Pacheco no lo animó sino el deseo de sacarlos de la duda, honorables miembros del Jurado, no tuvo ni siquiera un mínimum para ofenderlos. La explicación de vuestras preguntas era necesaria y razonada...

Los felicito señores del Jurado por las pruebas que habéis pedido que ni siquiera a nosotros se nos había ocurrido ni menos a la justicia...".

"Con la simple lectura de los párrafos correspondientes, la Sala llega al convencimiento de que tanto la actitud de los señores Jurados al formular algunas preguntas, como la de los defensores al responderlas en la forma más adecuada y racional que juzgaron conveniente, no deja entrever gravedad, irregularidad notable y menos el fundamento para solicitar en ello, la nulidad constitucional que se estudia. La misma defensa y la vocería como se vio, elogió al Jurado en los debates orales, por su interés, sagacidad y deseo de acertar, lo que dejaba según ellos, entrever un alto sentido del deber y les permitió traer pruebas importantes y dar explicaciones eficientes para fundamentar su defensa. Así lo constatan las mismas actas, con la transcripción textual de lo pertinente.

"Por parte alguna advierte la Sala que esa actitud fuera indicativa de un prejuzgamiento que conllevara acaso un prevaricato. Por otro aspecto, si se tiene en cuenta el veredicto, se comprende que éste fue dado por unanimidad y no hay prueba alguna, como no podría haberla, de que el jurado Carrillo fuera precisamente quien influyera en el ánimo de los restantes miembros, personas conocidas y ecuánimes, cuya solvencia moral la Sala no está en condiciones de poner en duda. Por otro aspecto, la segunda parte del veredicto, como se verá más adelante, negó la circunstancia de asesinato que gravitaba en el auto de proceder sobre el sindicado, está demostrado que no fue precisamente ese deseo hostil al sindicado que alega el señor defensor en esta instancia, lo que lo determinó a hacer menos onerosa la responsabilidad del encausado, porque en esa forma le resta a la pena no menos de seis años, para dejar el homicidio convertido en simplemente voluntario. Si la condenación hubiera sido plena, de acuerdo con el auto de proceder, quizá quedara la duda meramente subjetiva de la actitud deliberadamente hostil de un jurado compuesto por individuos de honorabilidad reconocida.

"Por último, no está por demás advertir, que en casos comprobados en que un jurado de conciencia, viola flagrantemente los mandatos de imparcialidad que establece la ley, ello en caso de ser comprobado, rosa los lindes del delito —prevaricato— pero no entraña tan injusta e inmoral actitud, el desconocimiento de las garantías procesales que el poder público ampara en los juicios, y por ende no puede deducirse de ese hecho una nulidad constitucional".

Pero aunque todos estos aspectos del problema tienen su importancia y de allí la transcripción casi total que se ha visto obligada a hacer la Corte, hay otro todavía más fundamental, como que incide ya directamente en si la intervención de que se acusa a un miembro del Jurado durante el desarrollo de la vista pública, constituye una violación de tal índole en los fueros de la defensa que la garantía constitucional de ser juzgado el reo con la plenitud propia de las formas del juicio penal, resulta desconocida y esto mismo conlleve a la nulidad supralegal que ese hecho comporta.

Dicha nulidad no tendría distinto fundamento que el derivado de la trasgresión del artículo 26 de la Carta Fundamental, es decir el quebrantamiento de una norma de superior jerarquía, como es la Constitución. Esto porque en este texto resultan condensados en su integridad jurídica los fundamentos esenciales del proceso penal, tanto en lo concerniente a las leyes sustantivas que definen los delitos, como el Tribunal que tiene competencia para juzgarlos y a las ritualidades a que están sometidos los juicios, cuyo cumplimiento es inexorable.

Las normas que regulan el proceso penal no son otra cosa que solemnidades que la misma ley prescribe para hacer efectivos los derechos. Por ello plenamente, como lo quiere la Ley de Leyes, se cumple con tal mandato si la totalidad de esas normas se manifiesta en determinado proceso. En cambio, no puede decirse que la plenitud de tales normas se efectuó cuando se pretermiten formalidades que son sustanciales, a fin de que los derechos a ellas inherentes tengan virtualidad bastante para hacerlos valer en el proceso a objeto de que corresponda a los objetivos de esas prescripciones. Pueden éstas ser inoperantes por efectos de la legislación o por omisiones o errores de los propios jueces encargados de cumplirlas, para evitar lo cual, precisamente, el canon constitucional señala una garantía, que cuando se quebranta obliga a restituír el derecho desconocido, invalidando lo hecho con la carga de una nulidad supralegal, no empece que en la normación de las nulidades legales, taxativas como son, nada se hubiera legislado sobre lo que constituye la informalidad procesal de que se acusa la actuación, que desconoció o pretermitió una prerrogativa de la parte agraviada con ese proceder.

"Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No; para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la comisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de la parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (G. J. Tomo LXXXIII, página 310).

A la luz de esta doctrina es fácil ver que la intervención del Jurado Carrillo, tan hábilmente criticada por la defensa, hasta servirle para fundamentar una nulidad supralegal por supuesta violación de los fueros de la defensa, por la parcialidad de uno de los miembros del tribunal popular, no puede dársele el extremo alcance que reclama la demanda. La circunstancia de que un Jurado interrogue en la vista

pública, no implica que tenga una actitud preconcebida ni prejuicio alguno contra el reo. Es apenas la inquietud racional de un ser inteligente y libre que quiere tener el mayor acervo de elementos para comprometer su responsabilidad moral en un veredicto en materia penal, que como pocos exige un alto margen de comprensión, de honestidad, y, sobre todo, una conciencia libre de preconceptos e ideas preconcebidas.

Las mismas preguntas del Jurado, estudiadas con criterio sereno, no significan actitud contra los intereses del reo ni la defensa. Esta agotó los epítetos laudatorios para referirse a la intervención de los miembros del Jurado que hicieron uso de una facultad legal para interrogar al reo durante la audiencia, no importa el momento de hacerlo, porque esto es objetivo; lo sustancial es que hagan uso de esa prerrogativa con el propósito, que tiene que presumirse, de buscar por todos los medios disponibles la manera de formarse un criterio adecuado sobre la responsabilidad del sujeto y el grado de la misma. Bien estudiada la pregunta del jurado Carrillo se comprende que en la búsqueda en conciencia de la premeditación con que obrara el procesado, que le fue deducida en el juicio, el interrogante tenía pertinencia para despejar las dudas que el caso planteaba.

No puede, pues, decirse que hubo quebrantamiento de los fueros de la defensa, ni que faltó imparcialidad al Tribunal de conciencia para proferir el veredicto condenatorio contra el acusado. Tal proceder "ni desquicia el procedimiento ni afecta los derechos y garantías del acusado en el ejercicio de su defensa. Mientras el concepto u opinión del Jurado permanezca en los planos de la inteligencia, mientras ella no sea expresada oralmente o por escrito, nadie puede saber cuál es el verdadero alcance de esa opinión, ni mucho menos afirmar que ese concepto del dominio intelectual, sin expresión externa, sea violatorio de la ley o de la Constitución". (G. J. ibidem).

A propósito de esto, ha dicho la Corte:

"Si en la celebración del juicio se observan las formalidades de los artículos 471, 528, 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el Jurado, es indudable que en esos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la ley a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que realiza un miembro del Jurado, conlleva una responsabilidad personal pero no es un cercenamiento de las garantías constitucionales". (G. J., Tomo LIX. pág. 1021).

Cita el señor Procurador otra doctrina de la Corte, con idéntico criterio de la anterior:

"La violación personal que los jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que impone la ley, *no implica el desconocimiento de las garantías procesales* que el poder público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto por la ley, como norma que debe guiar la conducta de los jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de prevaricato, al tenor del artículo 529 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero ese mismo hecho —violación personal de un mandato legal— no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si ese hecho tuviera fuerza para generar una nulidad constitucional, también debería erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del Código citado...". (Sentencia 19 de junio 1953, LXXV, 456).

Por todo lo antes dicho, resulta necesario concluír que este segundo cargo de nulidad tampoco puede prosperar.

III

Ya en síntesis hecha con anterioridad sobre la demanda, se expresó en cuáles razonamientos apoya el recurrente este tercer motivo de impugnación. Basta recordar que cita los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, pues es rotunda la afirmación que hace de que "se violaron elementales normas de derecho procesal penal, como las señaladas en aquellos artículos".

Este tercer cargo, que debe atribuírse, como lo hace el señor Fiscal, al "porfiado y plausible empeño de demostrar que el juicio criminal seguido a José E. Gómez Escalante está viciado de nulidad", es todavía más improcedente. De admitirse argumentación de tal índole tendría que haberse desechado lo tantas veces reiterado por la Corte, en el sentido de no permitir examen ninguno de la prueba en los procesos en que interviene el Jurado. Ello desnaturalizaría la razón de ser de los jueces de conciencia y convertiría a la Corte en Tribunal de instancia, contra la técnica del recurso de casación.

Además, por la puerta excusada de una causal de nulidad, así sea esta constitucional, según las voces de lá demanda en este punto, se

llegaría al extremo de confundir la causal cuarta con la segunda, produciendo el efecto de anular el proceso porque determinados elementos probatorios no fueron valorados, o se les dio, como dice el libelo, "una interpretación demasiado drástica a las normas procedimentales tomadas como base para fundamentar la condena proferida contra mi defendido", afirmación esta que incide directamente sobre la causal segunda y nada tiene que ver con la nulidad supralegal alegada. Esto sin duda alguna involucra de tal modo los motivos de impugnación previstos en la ley, que no puede admitirse, porque ello sería tanto como desvertebrar la naturaleza de las causales, suponiendo la existencia de dos para unos mismos efectos.

La cita que la demanda hace de una sentencia de la Corte, proferida en el recurso de casación de Miguel Mendoza y Jacinto Torres, por los delitos de homicidio y robo (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXXIX, número 2002 a 2006, páginas 627 y ss.), en nada modifica lo dicho, porque del epígrafe mismo de tal sentencia, en donde enuncia que se trata de temas como la nulidad constitucional, proceso inconcluso, interpretación del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, omisión de careos, negativa de pruebas en la audiencia o con ocasión de éstas, normas para sanear los procesos de omisiones y otras fallas, etc., etc., todos los cuales fueron ampliamente estudiados en ese fallo, y de una atenta lectura de éste, se desprende que el tema que dio lugar a tratar la nulidad, es completamente extraño al que presenta el proceso. Basta citar la parte final del fallo en cuestión para comprender la razón de lo afirmado. Dice:

"Esto, (el derecho de defensa) considerado por el Maestro Carrara como un derecho natural de la persona, no se satisface con fórmulas externas, sin proyecciones prácticas, como aceptar unos defensores de oficio, de dejarlos que hablen ante el Jurado, notificarles algunas providencias y recibirles los memoriales. Ello no es más que una mínima parte del ejercicio normal de aquel derecho, que, por su trascendencia se convierte en función de interés público. Nada eficaz podrían hacer los defensores con todo y su loable diligencia, si se apartaban de su alcance, con violencia de las leyes y aún de la simple equidad natural, los medios o instrumentos conducentes para llenar a cabalidad su función. Y la realidad es esa, contra la cual los defensores han clamado hasta ahora: NO SE PRACTICO NI UNA SOLA PRUEBA DE LAS QUE SOLICITARON ACUSADOS Y DEFENSORES. Ni siquiera las que la ley ordenaba practicar de oficio y *'con urgencia'*, o se omitieron, por encima de todo, o se denegaron persistentemente, a pesar de su clara procedencia. Y eso se llama, frente a la realidad, violación *sistemática* de los derechos de la persona en la especie de defensa contra imputaciones penales". (Las subrayas son del texto).

Basta la cita anterior para concluír que los casos son de todo punto distintos y que no guardan relación el uno con el otro. Ni de los autos aparece, ni la demanda lo demuestra, que al procesado se le haya negado medio alguno de defensa o que en este particular se hubieren conculcado las prerrogativas que la ley brinda para ello. Por el contrario, el debate fue amplio a todo lo largo del proceso y los defensores y el mismo vocero de la audiencia, gozaron de una libertad sin límites para servirse de todos los recursos que creyeron convenientes al logro de sus propósitos. Si estos no fueron los que buscaban, ello no implica nulidad, porque tal como fue propuesto este tercer punto parece entenderse que la nulidad consiste en que pese a todos los razonamientos que hizo la defensa, ya en la parte doctrinal, como en la probatoria, la condena del reo es nula porque no fueron admitidos ni aceptados.

Con razón el señor Procurador replica a este cargo:

"Y es impertinente la alusión, porque, en primer lugar, aquí no se trata de demostrar que sí era procedente practicar ciertas pruebas que durante la tramitación del proceso hubieran sido consideradas inconducentes por los instructores o falladores, cosa que sí ocurrió en el asunto a que se contrae el fallo de la honorable Corte mencionado por el actor. Y porque, en segundo término, nadie ha dicho que se confronta, con relación a lo actuado, una ausencia de determinadas pruebas que, como tal, hizo más difícil o precaria la defensa del acusado, y que, a su turno, es demostrativa de que no se observaron todas las formas propias del juicio".

Causal Primera. Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma.

Fundamenta este cargo el recurrente en el hecho de que el Tribunal dio una equivocada y errónea interpretación al artículo 37 del Código Penal, el que según la demanda aplicó "indebidamente para agravar la pena impuesta a mi defendido, lo que determina indebida aplicación de la ley penal sustantiva por este aspecto".

En este orden de ideas dice la demanda:

"El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 39 del Código Penal, al dosificar la pena impuesta, puesto que en el contenido procesal existen únicamente circunstancias de menor peligrosidad y ninguna de mayor peligrosidad, lo que implica que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 39 del Código Penal, que generó en (sic) indebida aplicación del artículo 37, en armonía con el 362 del Código Penal y le impuso once años de presidio a Gómez Escalante". Y continúa:

"*Garofalo* y *Ferri* afirman que el fenómeno de la premeditación puede ser agravante en unos casos y en otros no, llegando hasta ser atenuante.

"*Holtzendorff*: Concluye en su obra que la premeditación debe ser definitivamente suprimida de los Códigos como agravante y que se le debe reemplazar con el criterio de los motivos determinantes.

Ya antes había dicho la demanda:

"Al suprimir del Jurado los motivos antisociales, desvertebró la agravante de la premeditación, quedando el hecho delictuoso en un simple homicidio voluntario, que de acuerdo con la dosificación penal, le correspondía al procesado ocho años de presidio, teniendo en cuenta a su favor las circunstancias de menor peligrosidad contempladas en el artículo 38 del Código Penal, tales como el precario medio social en que vive el procesado, su ínfima ilustración, la completa ausencia de antecedentes judiciales, y las demás previstas en los ordinales 1º, 3º, 5º, 11 y 12 del artículo 38 del Código Penal. Las anteriores circunstancias fueron desconocidas por el Tribunal al dosificar la pena impuesta al procesado, teniendo derecho a ellas por mandato imperioso de la ley. Tamaño desconocimiento genera indebida aplicación de la ley penal sustantiva por errónea interpretación de los textos legales, especialmente el artículo 362 de la misma obra, que fue los que el Tribunal aplicó indebidamente, siendo de imperiosa aplicación el artículo 38 de la misma obra.

"En la sentencia recurrida se afirma la agravante de la premeditación, y se dice que ella tiene vida propia y no necesita para su existencia legal los motivos antisociales que expresamente exige nuestro Código...".

Concluye el recurrente recabando que "la única interpretación que se le debe dar al caso de autos, es invalidar la sentencia recurrida y dictar la que deba reemplazarla, conforme lo dispone el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

REPLICA LA CORTE:

El problema que se suscita en los anteriores términos no viene a ser otra cosa que el planteamiento de la siguiente cuestión: Podía el Juez en el caso de autos, negados por el Jurado unánime y expresamente los motivos determinantes del homicidio, concretados en el cuestionario, en donde de manera categórica se le interrogó sobre si al ejecutar el hecho el agente había obrado "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos", respondiendo el Juri que "obró con premeditación", al mismo tiempo que descartaba dichos motivos determinantes, podía el fallador, se repite, producido de tal suerte el veredicto tomar esta respuesta como fundamento para darle el contenido de una circunstancia de mayor peligrosidad?

Dicho de otra manera, desechada la agravante específica del asesinato, por obra de la decisión de los jueces populares, dentro del arbitrio legal para efectos de la dosimetría penal, el Juez, de conformidad con el artículo 36 del Código, está facultado para moverse con relativa elasticidad, entre los máximos y los mínimos que señala la ley penal, en este caso el artículo 362, aplicable necesariamente en virtud de la respuesta rotundamente afirmativa al primer cuestionario.

La demanda lo niega, pero la Corte considera el problema en forma diferente y dará las razones jurídicas en que se apoya.

El Código Penal colombiano en el numeral 2º del artículo 363 eleva a la categoría de asesinato el homicidio que se comete mediando la circunstancia de la premeditación, siempre, eso sí, que ésta esté acompañada de motivos innobles o bajos. Juegan, pues, importancia capital tales motivos para dar al delito la calidad máxima de los comprendidos dentro de la denominación genérica de homicidio, para otorgarles fisonomía de asesinato.

Esta modalidad nueva, que cambia totalmente la tradición jurídica del país y que no ha dejado de merecer críticas, pues en el Código Penal de 1890 para elevar el homicidio a la categoría de asesinato solo se requería la premeditación, o mejor no existía la figura del asesinato sino acompañada de esa circunstancia, expresamente reconocida al calificar el proceso, fue objeto de profundo y detenido estudio en el seno de la Comisión redactora del estatuto penal vigente, en el cual se dejó claramente establecido que los motivos determinantes juegan papel importantísimo para colocar el homicidio en el grado de mayor dolo dándole carácter de cali-

ficado y hacen parte integrante del fenómeno de la premeditación, no pudiendo existir ésta sin que también resulten comprobados los móviles innobles o bajos con que obra el agente al ejecutar el delito.

Se dijo en el seno de la Comisión, precisamente por el doctor Parmenio Cárdenas:

"En la fórmula que presenté ayer comprendí todos los casos que revelan la mayor perversidad por parte del homicida y que por exigir el máximo de penalidad deben corresponder al delito de asesinato. En esa situación entiendo que el delito de asesinato no solo está caracterizado por las circunstancias de ejecución, sino también por otras distintas que he enumerado en mi fórmula. *Sostengo que uno de los casos de asesinato debe ser aquel que se comete con premeditación acompañada de móviles bajos,* porque es esa una situación que se presenta con mucha frecuencia en Colombia despertando gran alarma social. Como tuve ocasión de manifestarlo en sesión pasada, *la sola concurrencia de la premeditación no puede ser suficiente para darle el valor de una circunstancia específica de agravación,* tal como hoy sucede en nuestro Código Penal vigente, es decir, una circunstancia modificadora que reprime severamente el homicidio premeditado. Acepto también que hay casos en que la premeditación puede ser hasta indiferente y aún puede llegar hasta constituír una circunstancia atenuante; pero hay casos en que la premeditación, cuando va acompañada de un motivo bajo o antisocial, revela una gran peligrosidad que debe merecer una calificación especial en el Código Penal". (Subraya la Corte. "Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal". Tomo II, pág. 171).

La redacción del numeral 2º del artículo 363 no deja duda alguna de que este criterio fue estructurado en el estatuto penal vigente. Por lo mismo, está también claro que el Código siguió las orientaciones de la doctrina Holtzendorff, pero la cita que hace la demanda es incompleta y no interpreta el pensamiento de aquel eminente autor.

De esta doctrina dice el doctor Jorge Eliécer Gaitán en su famoso tratado sobre el "Criterio positivo de la Premeditación":

"Sin embargo, existe una segunda tendencia que la niega totalmente como agravante y sostiene que entre homicidio simplemente voluntario y premeditado no debe existir diferencia, *sino que se debe fijar la atención en el mayor o menor carácter anti-social del motivo para los fines de la pena".* (No subraya el texto).

"Sintéticamente; —continúa el doctor Gaitán— los argumentos en que se apoya dicha teoría, según Holtzendorff, que es su sostenedor más ilustre, son estos: No hay razón para que se establezca como agravante la premeditación en el homicidio, y no en otros delitos como el robo, la falsedad, etc. La premeditación es inconveniente porque aporta un nuevo motivo diferencial al homicidio, muy difícil de apreciar exactamente, y, por tanto, muy apropiado para que el número de errores sea más probable y numeroso. Además es absurdo que las leyes que establecen graduaciones respecto del homicidio no premeditado, no lo establezcan respecto al homicidio premeditado.

"Y en fin, el hecho de que un hombre premedite o no premedite su delito, se debe no a una mayor o menor perversidad, sino a una cualidad constitucional. Por tanto, se debe tener en cuenta, para la graduación, solamente los motivos sociales o antisociales".

Y concluye el doctor Gaitán:

"Por consiguiente, consideramos errada la teoría de Holtzendorff, porque pretende rechazar, basándose en un hecho verdadero pero incompleto, la existencia jurídica de la premeditación. *Por lo demás, consideramos que dicho autor aportó a la ciencia el único criterio de medida, como son los motivos determinantes".* (Subraya la Corte).

"No se puede negar que en igualdad de circunstancias será la premeditación el mejor y más alto índice ponderativo para revelarnos la *peligrosidad del individuo".* (La subraya es del texto. Obra citada, páginas 36 y 40, "ENSAYOS JURIDICOS". Vol. I).

Ahora bien, como el Código Penal, en el numeral 5º del artículo 37 estatuye la circunstancia de mayor peligrosidad, consistente en "la preparación ponderada del delito" y esta se tuvo en cuenta en el caso de autos para la dosimetría penal, y elevar así la sanción por esta circunstancia y por otras, equilibrándolas con las de menor peligrosidad que el delito y las condiciones de su ejecución comporta, a once años de presidio, las tesis de la demanda en este punto tienen que rechazarse, porque de conformidad con los términos mismos del veredicto, no se negó la premeditación con la que obrara el agente, sino que se quitó al delito la fisonomía de asesinato que se le diera en la providencia calificadora del Tribunal, al desconocer el jurado la existencia de los motivos determinantes, o sea, que estos fueran innobles o bajos.

Puede decirse entonces que al dejar vigente el veredicto el hecho premeditativo, aceptó al mismo tiempo que hubo preparación ponderada del delito en el obrar del agente. Como solo el Juez está facultado por la ley, en el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, para la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito como en el caso no lo son, según el propio veredicto, bien podía hacer uso de esta atribución para señalar la penalidad dentro del margen prescrito en el artículo 36 del Código Penal, en el que se hace también especial referencia a los motivos determinantes, como queriendo subrayar la ley que de no valorarlos como elementos constitutivos o modificadores del ilícito conforme al texto del artículo 37, puede y debe el fallador tenerlos en cuenta para agravar o atenuar la pena, según sea mayor o menor la peligrosidad.

La premeditación en un caso así se confunde con la preparación ponderada del delito, y viene a ser entonces la premeditación circunstancial, que vale tanto para los fines de la pena como una circunstancia de mayor peligrosidad dentro de los términos del artículo 37, numeral 5º.

Mutatis mutandis ocurre algo semejante al tenor del artículo 34 del Código Penal, cuando se produce una prescripción de reincidencia, porque han transcurrido diez años después del primer delito que da lugar a ella. Entonces la ley autoriza de manera expresa, como también lo hace con otras circunstancias, v. gr. con la 6ª, 7ª y 8ª del artículo 37 ibidem, considerarlas como circunstancias de mayor peligrosidad. Así se desprende de los textos que consagran cada una de las indicadas. Ello porque el delito es índice revelador de una personalidad con tendencia peligrosa y un código fundamentado en este precepto, en el de la personalidad del delincuente y los motivos determinantes, no puede descuidar esta consideración esencial, porque ese criterio fue el escogido por el legislador para la medida de la penalidad, dentro de los postulados de la llamada individualización de la pena.

Recoge la Corte en este punto las consideraciones que sirvieron al Tribunal de instancia para así decidirlo:

"Fácilmente se comprende que la intención unánime de los Jueces del pueblo, fue condenar al acusado, reconociendo su responsabilidad en el homicidio cuestionado, pero exonerándolo del cargo de agravación de asesinato, constituído por la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos. Efectivamente, esa circunstancia fue amplia y detenidamente estudiada en la providencia de esta Sala que modificó el auto de proceder recurrido, y en virtud de ello, se preguntó al jurado sobre su existencia procesal. Como de todos es sabido, la causal aludida requiere para su existencia jurídica, la comprobación de los dos factores que la integran de acuerdo con la tesis ecléctica de Zanardelli, actualizada en el Código Penal vigente: el factor tiempo y los motivos innobles o móviles antisociales. Faltando uno de ellos, la causal estudiada desaparece para quedar convertida en circunstancia de mayor peligrosidad, equivalente a la 'preparación ponderada del delito'.

"Como los jueces populares, predicaron y reconocieron la premeditación pero negando al mismo tiempo los motivos innobles y bajos, quiere ello significar que desapareció jurídicamente la causal de asesinato, para dar lugar a la integración de la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el artículo 37 del Código Penal, numeral 5º".

Y agrega más adelante el Tribunal:

"Negados por el Jurado los móviles antisociales, desapareció la premeditación como factor de agravación de la pena por concepto del asesinato, pero subsistió con todos sus demás elementos integrantes, o sea lo que se denomina preparación ponderada del delito, lo cual también incluye la escogencia adecuada de los medios, como la insidia, la alevosía, la asechanza. Estando estos factores ya incluídos en la preparación ponderada del homicidio, no puede jurídicamente tenerse en cuenta como integrantes de una nueva circunstancia de mayor peligrosidad".

Por su parte el señor Procurador dice lo siguiente que la Sala acoge:

"Por lo demás, el homicidio simplemente voluntario, en razón del cual fue condenado el acusado, no se opone a que se predique de él que fue preparado con ponderación, pues únicamente la antisociabilidad de los motivos cuando califica la premeditación del homicidio, aumenta la intensidad del dolo de propósito o la cantidad volitiva del delito, agravando, de consiguiente, la imputación del culpable.

"En fin de fines se tiene que no fue erróneamente interpretado el artículo 362 del Código Penal al aplicarse como se aplicó en concordancia con el 37 de la misma obra.

"Tampoco fue violado el artículo 39 del Código Penal, pues siendo así que mediaba como circunstancia de mayor peligrosidad, la preparación ponderada del delito, ello impedía la aplicación de la sanción principal en su grado mínimo. Obró, pues, el sentenciador conforme a la equidad y a la ley cuando al tener en cuenta los límites máximo y mínimo señalados en el artículo 362 de la Ley 95 de 1936, le impuso al acusado una pena de once años de presidio, es decir, inferior a la aplicada por el *a quo*".

No hubo, pues, indebida aplicación de la pena. El fallador tiene facultad legal para acomodarla a los hechos y a las condiciones del delincuente, según queda ya dicho; y tal como en el caso procedió, no acusa violación de la ley penal sustantiva que incida en la causal primera. Por consiguiente esta no puede prosperar.

Causal tercera. "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Respecto de los cargos que el recurrente hace a la sentencia con base en esta causal, el señor Procurador Delegado hace las siguientes observaciones:

"Afirmar que no existe consonancia entre el auto de proceder y la sentencia acusada, por el solo hecho de que en aquel no se formuló como cargo contra el acusado Gómez E., la circunstancia consistente en la preparación ponderada del homicidio, que sí se adujo en el fallo, es, en el caso que se estudia, tan improcedente como sostener que media también falta de conformidad entre el veredicto que 'desvertebró la premeditación' y la sentencia que admitió como circunstancia de mayor peligrosidad la preparación ponderada de la muerte ocasionada a Patrocinio Daza.

"Ahora bien: si se ha podido demostrar cómo no es cierto que exista discrepancia o antinomia entre la decisión del Juri y la decisión del Tribunal de instancia; si, a su vez, se ha puesto de manifiesto que la sentencia del *ad quem*, no es más que traducción fiel del veredicto, entonces forzosamente se tiene que aceptar que las mismas razones que descartan toda discrepancia y evidencian una fiel traducción del pensamiento del Jurado, sirven para negar que medie desacuerdo entre el auto encausatorio y el fallo acusado. Probado lo más, probado lo menos".

En apoyo de estos argumentos, el señor Procurador Delegado cita, entre otras, la siguiente doctrina de la Corte respecto de la causal tercera de casación penal:

"El numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal enumera dos motivos por los cuales se puede impugnar una sentencia en casación: el primero hace referencia al hecho de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y el segundo comprende aquellos casos en que la sentencia se halle o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"El primer motivo no ofrece dificultad alguna en cuanto a su aplicación cuando la sentencia impugnada es de aquellas en las cuales no interviene el Jurado, porque en esos juicios, que se denominan de puro derecho, tanto el auto de proceder, como la respectiva sentencia que concreta la responsabilidad, se dictan por el Juez Municipal, de Circuito o Superior —según el caso— es decir, que tanto los hechos como la responsabilidad que por ellos se pueda deducir son calificados por el Juez de derecho, sin que su decisión en cuanto a estos factores (hechos y responsabilidad) se halle intervenida por ninguna entidad.

"Pero no ocurre lo mismo en los juicios en que interviene el Jurado. En estos, el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado, es el tribunal popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma". (Casación, 16 de febrero de 1949, G. J., LXV, 444; 17 de julio de 1951, LXX, 116).

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, *no casa* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta, mediante la cual condenó a José E. Gómez Escalante a la pena principal de once (11) años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Patrocinio Daza Lizcano.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO

El recurso de casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege el fallo de segundo grado. Necesidad de que el demandante combata las bases y consideraciones jurídicas en las cuales se apoyó el Tribunal. Causal 2ª de casación. La Corte no puede llenar el vacío sobre cuestiones de hecho que el demandante está obligado a comprobar.

1º El recurso de casación es en extremo exigente. Porque en esencia —como lo ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades— él se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior. Esta característica fundamental del aludido recurso presupone, por tanto, la necesidad de que el demandante combata las bases y consideraciones jurídicas en las cuales se apoyó el Tribunal para aplicar una determinada norma de derecho positivo que se estima violada. Pero si a la Corte no se le ofrece por el impugnador ese indispensable material de estudio, ésta se halla ante la imposibilidad de decidir si en el caso sub-judice hubo o no un quebrantamiento de la ley. Por ello se ha dicho con toda propiedad y por esta Entidad que la sustentación es el recurso mismo y constituye la nota diferencial que lo separa de los otros medios comunes que operan en las instancias.

2º En cuanto se refiere a la causal segunda de casación, ella impone a quien la invoca la obligación de precisar con toda nitidez qué hechos se apreciaron o interpretaron equivocadamente en la sentencia recurrida; explicar cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuye al fallo impugnado, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado; y expresar, finalmente, los fundamentos jurídicos de la objeción, citando además, como es obvio, las normas legales que se infringieron como consecuencia de la errada apreciación de los hechos.

La ausencia de la intención de matar o el sólo propósito de herir constituyen cuestiones de hecho que el demandante ha debido comprobar dentro de la causal segunda. No lo hizo así, como se ha visto. Y la Corte no puede llenar el vacío de la demanda en tan fundamental aspecto, porque, como tantas veces se ha repetido por la Sala, entre el recurso extraordinario de casación y una tercera instancia hay radicales diferencias.

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

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En proceso adelantado con sujeción a los trámites del Decreto 0012 de 1959 (junio 4), el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del 4 de mayo de mil novecientos sesenta, condenó a Bertha Helí Carbonell de Zamora a la pena principal de ocho años de presidio, más las accesorias pertinentes, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Lucila Peláez o Cardona, hecho ocurrido el día 30 de diciembre de 1959 en la vereda denominada "El Fierro", comprensión municipal de Anzoátegui. En la misma providencia se absolvió a Policarpa Laverde, a quien se le había recibido declaración sin juramento durante la investigación.

Apelado el fallo anterior por el defensor de la procesada Bertha Helí Carbonell de Zamora,

el Tribunal Superior del nombrado Distrito lo confirmó plenamente en sentencia del 14 de diciembre de 1960.

Contra esta última interpusieron el recurso extraordinario de casación la procesada y su defensor. Presentada en tiempo hábil la correspondiente demanda y agotado el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir sobre el mérito de la misma.

HECHOS

Están consignados en la sentencia recurrida de la siguiente manera:

"Lucila Peláez vivía en amancebamiento con Oliverio Zamora en la finca de 'El Cedral', de la vereda de El Fierro, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui. Por algún tiempo habitaron en la misma casa un sobrino de Oliverio, Epaminondas Zambrano o Zamora, con su esposa Bertha Carbonell, habiéndose trasladado, poco antes de los acontecimientos, a una casa distante de la anterior apenas una media cuadra. Algunas diferencias surgieron, y fue así como el 29 de diciembre del año próximo pasado, (1959, aclara la Corte) en su propia casa y ausente su compañero, Lucía (sic) fue golpeada por sus vecinos después de discutir por motivo de un hurto de una tela de Policarpa Laverde que Bertha y Lucila se disputaban recíprocamente. Volvieron a disputar al día siguiente y en esta ocasión Bertha, armada de un cuchillo, le propinó varias lesiones, una de enorme gravedad, a consecuencia de la cual murió casi instantáneamente".

Después de examinar las pruebas pertinentes del proceso, el Tribunal expone las siguientes consideraciones:

"El elemento material del delito de homicidio se encuentra establecido con la diligencia de levantamiento del cadáver (Fls. 3 a 4), con el acta de la necropsia (fl. 48) y con el registro civil de la defunción (fl. 35). De estas pruebas y del testimonio de las personas que la vieron disfrutando de buena salud en la misma fecha de autos, se tiene la certeza de que Lucila Peláez Cardona falleció a consecuencia de unas heridas causadas con arma corto-punzante.

"En cuanto a la responsabilidad, no cabe la menor duda de que recae exclusivamente sobre Bertha Helí Carbonell de Zamora, de acuerdo con las probanzas que han quedado examinadas en los resultados de esta providencia. La propia sindicada reconoce haber sido la autora de las lesiones que ocasionaron la muerte de la Peláez, sólo que en sus descargos ha tratado de acreditar que se vio comprometida en un lance provocado por la occisa, en el cual tuvo que ejercer el derecho de defensa.

"El testimonio de Policarpa Laverde, como bien lo apunta el Ministerio Público es concluyente para descartar la situación de legítima defensa. 'Vi que Lucila levantaba sus brazos y manos en alto, como aparando los golpes que la otra le tiraba y pude ver perfectamente que Lucila estaba sangrada sobre el pecho', es lo que afirma esta testigo, que por las relaciones de familia ningún interés tenía para mentir o desfigurar la verdad. En esas condiciones, ninguno de los elementos estructurales de la defensa justa se presentan. Porque no atravesaba ningún peligro para su vida, ya que la misma Bertha reconoce que en el instante en que usó el cuchillo, su víctima la cogía por el cabello sin esgrimir arma alguna.

"Reiteradamente la Corte ha sostenido que la defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa, no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió.

"Tampoco puede decirse que Bertha obrara en una situación de riña imprevista, porque ya está visto que había expresado su disposición de zanjar las diferencias existentes por medios violentos, luego al presentarse al lugar donde su adversaria se encontraba, sabía que era muy posible cualquier altercado. Con el ánimo así dispuesto, pues lo prudente hubiera sido que evitara ese encuentro, mas no lo hizo así, sino que buscó y lo propició y además aceptó el combate, si es que en verdad éste tuvo lugar. Al caso de autos viene como de molde esta otra doctrina de la Corte Suprema de Justicia:

'La riña solo alcanza el carácter de circunstancia modificadora del hecho delictuoso cuando asume nítidamente los caracteres de imprevista. Y asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse. En estas condiciones no será imprevista para quien verbalmente o por vías de hecho la suscitare o para quien habiendo podido evitarlo racionalmente incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda. Por eso al jurado debe exigirse gran claridad en su respuesta, y a las partes corresponde durante las audiencias ilustrarlo sobre la importancia y

consecuencias de su presunta declaración para que el fallo se acomode a la realidad'. (Cas. 28 marzo 1947, LXIII, 150)''.

LA DEMANDA

El demandante pretende impugnar el fallo recurrido con invocación de las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden. Para sustentar la primera de las causales invocadas se limita a afirmar que el Tribunal incurrió en errada apreciación de los hechos, ya que estimó plenamente demostrados los elementos constitutivos del delito que se atribuye a la procesada, no obstante que ésta manifiesta haber herido sin intención de matar. Y sin ningún análisis probatorio considera, sin demostrarlo, que la figura delictiva del caso de autos no puede ser la que estructura el artículo 362 del Código Penal, sino la del homicidio ultraintencional prevista en el artículo 365 ibídem. A lo cual agrega: ''Pero digo que hay errada interpretación de los hechos porqué testigos hay en este expediente que desde una distancia considerable vieron a las contrincantes que reñían, y si su dicho merece credibilidad para condenar por homicidio voluntario, como ha ocurrido en este proceso, lógico es deducir que se trata de una riña imprevista cuya sanción no es la establecida en el artículo 362 que se ha aplicado a mi poderdante, sino la establecida en el 384 ibídem... a todo lo cual se suma el estado de ira e intenso dolor con que procedió la incriminada''.

A continuación critica al Tribunal por haberse apoyado en el testimonio del menor Gregorio Ariza para formar su convicción con respecto al propósito homicida de la procesada. Este testigo manifiesta que el día anterior a los hechos de autos oyó decir a Bertha Carbonell de Zamora ''que si Lucila la seguía molestando le pegaba una puñalada''. Estima el demandante que la declaración de Ariza es deleznable, por provenir de un menor. Y en el propósito de respaldar su aserto cita la siguiente opinión de Gorphe: ''El niño, hasta cierta edad, no concede importancia a la verdad por sí misma. ¿Por qué decir la verdad y no lo falso? Sólo nosotros, los adultos, lo comprendemos. Pero él no distingue aún claramente entre la ficción y la realidad, entre su pensamiento y las cosas, o no se aplica de buena voluntad a esta distinción, y juega tanto con uno como con el otro de estos dos términos''.

Para apreciar la impertinencia de la cita anterior, cabe observar de una vez que el deponente Ariza era, en el momento de rendir testimonio, un joven de diez y siete años, como quedó consignado en la respectiva diligencia, visible a folios 20 y 20 vuelto, cuaderno 1º del informativo. Por lo demás, los hechos sobre los cuales declara están expuestos con coherencia y claridad.

Considera luego el demandante, al pretender demostrar la causal primera, que hubo indebida aplicación del artículo 362 del Código Penal y del Decreto número 0012 de 1959. Confusamente afirma que dentro de la enumeración taxativa que de los delitos sometidos al trámite del mencionado Decreto no se halla comprendido el homicidio que se le atribuye a su poderdante. Este aserto lo apoya en la repetición de que la incriminada no tuvo el propósito de matar, sino a lo sumo la intención de herir, duda ante la cual debe absolvérsele, conforme al mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal. De este planteamiento concluye el impugnador que ''Bertha Helí Carbonell de Zamora ha sido condenada por un procedimiento indebido con violación manifiesta del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia...''.

Termina su escrito expresando que ''Por las anteriores consideraciones y los fundamentos que contienen'', solicita a la Corte ''se sirva casar la sentencia recurrida''.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que la demanda ha sido formulada con absoluta falta de técnica; que las causales invocadas han quedado huérfanas de toda demostración, y que, en consecuencia, es este uno de los casos en que procede dar aplicación al artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, declarando desierto el recurso propuesto.

Antes, al referirse el señor Agente del Ministerio Público a la causal 2ª de casación, formula las siguientes apreciaciones, cuya pertinencia es manifiesta:

''Pues bien: en el caso *sub-judice* el recurrente apenas se ha dedicado a producir afirmaciones sobre algunos aspectos probatorios que, si bien inciden sobre los elementos constitutivos del delito o son modificadores de la responsabilidad de la autora de la infracción investigada, no ha comprobado. Ni siquiera ha señalado cuáles hechos concretamente fueron erróneamente apreciados por parte del Tribunal *ad quem*, ni me-

nos ha demostrado la razón que le asiste para consignar tal aserto. Tampoco ha señalado las disposiciones que considera infringidas a causa de la apreciación equivocada de los hechos. *Decir* que en este proceso no ha sido comprobada plenamente la intención de matar por parte de Bertha Helí Carbonell de Zamora, o que se está en presencia de un homicidio preterintencional o que el homicidio fue cometido en las circunstancias de una riña imprevista o habiendo obrado la procesada en estado de ira o de intenso dolor a causa de una grave e injusta provocación, *no es lo mismo que probar* tan importantes cuestiones que inciden sobre la prosperidad de la causal segunda de casación. Los cargos han sido enunciados, no probados.

"No existiendo cargos propiamente tales contra el fallo recurrido, es obvio que la causal segunda de casación no puede prosperar. Así lo estima esta Procuraduría".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de casación es en extremo exigente. Porque en esencia —como lo ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades— él se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege al fallo de segundo grado proferido por un Tribunal Superior. Esta característica fundamental del aludido recurso presupone, por tanto, la necesidad de que el demandante combata las bases y consideraciones jurídicas en las cuales se apoyó el Tribunal para aplicar una determinada norma de derecho positivo que se estima violada. Pero si a la Corte no se le ofrece por el impugnador ese indispensable material de estudio, ésta se halla ante la imposibilidad de decidir si en el caso sub-judice hubo o no un quebrantamiento de la ley. Por ello se ha dicho con toda propiedad por esta Entidad que la sustentación es el recurso mismo y constituye la nota diferencial que lo separa de los otros medios comunes que operan en las instancias.

Concretamente, en cuanto se refiere a la causal segunda de casación, ella impone a quien la invoca la obligación de precisar con toda nitidez qué hechos se apreciaron o interpretaron equivocadamente en la sentencia recurrida; explicar cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó el fallo impugnado, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado; y expresar, finalmente, los fundamentos jurídicos de la objeción, citando además, como es obvio, las normas legales que se infringieron como consecuencia de la errada apreciación de los hechos.

Ha sido éste el constante criterio de la Corte, como lo recuerda en el presente caso el señor Procurador:

"Si se acusa una sentencia del Tribunal, con base en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe puntualizar los hechos a los cuales el fallador les atribuye un valor que no tienen o les niega el que en realidad tenían; o demostrar aquéllos que no se les valoró en la sentencia, a pesar de estar acreditados en el proceso, o determinar la contradicción deducida de los mismos, siempre y cuando que esos hechos sean pruebas de convicción para determinar los elementos constitutivos del delito o sirvan para probar circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad.

"La estimación 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 que parte de los tribunales". (Entre otras, sentencias de: 28 de marzo, 1946, LX, 267; 17 de junio, 1952, LXXII, 622; 18 de julio, 1952, LXXII, 704; 10 de febrero, 1953, LXXIV, 211; 17 de marzo, 1953, LXXIV, 458; 16 de junio, 1953, LXXV, 445; 11 de agosto, 1953, LXXVI, 133; 16 de octubre, 1953, LXXVI, 680; 21 de mayo de 1956, LXXXII, 644).

La ausencia de la intención de matar o el sólo propósito de herir constituyen cuestiones de hecho que el demandante ha debido comprobar dentro de la causal segunda. No lo hizo así, como se ha visto. Y la Corte no puede llenar el vacío de la demanda en tan fundamental aspecto, porque, como tantas veces se ha repetido por esta Sala, entre el recurso extraordinario de casación y una tercera instancia existen radicales diferencias.

En sentencia del 9 de julio de 1956 prohijaba la Corte los siguientes jurídicos conceptos de la Procuraduría sobre el particular:

"En casación —se ha repetido continuamente— un cargo que no se demuestre es como si no existiera.

"Y la comprobación del cargo no puede consistir en simples afirmaciones, o referencias, o negativas de carácter general, sin puntualizar exactamente dónde estuvo el error; o por qué determinada prueba no se podía considerar; o en qué consistió la apreciación equivocada de

los hechos que llevaron al fallador a insistir en determinada circunstancia''. (G. J. LXXXIII, 295).

Fluye de las anteriores razones la conclusión de que la examinada causal segunda no prospera. Conclusión adversa comunicable a la primera, que en este caso está subordinada a la anterior.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO

Cuándo es pertinente la causal segunda de casación penal. Casos de alevosía. La alevosía implica un proceder insidioso del agente, con el cual busca aprovechar el estado de indefensión de la víctima, a fin de asegurarla sin riesgo para él. Ausencia de motivos determinantes en el hecho. Aplicación errónea del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. Causal 1ª de casación.

1. Para que sea pertinente la causal segunda de casación es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se compruebe que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen.

2. 'Lo fundamental del acometimiento alevoso —ha dicho la Corte— es que el agresor se dé cuenta de que la víctima está desprevenida y en la incapacidad de rechazar el mal que la amenaza, y sin embargo, la mate en esas condiciones'. (Cas. de 29 de marzo de 1949, G. J., t. LXV, Nros. 2070-2071, p. 769).

La alevosía implica un proceder insidioso del agente, con el cual busca, procura o aprovecha el estado de indefensión o despreocupación de la víctima, a fin de asegurarla sin riesgo para él.

3. El estado de embriaguez del reo; la ausencia de motivos de enemistad entre éste y su víctima que permitan pensar, siquiera, en la realización de una venganza; el hecho mismo de que el delito lo cometiera en presencia de varias personas, casi extrañas para el procesado, sin tomar en cuenta que ellas habrían de ser los testigos de cargo, impide que subjetivamente pueda atribuírse al reo la circunstancia agravante de la alevosía en el homicidio de que se le sindica.

Al apreciar el juzgador de derecho, como le corresponde dentro del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, la existencia de la alevosía en los hechos imputados al recurrente, aplicó erróneamente el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 30 de junio de 1960, por la cual confirma la de primera instancia del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, fechada el 5 de febrero del mismo año, en la que se condena a Urbano Silva Sierra a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Silvino Sánchez.

HECHOS:

Con respecto a los datos que arroja el informativo, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar la demanda de casación, hace la siguiente síntesis:

"Antecedentes. El 25 de junio de 1955, ante la Inspección Departamental de Policía de Santa Elena, en el municipio de Roncesvalles (Tolima) compareció el menor Angel María Sánchez con la finalidad de formular denuncio en materia criminal contra el señor Urbano Silva Sierra, y cuantos fueren responsables de la

muerte de su padre, Silvino Sánchez. El dicho menor, por entonces de doce años de edad, proporcionó a la justicia la siguiente versión sobre los hechos...:

"El 24 del mismo mes de junio del año predicho, en horas tempranas de la mañana, salió el menor Sánchez acompañado de su padre Silvino, de la casa de habitación del señor Pedro Marín, trayendo... dos cargas de maíz para la finca de propiedad de los Sánchez, denominada 'Los Arbolitos', situada en la fracción de 'Aguasclaras', del mismo corregimiento.

"A este lugar llegaron aproximadamente a las nueve de la mañana y se dedicaron a ocupaciones campesinas hasta la hora aproximada de las cuatro de la tarde, en que intentaron el regreso a la casa del señor Pedro Marín. En el punto denominado 'Los Sauces' se encontraron repentinamente con tres sujetos, que, a caballo, cursaban en dirección contraria a ellos. Entre tales personas, el menor Angel María Sánchez dice haber conocido a un sastre que trabajaba en Santa Elena, de nombre Urbano Silva. Este iba encabezando a los restantes y al pasar cerca al menor Sánchez y a su padre Silvino, se hizo hacia el lado de arriba del camino.

"Según el relato de Angel María, Urbano Silva les dio las buenas tardes, y tras este aparente gesto amistoso sacó de debajo de la ruana un revólver para dispararlo, como efectivamente lo hizo, sobre su víctima. Sus compañeros emprendieron la fuga, pudiendo darse cuenta Angel María que su padre, por encontrarse colocado en una eminencia del camino, al recibir el impacto del arma de fuego, se vino dando tumbos hasta quedar sobre el mismo camino, ya muerto.

"Apeándose de la cabalgadura, Angel María observó los movimientos del grupo de atacantes hasta cerciorarse de que llegaron a un alto, donde hicieron un descanso, dispararon un nuevo tiro que le hizo suponer que posiblemente iba dirigido contra él.

"Afirma el denunciante que Urbano Silva siguió con dirección a 'Palonegro' y que sus compañeros se orientaron hacia el lado de Santa Elena. Dice no haber observado que portaran armas los dos restantes compañeros de Silva, y proporciona sobre ellos alguna filiación y datos sobre su indumentaria, agregando que posiblemente estas tres personas venían de la casa de Elías Olaya, donde habían estado bebiendo, según versión que le diera un hijo de este sujeto.

"Desconoce razones de enemistad existentes entre su padre y Urbano Silva Sierra, y se reafirma en el hecho de que quien dio muerte a su padre fue, sin duda alguna, el dicho Silva, al tiempo que aclara que los dos compañeros de éste no dispararon contra su progenitor, ni le hicieron objeto de ningún ultraje.

"En la misma fecha, 25 de junio de 1955, la Inspección de Policía inició las diligencias convenientes para llevar a cabo la investigación sobre los hechos, y al efecto, produjo el levantamiento del cadáver de Silvino Sánchez, ante peritos nombrados para presenciarla, constatando, como signo de violencia, una herida en el omoplato del lado izquierdo, hecha, al parecer, con arma de fuego, y con orificio de salida en el pecho. Ningún otro signo de violencia presentaba la víctima. Constataron, asímismo, los peritos la presencia de huellas de rastros de bestias caballares en el lugar cercano al que se encontraba el cadáver.

"Por razones no claramente establecidas hasta este instante, el mismo 25 de junio compareció ante el Despacho de la Inspección, Luis Moreno Ortiz, rindiendo declaración de inquirir. Este sujeto acepta ante el funcionario que el día 24, a eso de las tres y media de la tarde, se encontraba en la casa de Elías Olaya acompañado de Oliverio Ortiz, Abrahán Cano y Urbano Silva, en cuya compañía siguieron el camino que va con dirección a Palonegro, encabezando la partida Urbano Silva, siguiéndole el indagado, luego Abrahán Cano y en seguida Oliverio Ortiz. Aclara Moreno Ortiz que pudo darse cuenta que Urbano Silva se encontró con Silvino Sánchez, cuando éste iba para los lados de Elías Olaya y que vio cuando Urbano Silva sacó el revólver y le hizo un disparo, acción ante la cual, asustado, apuró su caballo y pasó por un lado del hombre que había caído al suelo. Según su dicho, Silva, luego del disparo, salió en huída, desconociendo hacia dónde huyera y en vista de ello y de acuerdo con Oliverio Ortiz, decidieron venirse para Santa Elena, a poner denuncio sobre los hechos que les había tocado presenciar.

"Tampoco este sindicado oyó que se cruzaran palabras algunas entre la víctima y victimario, pero pudo percatarse de que cerca a Silvino Sánchez iba un jovencito arreando unas bestias. En cuanto a la conducta seguida por Abrahán Cano, dice que éste se devolvió nuevamente para la casa, y al solicitarle datos en que se hallara Urbano Silva, agrega que se encontraba en bastante estado de embriaguez con sus palabras textuales.

"Luis Moreno Ortiz, nada aclara en cuanto

a la presunta existencia de dos disparos, tal como el menor Sánchez lo hace constar en su denuncio; desconoce los motivos que tuviera Silva para dar muerte a Sánchez, y dice que no se atrevieron a detenerlo, por el temor de que los agrediera, especialmente por encontrarse él y sus compañeros desarmados.

"En indagatoria que obra al folio 9 del primer cuaderno, Oliverio Ortiz Sierra dice que oyó un disparo y que en el momento que tal cosa sucedió, vio que sus compañeros aligeraron las bestias, actitud que él imitó y que 'al pasar por donde había oído el disparo, vi que en el camino había un tipo tendido y parecía que estaba muerto'. Pone este sindicado en boca de Urbano Silva, luego de que éste disparó contra Sánchez, la frase de que éste le manifestó que se iba 'porque se había encausado', dicho lo cual se encaminó inmediatamente hasta un filo de la montaña y por ella continuó hacia abajo. Como conclusión de su información, Oliverio Ruiz (sic) afirma de manera rotunda: 'Yo si es el caso, puedo dar la gravedad del juramento de que el que dio la muerte a Silvino Sánchez, fue Urbano Silva'.

"La esposa de Sánchez, señora Cristina Torres, relata cómo ese 24 de junio llegó a su casa de habitación, a eso de las tres de la tarde, su hijo Angel María para contarle angustiado que su padre había sido muerto por Urbano Silva. En cuanto a enemistad existente entre víctima y victimario, reconoce la absoluta ausencia de ella, y, a la inversa, considera que entre ellos existía buen acuerdo y alguna amistad.

"Otras declaraciones, tales como las de Crístulo Peña, Cristóbal Silva, José Enrique Múnera Villegas, no hacen incidencia alguna sobre el caso, sino que se refieren a hechos absolutamente circunstanciales; por lo tanto no debe tenérseles especial consideración. Elías Olaya Herrán, sobre los hechos acaecidos el 24 de junio, afirma, en cuanto a los protagonistas presuntos, Luis Moreno, Oliverio Ortiz y Urbano Silva, que los dos primeros iban 'a medio palo', según su expresión, y el último, es decir, Urbano Silva, sí se encontraba en completo estado de beodez. Con estas personas, Olaya se encontró en la punta denominada 'La Palmera', entre las once y las doce del día, poco más o menos. Su declaración relieva el estado en que se encontraban los actores del insuceso, desde horas tempranas del día en que se diera muerte a Sánchez.

"Al rendir su indagatoria Urbano Silva Sierra, diligencia que se produjo en Ibagué el 18 de mayo de 1959, vale decir, varios años después de acaecido el suceso, y como consecuencia de su captura efectuada por la Policía en el municipio de Carmen de Carupa (Cundinamarca), manifestó lo siguiente: 'El 24 de junio de 1955 salió hacia Santa Elena, acompañado por Luis Moreno y Oliverio Ortiz. Tras haber estado en un sitio denominado 'La Tolda', donde existía un retén de Policía, prosiguieron hasta la casa de Elías Olaya, con el objeto de asistir a una fiesta, y al salir a un plan, son sus palabras, Abrahán Cano, persona con quien se había encontrado en 'El Triunfo' y que se sumara a su grupo, yendo adelante a caballo, se encontró con un señor que iba a pie, y tan pronto lo vio, sacó el revólver y le pegó un tiro, y el hombre cayó y Abrahán siguió adelante, y Moreno, Oliverio Ortiz y yo seguimos detrás de él...'. Según su versión...", agrega el señor Procurador..., "fueron amenazados por Cano en el sentido de que si algo contaban sobre los sucesos, los mataba o les mandaba matar. Los hechos acaecieron a eso de las tres de la tarde, y para él fue desconocido todo motivo que indujera a Cano a abalear a Silvino Sánchez. Afirma que sus compañeros Luis Moreno, Oliverio Ortiz y el niño que iba con la persona que fuera muerta, presenciaron que el autor del crimen fuera Abrahán Cano. En cuanto a su desaparición del lugar, a partir del 24 de junio, la explica simplemente por miedo de que le pegaran, le bañaran, como habían hecho con sus compañeros por el simple motivo de ser presenciales del desventurado hecho.

"Es interesante destacar...", anota el Ministerio Público..., "que ante el Despacho de la Inspección de Policía de Santa Elena Abrahán Cano había rendido declaración instructiva el 6 de julio de 1955, días después de la muerte de Silvino Sánchez. Para el 24 de junio dice haberse encontrado en su casa de habitación en 'El Triunfo', sitio de donde salió para la de Elías Olaya, acompañado de algunos agentes de la Policía, y donde a eso de las cuatro de la tarde llegaron Oliverio Ortiz, Luis Moreno y Urbano Silva. Anota cómo Ortiz y Moreno iban un poco pasmados del licor, pero Urbano sí se encontraba en bastante estado de embriaguez. Acepta que luego tomaron hacia el lado de 'Palonegro', acompañados ya por él, que se dirigía a la casa de Francisco Betancourt, y que durante este trayecto se encontraron con Silvino Sánchez, quien iba para los lados de las mesetas, acompañado de un muchachito de unos doce años y llevando dos bestias, una mular y una caballar. El grupo, según Cano, iba encabezado

por Urbano Silva, que se lés adelantaba en una distancia aproximada de seis varas, le seguía Luis Moreno, en seguida Oliverio Ortiz y finalmente se encontraba Cano. Vio cuando Urbano Silva Sierra disparó el revólver contra Silvino Sánchez, y afirma que en seguida de este hecho, Silva y los otros siguieron adelante, volviéndose él hacia el retén de Policía, para dar cuenta a la autoridad. En cuanto a los disparos de revólver, posteriores al que diera muerte a Sánchez, dice haber escuchado tres más.

"Debe destacarse el final de su declaración, en la que se expresa de la siguiente manera: 'Sí, lo sostengo y lo afirmo ante cualquier autoridad, que el que le dio muerte a Silvino Sánchez fue Urbano Silva Sierra'."

TRAMITE PROCESAL:

El Juzgado 1º Superior de Ibagué, con aplicación del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959 y de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal, impuso al procesado Urbano Silva Sierra la pena de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Silvino Sánchez.

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la sentencia de 30 de junio de 1960, objeto del recurso, en la cual se hacen las siguientes consideraciones:

"...Es responsable del mencionado delito Urbano Silva Sierra, al tenor de las indagatorias de Oliverio Ortiz Sierra, Luis Moreno Ortiz y Abrahán Cano, y de las declaraciones de Angel María Sánchez Torres, Cristina Torres v. de Sánchez, Cristóbal Silva y Libardo Guerrero. Son de tener en cuenta especialmente las declaraciones de los acompañantes de Silva y del menor hijo del occiso. Todos coinciden en afirmar que inopinadamente Silva le hizo un disparo a Silvino Sánchez, después de haberlo saludado y cuando la víctima se había hecho a la vera del camino, para darle paso.

"El señor juez del conocimiento dice que el homicidio cometido en la persona de Sánchez tiene características de asesinato, porque aquél se encontraba en total estado de indefensión e inferioridad. No lo dice expresamente el juez, pero puede entenderse que quiso afirmar que Silva obró con alevosía. Tesis que tiene su respaldo doctrinario en el tratadista Luis Carlos Pérez, quien afirma que el acometimiento rápido e inopinado, no precedido de disputa, es un caso de alevosía.

"No puede olvidarse que Urbano Silva, de acuerdo con las declaraciones de los testigos, se encontraba en avanzado estado de embriaguez cuando cometió el ilícito, cuestión ésta que complica el caso, pues se debe aclarar previamente si la embriaguez voluntaria no preordenada a la comisión de un ilícito, se compadece con la alevosía. En otra ocasión dijo la Sala que la embriaguez no preordenada, es inconciliable con la premeditación. De tal manera que si en la alevosía concurre como condición *sine qua non* la premeditación, la tesis del *a quo* no puede aceptarse. Pero evidentemente, la alevosía, a diferencia de la asechanza, no requiere la meditación previa, pues para que ésta se configure solamente se requiere la intención de aprovechar el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho, sin peligro para él. Así las cosas, el dolo consistente en el aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad e indefensión de la víctima, puede ser repentino o concomitante con el acto, como en el caso de autos.

"Comoquiera que quien delinque estando embriagado responde de su delito como si estuviera en el pleno goce de sus facultades mentales, y que aquélla no es una atenuante de la responsabilidad, sino una mera circunstancia de menor peligrosidad, no se puede afirmar que sea incompatible con la alevosía.

"La pena estuvo bien deducida, pues en realidad no hay circunstancias de mayor peligrosidad y sí de menor, como la embriaguez voluntaria y la buena conducta anterior...".

Antes, indica el Tribunal que "Silva, en su indagatoria, afirmó que el autor del disparo mortal fue su compañero de viaje Abrahán Cano, pero esta inculpación, como lo dice el honorable Tribunal de Gracia, no está exenta de malicia, si se considera que Cano dejó de existir en el corregimiento de Playa Rica, del municipio de San Antonio, el día 30 de mayo de 1958, y Urbano Silva rindió indagatoria el 18 de mayo del año próximo pasado. Es decir, que Silva colocó como autor del ilícito, a quien no estaba en condiciones de contradecir".

El Tribunal Superior de Ibagué, asimismo, confirmó la absolución de los procesados Oliverio Ortiz Sierra y Luis Moreno Ortiz y la cesación del procedimiento seguido contra Abrahán Cano Porras, por haber fallecido.

DEMANDA DE CASACION:

El doctor Agustín Gómez Prada, en representación de Urbano Silva Sierra, expresa en la demanda de casación que acusa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, con base en las causales 2ª, 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden, la primera como principal y las otras dos como subsidiarias, así:

"*Causal segunda*. Por errada interpretación de los hechos o pruebas en que el Tribunal funda la responsabilidad del acusado, en la sentencia se les atribuyó un valor probatorio que no tienen y, en cambio, se les negó el que sí tienen a aquellos hechos o pruebas que acreditan la inocencia del acusado, siendo ellos, como lo son, elementos constitutivos del delito y determinantes de la responsabilidad y de las sanciones los primeros y eximentes de las mismas los segundos.

"*Causal primera*: en subsidio de la causal anterior, alego que la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, puesto que al acusado se le condenó por homicidio con la denominación de asesinato, no estando demostrada la circunstancia constitutiva del mismo.

"*Causal tercera*: en subsidio de la causal anterior, alego que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de detención, equivalente al auto de proceder en los procesos fallados de acuerdo con el Decreto número 12 de 1959.

"Basado en cualquiera de estas causales, solicito...", dice el demandante..., "la invalidación del fallo acusado para que en su lugar dicte la Corte el que deba reemplazarlo, como lo ordena el ordinal 1º del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

El examen de los cargos que el recurrente hace a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, ya citada, habrá de hacerlo la Sala más adelante.

CONCEPTO
DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un detenido estudio de los fundamentos de la demanda de casación, (fs. 31 a 61), solicita que se deseche el recurso.

A las razones del impugnante, responde, así, el Ministerio Público:

"*Causal segunda*:... Se responde:

"Cuatro años después de la muerte de Sánchez era capturado Urbano Silva Sierra, persona sobre la cual recayeron todas las incriminaciones desde el instante mismo en que se iniciara la investigación. Debe decirse que Silva al ultimar a Sánchez procedió a desaparecer con toda rapidez de la región, mejor, que lo hizo minutos después del homicidio, por sentirse, tal como lo manifestaran sus compañeros 'encausado'."

Anota el señor Procurador que "desde el 25 de junio de 1955 se libraron comunicados telegráficos a las autoridades de la República ordenando la captura de Urbano Silva, y, solamente, de acuerdo con la constancia que existe en el expediente, pudo ésta llevarse a efecto el 13 de mayo de 1959, cuando por oficio especial expedido por la Secretaría del Juzgado 1º Superior de Ibagué se solicitó al Alcalde de Carmen de Carupa (Cundinamarca). Con alguna anterioridad la Inspección Departamental de Policía de Santa Elena pidió al Comandante del puesto militar del mismo lugar le informara sobre los resultados de la orden de captura que oportunamente se había librado. El Comandante del puesto respondió manifestando que a pesar de las gestiones que se habían hecho desde el 25 de junio, no había sido cumplida, por no hallarse dicho sujeto dentro del corregimiento e ignorarse en forma total su posible paradero.

"Este informe lleva fecha 22 de agosto de 1955.

"En su diligencia de indagatoria, Silva afirma que desde ese día no volvió a su finca, por haber sabido que se habían producido las capturas de Ortiz y de Moreno y que a estos sujetos los habían bañado y les habían pegado, cosa que a él le infundió pánico. Fecha más tarde, su familia fue trasladada a Bogotá por su hermano Virgilio Silva, estando él ya con anterioridad viviendo en esta ciudad. Dice que pudo darse cuenta de que el revólver con que matara Cano a Sánchez era de cachas blancas, pero ignora su calibre. Que estando ya en Bogotá, por informe de sus padres, se enteró de que Cano había matado a otro muchacho, en lugar cercano a Santa Elena. Estas cartas no las conserva. No está seguro de haber conocido a Silvino Sánchez, pero manifiesta que Cano le dio muerte por ser este el nombre que le diera su señora, en una visita que alguna vez le hiciera en Bogotá.

"Se establece, pues, con toda claridad dentro de esta diligencia de indagatoria que el sindicado mantuvo permanentes relaciones y vinculaciones con todos sus familiares durante el tiempo en que se exilió de Santa Elena. El mismo así lo acepta. Sobre este supuesto, no podía ser ignorado de su parte el hecho para él importantísimo de la muerte de Abrahán Cano Porras, acontecida el 30 de mayo de 1958, cerca de un año antes de su captura. No hay malevolencia ni suspicacia en el pensar del Tribunal, cuando esta Corporación afirma que al colocar Silva como autor del ilícito a Cano, lo hacía porque estaba seguro de que Cano no estaba en condiciones de contradecir. Muy hábilmente aprovechó la circunstancia del deceso de su compañero el condenado Silva, hasta el extremo de explotarla en su propio provecho poniendo en su cabeza la autoría de la muerte de Sánchez: así, bien podía afirmar, como lo hizo en su indagatoria, que 'se lo puedo sostener a él a pesar de las amenazas que ese día nos hizo y estoy listo a jurar el cargo que le hago a Cano, como autor de esa muerte'. Y este es el mismo personaje que amedrentado por estas amenazas, abandonó su hogar y su patrimonio, por el espacio de largos años. Más aún, si tan tranquila tenía su conciencia, ¿por qué no se presentó con oportunidad a las autoridades que sabía le buscaban y expuso ante ellas, con toda amplitud, la inocencia que dice poseer?

"Las explicaciones dadas por Silva, son meros subterfugios, pueriles excusas, a las que no puede concedérseles más relieve del que la Corporación *ad quem* dio. Por lo demás, y siguiendo el pensamiento del demandante, Oliverio Ortiz, compañero de Silva y de Cano, vuelve a ampliar su declaración a los folios 57 del expediente, producida ya la captura de Silva Sierra, ordenada ya su detención preventiva. ¿Explica, acaso, este testigo que fuera Cano el autor de la muerte de Sánchez? No. Pero, en cambio, nuevamente se reafirma en su expresión inicial, de que Urbano Silva le dijo que se iba, porque él se había encausado.

"Es imprescindible considerar que las pruebas en que se fundó el Tribunal para acriminar la responsabilidad de Silva, son valederas y suficientes; que para el caso se llenaron ampliamente los requisitos del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, y que en el proceso obran legalmente producidas la plena prueba o completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

"Tampoco comparte este Despacho...", continúa el Ministerio Público..., "el criterio del señor impugnador de que dentro del caso *subjudice* se presenta duda, en cuanto atañe a la actividad del procesado. Ella no existe, por tanto no puede resolverse a su favor".

Causal primera. Con respecto a los cargos que, con invocación de esta causal, hace el demandante, observa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse:

"Basta recordar la manera como Silva Sierra realizó el ataque sorpresivo, sobre el desprevenido e indefenso Sánchez, cuando éste se hacía a un lado del camino para dejarlo pasar, para darse cuenta de que el acometimiento alevoso, de acuerdo con lo dicho por la Corte...", (jurisprudencia que previamente cita)...", "tuvo para el caso palmaria realización. El agresor Silva pudo darse cuenta, a pesar de su estado de embriaguez, de la incapacidad en que se encontraba Sánchez de rechazar toda amenaza letal, y así aprovechó esta situación para realizar el homicidio.

"No ve claros el Despacho los argumentos con que propicia el distinguido impugnador la existencia de esta causal, pero sí, es diáfano para él, el hecho de que el obrar del Tribunal fue ceñido a la más cabal, equitativa y justa aplicación de la ley. Si en crímenes como el actual no se desplaza el rigor de ella sin titubeos ni vacilaciones, los preceptos del Código serían meras alegorías de nula aplicabilidad.

"Esta Procuraduría considera que la causal 1ª, expuesta en la forma dicha, no ha sido demostrada.

Causal tercera. Con relación a los motivos por los cuales el demandante impugna, con cita de esta causal, la sentencia recurrida, el Ministerio Público anota lo siguiente:

"Afirma el recurrente que 'no habiendo contemplado el auto de detención ninguna circunstancia de asesinato en la parte motiva, que es donde debe expresarse el hecho con su determinación genérica, y, además con las circunstancias conocidas que lo especifiquen (art. 431, ord. 3º del C. de P. P.), no podía condenarse por homicidio con denominación de asesinato, porque había discordancia entre la providencia por la cual se formulan los cargos al acusado (que aquí es el auto de detención, según el artículo 5º del Decreto 012 de 1959) y la sentencia.

"Eso de que se trata de normas tendientes a procurar la rápida y eficaz administración de justicia en lo penal, como dice la leyenda que

encabeza el Decreto 012, no significa que los jueces se lleven de calle las garantías constitucionales que aseguran al acusado los medios eficaces de defenderse en juicio'.''

Observa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con este respecto, que ''serenamente estudiado este Decreto 012...'' de 1959... ''se llega a la conclusión de que no existe, dentro del procedimiento que consagra en forma especial, el auto de proceder, pero que, tampoco coloca en igualdad de circunstancias, ni hace análogo el de detención con este inexistente de vocación a juicio...''.

Transcribe, luego, algunas partes de la sentencia de esta Sala, de 28 de mayo de 1957, (G. J., t. LXXXV, Nros. 2181-2182, p. 209 a 213), en la cual se dice que dentro del procedimiento indicado en el Decreto 14 de 1955 no existe acto de enjuiciamiento, ni puede tenerse al que ordena la detención preventiva como equivalente de aquél.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Estudiados los cargos que el demandante hace a la sentencia recurrida, en el orden preferente que él señala al invocar las causales 2ª, 1ª y 3ª, previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, se tiene lo siguiente:

A. *Causal segunda de casación.*

Afirma el impugnante que el Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada, de una parte, ''le dio un valor que no tienen las indagatorias de Oliverio Ortiz Sierra, Luis Moreno Ortiz y Abrahán Cano, y a las declaraciones de Angel María Sánchez Torres, Cristina Torres v. de Sánchez, Cristóbal Silva, Libardo Guerrero y del menor Angel María Sánchez'', y, de otra, ''le desconoció el valor que sí tiene a la declaración del acusado, en su indagatoria''.

En relación con lo primero, anota lo siguiente:

''*Oliverio Ortiz Sierra,* compañero de Urbano Silva, Luis Moreno y Abrahán Cano, lo que ya le quita valor a su exposición, dice que luego de tomarse unos aguardientes, yendo a la casa de los Correas, el declarante 'venía de último, oí un disparo y en el momento que oí el disparo vi que ellos aligeraron las bestias y yo también eché ligero y al pasar por donde había oído el disparo vi que en el camino había un tipo tendido y parecía que estaba muerto' (f. 9 v., in fine); que 'yo no me di cuenta de más sino que sonó el disparo y que en seguida ellos le apuraron a las bestias', (f. 10, in fine); que 'no tengo idea quién sería el que haya hecho el disparo, pues yo no oí sino uno o sea con el que Urbano Silva mató a ese señor', (f. 10 v.); para terminar jurando que 'el que dio muerte a Silvino Sánchez fue Urbano Silva', (f. 11).

''En posterior declaración, afirma que 'iban Urbano Silva y Luis Moreno un poco distanciados de mí, cuando oí un disparo y yo apuré la bestia y al pasar encontré un hombre muerto en el camino' (f. 56 v., in fine); que no se dio cuenta si Abrahán Cano 'llevaba armas de fuego y no me di cuenta si haría uso si la llevaba, porque como digo yo iba atrás'; que 'yo no me di cuenta, mejor dicho, quién de ellos sería, ni he oído decir quién haya sido' el autor de la muerte de Sánchez (f. 57).

''Apenas oyó el disparo fatal, no vio quién lo hizo...'', comenta el impugnante..., ''para luego sindicar a su compañero de tragos y de viaje, Urbano Silva; hubo un solo disparo, cuando otros dicen que hubo dos disparos o tres; el único armado era Urbano Silva, para luego dudar que Abrahán Cano podría también andar armado y haber disparado.

''Yerra, pues, el Tribunal, cuando afirma que de la declaración de Oliverio Ortiz Sierra se deduce la responsabilidad de Urbano Silva Sierra, pues resulta totalmente contradictoria y, por tanto, no es atendible, al tenor del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

''*Luis Moreno Ortiz* dice que 'he sido y soy beodo consuetudinario', y que ha estado preso 'por asunto de embriaguez'; que el día de los acontecimientos iba con Oliverio Ortiz, Abrahán Cano, y Urbano Silva, para la casa de los Correas; que al encontrarse con Silvino Sánchez, 'Urbano Silva sacó el revólver y le hizo un disparo, que se lo hizo de frente... arrancó a correr y se fue no sé para dónde se iría', y que no sabe quién haría otro disparo (fs. 5 y ss.).

''El declarante es beodo consuetudinario, según su propia confesión...'', observa el señor apoderado de Silva Sierra. Agrega que según Moreno Ortiz, ''el disparo se lo hizo...'' el procesado... ''de frente a Silvino Sánchez, cuando, según los peritos que hicieron el levantamiento del cadáver, el orificio de entrada de la bala lo tenía 'en el omoplato del lado izquierdo', (f. 4); y no supo si se haría un segundo disparo, cuando hay constancia en el expediente de que sí lo hubo.

''Esta declaración del beodo consuetudinario y compañero de tragos y de viaje, que tenía interés en disculparse a sí mismo, inculpando a

otro y que, además se contradice, no es atendible, al tenor del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"*Abrahán Cano*, dice que había ido 'a pasear' a la casa de Elías Olaya; que allí llegaron Oliverio Ortiz, Luis Moreno y Urbano Silva; que salieron y sus compañeros iban 'un poco pasmados del licor', y Urbano Silva 'en bastante estado de embriaguez'; y que el declarante iba de último y que 'en el momento que nosotros nos encontramos con el señor Silvino Sánchez, oí un disparo y éste cayó al suelo sin decir nada, y se quedó quieto'; que vio que el del disparo fue Urbano Silva Sierra; que el declarante se volvió 'en seguida' para el retén de Policía 'y dí cuenta del disparo que había hecho Urbano Silva Sierra'; que 'después oí tres disparos más, que éstos eran de revólver'; y que los otros dos no tuvieron nada que ver con la muerte de Sánchez, (fs. 23 y ss.)".

Comenta el impugnante que "no es creíble que Cano no hubiera tomado licor, pues los declarantes son concordes en afirmar que los tres habían ingerido bebidas embriagantes; es falso que Cano hubiera presentado el denuncio contra Urbano Silva Sierra, pues fue el menor Angel María quien lo hizo (v. f. 1º del expediente); los compañeros declaran que Cano 'se devolvió nuevamente para la casa' (f. 7), o que 'dijo que él se volvía para la casa y en seguida se fue' (f. 10); sólo él habla de otros tres disparos, cuando según el menor Angel María Sánchez sólo hubo un nuevo disparo 'cuando se encontraban en el filo de la cuchilla' los tres compañeros, Silva, Cano y Ortiz, (f. 2).

"La declaración...", concluye..., "no es atendible, al tenor del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal".

"*Angel María Sánchez,* dice que los tres, Silva, Cano y Ortiz 'venían de donde Elías Olaya de tomar trago'; que 'en el momento en que nos encontramos con él... Urbano Silva le dijo buenas tardes y con las mismas sacó de debajo de la ruana el revólver y le pegó el tiro, en ese momento salieron corriendo' (fs. 1 y ss.).

Anota el demandante que Sánchez "tiene doce años de edad; no sabe ni siquiera firmar; no conocía sino a Silva Sierra, sastre de Santa Elena; y sus dichos no merecen mayor crédito, pues declara unas circunstancias tan detalladas, que hacen ver que depone desconcertado, turulato, atortolado por el hecho: 'no le vi traer armas sino a Urbano Silva'; antes se había encontrado 'con un hijo de Elías Olaya y él me dijo que ellos habían estado tomando trago en la casa del papá, o sea, de Elías Olaya' (¿ya estaba preparando la escena?; ¿se retrotraen sus dichos a tiempos anteriores al suceso antelando lo que iba a suceder?); no sabe 'cómo se llama el hijo de Elías Olaya'; de los tres sujetos, uno 'venía vestido con pantalones de color verde y camisa blanca, sombrero negro, el otro venía con pantalones de color amarillo y camisa blanca y sombrero blanco' (estos detalles no pudo observarlos el deponente, pues casi nadie se da cuenta del color de la ropa de unos pasajeros desconocidos, al menos entre hombres, y menos entre niños); que hubo dos tiros, 'uno cuando mataron a mi papá y el otro cuando se encontraron en el filo de la cuchilla' (detalles contradichos por los tres sindicados); y que son testigos del hecho don 'Cristóbal Silva, mi mamá Cristina Sánchez y la señora Emma, que no recuerdo el apellido', siendo así que nadie, fuera del menor y de los tres acusados, fueron testigos del acontecimiento.

"La declaración...", comenta el demandante..., "no es atendible, al tenor del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal".

Señala, por último, que Cristina Torres v. de Sánchez, Cristóbal Silva y Libardo Guerrero no presenciaron los acontecimientos y anota que según el artículo 698 del Código Judicial, "no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros".

Y en cuanto a la segunda consideración que hace el impugnante, esto es, que el Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada, "le desconoció el valor..." probatorio... "que sí tiene la declaración del acusado, en su indagatoria", dice el señor apoderado de Silva Sierra que de parte de éste no existe, como anota el juzgador de segunda instancia, malicia alguna al inculpar de la muerte de Silvino Sánchez a Abrahán Cano, sino que "la malicia está más bien de parte del Tribunal, al atribuír a viveza del acusado inculpar a quien no estaba en condiciones de contradecir, por hallarse en el sepulcro. O sea, el mentir de las estrellas, que es el más dulce mentir, puesto que ninguno ha de ir a preguntárselo a ellas, según la vieja copla española".

Observa que únicamente a Oliverio Ortiz se le preguntó, después de la indagatoria de Silva Sierra, si le consta que el autor de la muerte de Silvino Sánchez fue Abrahán Cano Porras, a lo cual respondió aquél que "yo no me dí cuenta, mejor dicho, quién de ellos sería, ni he oído decir quién haya sido", (f. 57).

Agrega que su mandante solicitó, en memorial del folio 65 del expediente, que se recibiera declaración a la señora Florinda Montealegre, cuya residencia en Ibagué indicó, aseverando que élla puede informar "que en compañía de otras personas manifestó el homicida (Abrahán Cano) su delito, vanagloriándose ante varias personas, de haber sido el responsable y mostró el lugar en que cometió el hecho", pero no se atendió, dice, la solicitud de Silva Sierra.

"Por lo demás...", concluye en este punto el demandante..., "la declaración no contiene nada inverosímil y está confirmada por datos circunstanciales: Silva Sierra no niega haber estado en compañía de los otros, en el lugar y hora de los sucesos; la llegada a su casa está confirmada por su pariente Cristóbal Silva (f. 16 v.), como lo dice; y la sindicación no se la hacen sino un beodo consuetudinario, como Luis Moreno Ortiz, un niño de 12 años de edad, que hace una exposición fantástica, y una persona que ya ha fallecido y cuyos dichos no pueden verificarse.

"Así, pues, si las pruebas en que el Tribunal fundó la responsabilidad no merecen crédito, y si existe una prueba que acredita la inocencia del acusado, el fallo tenía y tiene que ser absolutorio. En todo caso, hay una duda sobre la prueba de la responsabilidad, que debe resolverse en favor del inculpado Urbano Silva Sierra...", (art. 204 del C. de P. P.).

"Por lo cual pido que se invalide la sentencia... y en su lugar se absuelva..." a Urbano Silva Sierra.

Pues bien:

El hijo del occiso, Angel María Sánchez, de doce años de edad, afirma enfáticamente que cuando "íbamos en el punto denominado 'Los Sauces', nos encontramos con tres tipos que venían en dirección contraria y que estos venían a caballo, y uno de ellos lo conocí que era un sastre de Santa Elena, de nombre Urbano Silva, y que éste era el primero que venía adelante de los otros y en el momento en que nos encontramos con él, papá se hizo al lado de arriba del camino para que pasaran y cuando pasaban por frente de donde se encontraba mi papá, Urbano Silva le dijo: 'buenas tardes', y con las mismas sacó de debajo de la ruana el revólver y le pegó el tiro; en ese momento salieron corriendo, y en seguida ví que mi papá Silvino Sánchez salió a botes y quedó en el camino muerto; en ese momento yo me desmonté y me puse a ponerles cuidado para dónde cogieron y ellos llegaron a un filito y se pusieron a poner cuidado y oí que hicieron un disparo y pienso que posiblemente me hayan hecho a mí, y después de eso vi que Urbano Silva se fue para 'Palo Negro' y los otros se vinieron para acá, para Santa Elena y yo me les puse a la pata con el fin de poner el denuncio...".

Repite, en razón de una pregunta del instructor, que "de los tres que nos encontramos, el que le dio muerte a mi papá fue Urbano Silva, que hasta por más es sastre aquí en Santa Elena", y que "los otros dos que iban con Urbano Silva no dispararon contra mi papá, ni le hicieron ningún ultraje".

Esto mismo refirió este declarante a su madre, la señora Cristina Torres v. de Sánchez, el mismo día de los hechos. En efecto, declara esta última que "como a eso de las tres de la tarde llegó mi hijo de nombre Angel María todo asustado y me dijo: 'mamacita, qué haremos, que mataron a mi papacito', y yo en seguida le pregunté que quién lo había matado, y él me dijo que había sido Urbano Silva", (f. 14, Cd. Nº 1).

¿Y si como asevera el hijo de la víctima, Urbano Silva Sierra fue quien dio muerte a su padre y ello lo aseguró tanto a las autoridades, como a su propia madre, es acaso posible aceptar que con perversidad inaudita encubriera al verdadero autor de los hechos y acusara a una persona inocente?

¿No se refería el menor Sánchez, acaso, a quien había dado muerte a su padre, persona de él antes conocida?

Además, la fuerza de convicción de este testimonio aparece robustecida con los siguientes datos del informativo:

a) Lo que declara *Luis Moreno Ortiz,* bajo juramento, quien asevera que "Urbano Silva iba adelante de mí, como a unos diez metros... cuando yo vi que Urbano Silva se encontró con Silvino Sánchez, que éste iba para los lados de donde don Elías Olaya; cuando vi, Urbano Silva sacó el revólver y le hizo un disparo, que se lo hizo de frente...", (f. 6 v. del Cd. Nº 1).

Y si bien acepta que ha sido "y soy beodo consuetudinario", afirma que en esos momentos "nosotros nos encontramos en nuestros completos goces mentales, o sea Oliverio Ortiz Sierra y mi persona; Urbano Silva sí se encontraba en bastante estado de embriaguez", (f. 7 del mismo Cd.).

b) Lo expuesto, bajo juramento, por *Oliverio Ortiz Sierra,* quien dice que oyó un disparo y

vio luego en el camino "un tipo tendido y parecía que estaba muerto..."; que en seguida sus compañeros (esto es, Urbano Silva, Abrahán Cano y Luis Moreno Ortiz), "le apuraron a las bestias y después de que pasamos por donde yo vi el que estaba en el suelo, Urbano dijo que él se había encausado y que se iba", (f. 10 del Cd. 1º); que éste "se fue ayer...", (declara el día 25 de junio de 1955, esto es, el siguiente del en que ocurrieron los hechos averiguados)..., "después de que mató a ese señor, pero no tengo idea dónde pueda estar", (f. 11 del mismo Cd.).

c) Lo que asevera *Abrahán Cano* (ya fallecido cuando el procesado rindió indagatoria), según lo cual Silva Sierra iba adelante y fue quien disparó sobre Silvino Sánchez.

Es cierto que dice que luego de lo ocurrido, fue hasta el retén de Policía y dio parte del disparo que había hecho Urbano Silva Sierra "y que sin duda había matado a Silvino Sánchez", y que en el proceso no existe dato alguno que dé respaldo a esto último; pero de ello no se desprende necesariamente que sea falsa la imputación que al recurrente le resulta en el proceso, apoyada no sólo en el dicho de Cano, sino también en otros elementos de convicción.

d) La misma actitud de Silva Sierra, al ocultarse de las autoridades que adelantaban la averiguación penal desde el día de los hechos, por cerca de cinco años, hace increíbles sus protestas de inocencia y mucho más las imputaciones que dirige contra Abrahán Cano, ya muerto cuando el procesado le hace tales cargos. Al contrario, este comportamiento del recurrente tiene el alcance de un vehemente indicio de su responsabilidad en la muerte de Silvino Sánchez, pues no es aceptable que Cano, si realmente cometió el hecho, no hubiera eludido rendir declaración en el informativo y, en cambio Silva Sierra se hubiera ocultado hasta la fecha de su captura, siendo inocente.

Para que sea pertinente la causal segunda de casación es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se compruebe que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen. Y esto no ocurre en la estimación de las pruebas tomadas en cuenta por el Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada.

Los cargos hechos con invocación de la causal de casación citada no fueron, pues, demostrados.

B. *Causal primera de casación.*

Expresa el demandante que "de acuerdo con el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal tiene que existir plena prueba del cuerpo del delito, con sus circunstancias específicas y de la responsabilidad, y como en la infracción falta un elemento que lo tipifica agravándolo, el fallo debe invalidarse para aplicar la sanción correspondiente a la infracción probada, que sería, en la hipótesis de esta causal de casación, un homicidio simplemente intencional y no un asesinato".

El cargo lo sustenta el impugnante, así:

"Expresa el Tribunal: 'El señor Juez del conocimiento dice que el homicidio cometido en la persona de Sánchez tiene características de asesinato, porque aquel se encontraba en total estado de indefensión e inferioridad. No lo dice expresamente el Juez, pero puede entenderse que quiso afirmar que Silva obró con alevosía. Tesis que tiene su respaldo en el tratadista Luis Carlos Pérez, quien afirma que el acometimiento rápido e inopinado, no precedido de disputa, es un caso de alevosía'.

"El ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal...", observa el demandante..., "considera como asesinato el homicidio cometido 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, como la insidia, la asechanza, la *alevosía*, el envenenamiento', y el ordinal 6º 'abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido'.

"Alevosía es traición, perfidia, 'cautela para cometer un delito contra las personas, sin riesgo para el victimario', como lo ha dicho la Corte. De todos modos, es necesario que el sorprender a la víctima desprevenida e indefensa sea un acto que provenga del delincuente, un acto suyo, pues para aumentar la pena en la cuantía que tiene señalada el asesinato, se necesita que la circunstancia sea realizada por él y no fruto del azar o de condiciones del momento. Y aquí no está probada la alevosía.

"Oliverio Ortiz...", agrega..., "no supo quién haría el disparo fatal, como ya se vio, (fs. 9 y ss., y 56 v.). Creyendo la declaración de Luis Moreno Ortiz, no se desprende la perfidia, la traición para atacar: 'Urbano Silva sacó el revólver y le hizo un disparo, que se lo hizo de frente', (fs. 5 y ss.); tampoco se desprende la alevosía de la declaración de Abrahán Cano, creyendo en su sindicación: 'En el momento que nosotros nos encontramos con el señor Silvino

Sánchez, oí un disparo y este cayó al suelo sin decir nada, y se quedó quieto', (fs. 23 y ss.). Ni tampoco creyendo el dicho de Angel María Sánchez: Silva Sierra 'sacó de debajo de la ruana el revólver y le pegó el tiro'', (f. 1 y ss.). Pero, sobre todo, es unánime el dicho de que los tres compañeros, especialmente Silva Sierra, iban en estado de embriaguez: Ya se vio que el menor cuenta que el hijo de Elías Olaya le refirió que los atacantes 'venían de donde Elías Olaya de tomar trago', (f. 1. v.). Luis Moreno Ortiz dice que 'Urbano Silva sí se encontraba en bastante estado de embriaguez', (f. 7). Oliverio Ortiz Sierra declara que 'nos tomamos unos aguardientes', (f. 9 v.). Elías Olaya expone que Moreno y Ortiz 'iban a medio palo, o pasmados, pero Urbano Silva Sierra sí se encontraba muy borracho', (f. 19). Abrahán Cano afirma que Ortiz y Moreno 'iban un poco pasmados del licor, pero Urbano Silva sí se encontraba en bastante estado de embriaguez' (f. 24 v.). Jorge Gómez Miranda vio pasar a los tres sujetos y asevera que 'Urbano Silva venía muy borracho', (f. 29), y Genaro Morales también los vio pasar y declara que Urbano Silva Sierra 'iba muy borracho', (f. 31)''.

Y se pregunta el impugnante:

''¿Todo esto a qué conduce?''.

''A que no se puede cargar en contra de un acusado...'', responde..., ''una circunstancia que no ha sido hecho suyo, subjetivamente, cuando el sujeto ni 'ha puesto' a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, ni 'se ha aprovechado' de esas mismas condiciones. Y ello no se puede afirmar de quien ha procedido estando borracho, sin pensar por un momento en que el atacado está indefenso o está armado, está prevenido o está desprevenido: 'Lo fundamental del acometimiento alevoso —ha dicho la Corte— es que el agresor se dé cuenta de que la víctima está desprevenida y en la incapacidad de rechazar el mal que la amenaza, y sin embargo, la mate en esas condiciones', (Cas. de 29 de marzo de 1949, G. J., t. LXV, Nros. 2070-2071, p. 769)''.

Pues bien:

''La alevosía...'', anota el profesor de la Universidad de Córdoba (Argentina) Ricardo C. Núñez, ''representa una especie de insidia que puede ser moral o material y que, sobre todo con arreglo a las conclusiones actuales de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, se caracteriza por la traición o la intención del delincuente de recurrir a ella para actuar sin riesgos'', (''Enciclopedia Jurídica Omeba'', t. I., p. 639).

Agrega este mismo autor que ''basta... para excluír la alevosía, que el...'' agente... ''haya admitido la posibilidad de correr un riesgo frente a la defensa provocada por su agresión. Tal cosa sucede, por ejemplo: si la víctima fue prevenida del ataque; o si fue atacada de sorpresa, pero de frente, de manera que permitía su defensa; o si, enfrentada con el arma, fue herida por la espalda cuando huía''.

Es cierto que el profesor Luis Carlos Pérez expresa que ''son casos de alevosía: el acometimiento rápido e inopinado, no precedido de disputa; y herir por la espalda, buscando especialmente este momento''. Pero antes se ocupa de afirmar que ''según la ley colombiana, la alevosía es una circunstancia buscada o procurada por el infractor'', (''Derecho Penal Colombiano'', Parte Especial, v. III, p. 100).

La alevosía implica un proceder insidioso del agente, con el cual busca, procura o aprovecha el estado de indefensión o despreocupación de la víctima, a fin de asegurarla sin riesgo para el delincuente.

Y el estado de embriaguez del reo Silva Sierra, la ausencia de motivos de enemistad entre éste y su víctima Silvino Sánchez, que permitan pensar, siquiera, en la realización de una venganza; el hecho mismo de que el delito lo cometiera en presencia de varias personas, casi extrañas para el procesado, sin tomar en cuenta que ellas habrían de ser los testigos de cargo, impiden que subjetivamente pueda atribuírse al reo la circunstancia agravante de la alevosía en el homicidio de que se le sindica.

Al apreciar el juzgador de derecho, como le corresponde dentro del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, la existencia de la alevosía en los hechos imputados al recurrente, aplicó erróneamente el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

Por tanto, habrá de proferirse la sentencia que corresponde, en la cual se condene a Urbano Silva Sierra por el delito de homicidio simplemente voluntario, de acuerdo con la norma contenida en el artículo 362 de la obra citada, señalando la sanción mínima allí prevista, pero aumentada en un año en razón de lo previsto en el artículo 36 del Código Penal.

La Sala no entra a examinar la causal tercera de casación, también invocada por el demandante, pues ella fue propuesta ''para el ca-

so de que no prosperara ninguna de las anteriores'', ya estudiadas.

Habrá, pues, de revocarse la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 30 de junio de 1960, por la cual se impuso a Urbano Silva Sierra la pena principal de quince (15) años de presidio y, en su lugar, dictar el fallo mediante el cual se le condene a la sanción de nueve (9) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, pena esta que se indica tomando en cuenta la ausencia de motivos determinantes en el hecho y la personalidad del procesado.

Igualmente y conforme a lo previsto en el artículo 92 del Código Penal, se le condenará al pago de los daños y perjuicios que causó con el delito, lo que se hará en abstracto en atención a que no aparecen tasados.

De acuerdo con el artículo 96 de la misma obra, tiene derecho Urbano Silva Sierra a que se le descuente, como pena cumplida, el tiempo de detención preventiva.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

1. INVALIDAR la sentencia de 30 de junio de 1960, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Ibagué en este juicio, contra el procesado Urbano Silva Sierra.

2. CONDENAR, en cambio, al mismo Urbano Silva Sierra, de las condiciones civiles y personales que aparecen consignadas en su indagatoria, a la pena principal de nueve (9) años de presidio, como responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Silvino Sánchez, hecho ocurrido en las primeras horas de la tarde del 24 de junio de 1955, en jurisdicción del municipio de Roncesvalles (Tolima).

3. CONDENAR al mismo Urbano Silva Sierra al pago de los daños y perjuicios que pudo causar con el delito a que se refiere el punto inmediatamente anterior, condenación que se hace en abstracto, por no estar tasados.

4. IMPONER al mencionado Silva Sierra, como penas accesorias, las siguientes: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad; y, por último, publicación especial de esta sentencia; y,

5. Declarar que el procesado Urbano Silva Sierra tiene derecho a que se le descuente como pena cumplida el tiempo que llevare en detención preventiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. ERROR ESENCIAL DE HECHO. CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL. INDEBIDA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO POR PARTE DEL TRIBUNAL AD QUEM.

1. Todo indica en el proceso que la confesión del homicida es verídica. Al menos no hay prueba que la contradiga o refute. Sus antecedentes son los de un hombre de bien, pacífico y laborioso, víctima como muchos de la psicosis colectiva que los genocidios y los delitos atroces han provocado en determinadas zonas del país. Ese su estado de ánimo, sinceramente expuesto en sus declaraciones y corroborado por muchos deponentes, dan válido fundamento a lo que puede tomarse como legítima defensa subjetiva, pero que en mejor técnica jurídica integra el error esencial de hecho, previsto en el artículo 23 del Código Penal, que también exime de responsabilidad.

2. La Sala encuentra plenamente justificada la causal segunda en que la demanda se apoya, pues el Tribunal dio a las pruebas una estimación indebida, al contrario del Juez de instancia que sobrepasó con ponderación y sindéresis todos los elementos de convicción para arrimar a la conclusión que llegó.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El Juzgado Ciento Novena y Uno (191) de Instrucción Criminal, radicado en el municipio de Santander (Departamento del Cauca) dictó, previos los trámites del Decreto legislativo 0012 de 1959, sentencia absolutoria de primer grado en favor de Julio Alberto Bolaños Penagos, acusado del delito de homicidio en la persona de José de Jesús Franco Peláez, hecho ocurrido en el municipio de Jambaló, caserío de "La Mina", el 3 de abril de 1960. Dicho fallo, que lleva fecha 22 de junio del mismo año, al ser revisado por *consulta*, lo revocó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, para en su lugar condenar al acusado, como responsable de homicidio en estado de ira (artículos 362 y 28 del C. P.) a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio y a las accesorias de rigor. (Sentencia de 8 de noviembre de 1960).

Contra la resolución del *ad quem* interpuso la defensa el recurso extraordinario de casación, sobre cuyo mérito procede la Corte a decidir.

HECHOS:

En circunstancias que tendrán que ser analizadas en el curso de esta providencia, Bolaños Penagos, agricultor, de unos 27 años de edad, dio muerte a José de Jesús Franco Peláez, de un disparo de revólver, entre las siete y las ocho de la noche del 3 de abril de 1960, en el poblado o caserío de "La Mina", sobre el camino que conduce a Jambaló. Recibió el occiso la lesión en la "línea paresternal izquierda a nivel de la quinta costilla" y le interesó el corazón, produciendo el deceso de modo inmediato como natural consecuencia.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente en su demanda de casación, que reúne las exigencias legales, luego de una relación de los hechos que dieron lugar al proceso, impugna la sentencia del Tribunal de Popayán "en concordancia con lo preceptuado por la Causal Segunda del artículo 567, correspondiente al Título IV, recursos extraordinarios, capítulo 1º, Casación del Ordenamiento Jurídico Procedimental Penal", porque "existe errada

interpretación o apreciación de los hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen —la declaración del cabo señor don Luis Elberto Aguirre— y negándoles el que sí tienen la indagatoria del procesado señor Bolaños Penagos y demás piezas que me permitiré analizar en el decurrir de la presente demanda''. Sostiene el apoderado, además, que de las pruebas no apreciadas por el Tribunal se desprende que su representado ''obró en legítima defensa de su vida como muy acertadamente lo dejó establecido el señor juez ciento noventa y uno de instrucción criminal, en su sentencia de 22 de junio de 1960''.

En el extenso escrito en que se puntualizan por el actor los cargos contra la sentencia, a través de la causal segunda de casación, a la crítica sobre sus planteamientos y consideraciones jurídicas, añade la interpretación del verdadero contenido y alcance de los elementos de juicio, en orden a demostrar que éstos enseñan, aislada y conjuntamente que la conducta del procesado obedeció a una agresión inicial del occiso y a un fundado temor, por error de hecho, de estar en inminente peligro su vida o la de su hermano.

Como en la respuesta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal están debidamente extractados los cargos que en forma algo desordenada contiene la demanda, la Sala se acoge al concepto de su colaborador en este particular. Los descompone así:

''*Primero.* Que hubo errónea interpretación de los hechos que tipifican el estado de legítima defensa putativa y ello a consecuencia de no haberse estimado la prueba reveladora del 'ambiente geográfico y psicológico que envuelve la causa'. El demandante estudia los elementos de juicio aportados al proceso y que permiten deducir cómo el lugar donde tuvo ocurrencia el insuceso y por la época en el que se verificó (3 de abril de 1960) estaba sometido al imperio de la violencia, por lo cual los habitantes de la región (población de La Mina, Cauca), vivían atemorizados por la presencia de extraños en dicho lugar, hasta el punto de que un testigo exclama sobre el particular: 'Claro uno le tiene terror a esa gente que viene de otra parte, pues no se sabe cómo vengan'.

''Asevera el recurrente que el procesado Bolaños también fue sujeto pasivo de tal influencia de recelo y temor hacia las personas que llegaban de departamentos lejanos o de otras tierras y, concretamente, sobre la desconfianza que le inspiraba Franco Peláez se refiere al dicho del reo cuyo tenor es éste:

'' '...Claro yo le tenía miedo porque él vivía diciendo que era del Tolima y él no le importaba matar un indio de esos caucanos hijueputas de esos y volarse y como yo también le había cogido miedo desde el día de las elecciones...' (F. 6 de la demanda).

''El impugnador apoya este primer cargo en el análisis probatorio que sobre el particular verifica el juez *a quo*.

''*Segundo.* Este cargo lo estructura el impugnador argumentando que los elementos integrantes de la legítima defensa putativa han sido desconocidos en el fallo acusado, en cuanto hay hechos en el proceso que permiten deducir que dado el estado de ánimo de Bolaños, se vio ante la inminencia de un grave peligro (que tuvo realidad en su mente) y ello porque en su intelecto hubo 'opinión fundada' de tal situación, habida consideración de la personalidad de su agresor y de las circunstancias de tiempo que rodearon el hecho.

''Sobre este particular así argumenta:

'' 'En estas condiciones, honorables Magistrados, habida consideración a la oscuridad en el escenario de la tragedia, con esos antecedentes que nos narra el procesado, y al brillar del zurriago o palo o perrero y creerse verídicamente por el señor Bolaños de que tal implemento no era otra cosa que un arma que iba a ocasionar la muerte de su hermano Rafael y del mismo encausado, están, para la defensa, como lo fue para el señor Juez del conocimiento, impecablemente conformados todos los requisitos que le dan vida a la legítima defensa subjetiva planteada desde el principio de este proceso'. (f. 8 de la demanda).

''*Tercero.* Este cargo lo reduce el impugnador a sostener que en lo relacionado con la legítima defensa subjetiva es preciso, ante todo, tener presente la situación psíquica del que alega a su favor esta causa que exime de responsabilidad. Acude, en este cargo como en el anterior, a lo expuesto sobre el particular por tratadistas de derecho penal, y que, en síntesis, puede reducirse a lo siguiente: que el elemento subjetivo, vale decir lo que en su mente imaginó quien se pretendió víctima de una agresión injusta y grave, es el índice que determina la naturaleza misma del peligro ante el cual se sintió colocado el sujeto que reacciona.

''Con fundamento en lo anterior, el demandante se refiere a lo dicho por el procesado Julio Alberto Bolaños Penagos y que —dice— encuentra respaldo en otras probanzas. Analiza de-

tenidamente tales elementos de juicio para concluír que en el fallo acusado se hizo una errónea valoración de los hechos, por cuanto a los que configuran plenamente los elementos tipificadores de la legítima defensa putativa se les negó el valor que sí poseen. Estudia las afirmaciones en las cuales se apoya el Tribunal *ad quem* para rechazar la configuración de tal figura jurídica y las controvierte con lo sostenido en el fallo del Juez *a quo* y con anotaciones personales del recurrente. En forma clara expone sus argumentos, además, de manera convincente y prolija.

"Critica con amplitud la sentencia impugnada en cuanto afirma que los asertos del procesado Bolaños difieren fundamentalmente entre sí. Concluye este cargo diciendo:

" 'Así las realidades, muy honorable Magistrado ponente, no se ve de dónde puede sacar el honorable Tribunal Superior de Popayán aquello de que 'las versiones de Bolaños difieren sustancialmente'', siendo así que es todo lo contrario el decir de las piezas procesales, pues aunque fue insistentemente sometido a un exhaustivo interrogatorio, por el señor Juez del conocimiento, lejos de contradecirse en cualquier punto, por el contrario se reafirmó en todo su decir primario. Además se debe tener en consideración que cuando a él se lo indagó y se recibieron los primeros testimonios, a él y a los testigos no se les interrogó sino pues (sic) el funcionario se limitó a oírlos rápidamente, sin técnica ninguna'. (f. 13 de la demanda).

"*Cuarto.* El demandante se detiene juiciosamente en el estudio de diversos testimonios (los de José Mar Bolaños, José Rafael Bolaños, Ernesto Ramos Fernández, Graciela Marín, Reinel Bolaños, Matilde Conde de Quinguanás, Luis Ramos, Astul Medina, Luis Aguirre) como también en el análisis de la diligencia de inspección ocular (reconstrucción de los hechos) para demostrar que la confesión calificada del reo Bolaños encuentra pleno respaldo en los autos, no solo en cuanto al hecho mismo investigado, sino en cuanto contienen sus injuradas datos sobre antecedentes de lugar, tiempo y modo, que inciden en la situación anímica de Bolaños cuando éste se determinó a disparar sobre José Franco el día 3 de abril de 1960. Uno a uno estudia tales elementos de juicio y formula las conclusiones sobre el mérito probatorio, en forma ordenada y lógica.

"Y de todo lo anterior formula la siguiente conclusión:

" 'Así los hechos, muy honorable Magistrado, no existe la menor duda sobre la existencia del palo, surriago, guasca que portaba el occiso, señor Franco en los momentos en que ocurrieron los hechos y que tal implemento era pequeño, o grande, no se investigó. En conformidad con el principio universal 'indubio pro reo', tiene que admitirse que ese implemento era grande y fuerte, violento, capaz de ocasionar golpe grave por la persona que lo recibiera. Concordes que ese mismo principio se tiene que admitir que era amarillo o claro o blanco, susceptible de brillar a la luz de la luna. Allí, muy honorable Magistrado, como usted sabe, no se trata de sostener un actuar en legítima defensa objetiva de la vida si no (sic) como traté de explicar anteriormente, subjetiva en Rafael Bolaños y de don Julio Alberto Bolaños Penagos. El hecho de no habérsele encontrado al cuerpo del occiso señor Franco, arma alguna, nada tiene qué decir en contra de las afirmaciones del procesado en el sentido de haber creído que el finado iba a lanzar su golpe mortal contra el hermano del procesado. No entiende la defensa, porque (sic) la ponencia del honorable Tribunal Superior de Popayán olvida las condiciones atmosféricas que servían en ese momento de los autos, a los protagonistas'.

" 'Aun admitiendo que el señor Bolaños Penagos hubiese observado horas antes de ese momento trágico, que el señor Franco carecía de arma cualquiera, él ignoraba lógica y naturalmente si en el preciso momento en que hubo el lance, su contendor, que era el señor Franco, se encontraba desarmado o no'. (f. 24 y 25 de la demanda).

"El anterior cargo comprende un estudio en la demanda que se extiende del folio 13 al folio 25. En conclusión, lo estima demostrativo de la errónea valoración de los hechos por parte del Tribunal *ad quem,* al igual que de la desestimación de otros.

"*Sexto.* Este cargo puede entenderse como un complemento del anterior, pues se estructura sobre el siguiente argumento: que del estudio de los testimonios de Julio César Navia Galarza, Luis E. Aguirre, Arnulfo Orozco, Reinel Bolaños, se concluye cómo Franco (el occiso), además de gozar de cierto recelo entre las gentes del lugar y ser considerado como 'pendenciero', sí acostumbraba a portar un 'machete o peinilla' —el cual incluso fue hallado después del insuceso, al día siguiente 'en la montura' de la bestia que conducía a Franco y Luis Elberto Aguirre— pero que, especialmente, se deduce cómo sí fue hallado cerca del cadáver un palo, 'perre-

ro' o 'zurriago' y que dicho instrumento se atribuye a Franco, incluso por Aguirre (ver. f. 72). Sobre la anterior argumentación el impugnador encuentra amplio apoyo en el análisis probatorio que sobre dicho particular se halla contenido en el fallo del Juzgado 191 de Instrucción Criminal, que decidió este negocio penal en primera instancia. Transcribe varios apartes de tal providencia.

"Este cargo se halla sustentado de folio 25 a folio 34 de la demanda.

"*Séptimo.* En esta ocasión, el impugnador hace un estudio de los hechos consignados en el proceso y en especial sobre los siguientes aspectos: a) Que Franco, con anterioridad al insuceso en el cual perdió la vida, ya había, el mismo día, proferido insultos graves contra los hermanos Bolaños Penagos; b) Que Franco en el momento de los hechos hizo ademán con la 'varita' que portaba de golpear a Rafael Bolaños; c) Que en la mente de Julio Alberto Bolaños tuvo realidad la presencia de un 'machete o peinilla' en la mano de Franco que se había alzado agresiva y lista a golpear a Rafael Bolaños, y d) Que, finalmente, el procesado apenas disparó su arma una sola vez. De nuevo encuentra apoyo a sus asertos en el fallo del juez *a quo,* pero de nuevo aporta consideraciones razonadas y convincentes sobre los hechos que se hallan plenamente comprobados en el proceso y sobre los cuales hizo el Tribunal *ad quem* errónea valoración o dejó de verificar la pertinente, siendo ellos elementos constitutivos de la legítima defensa putativa, causa eximente de responsabilidad.

"Incluso se refiere al planteamiento que hace el juez *a quo* en cuanto afirma que 'tampoco es desacierto encontrar en el caso de Julio Alberto Bolaños Penagos el que se contempla en el numeral segundo del artículo 23 del Código Penal, esto es, el error esencial de hecho que tuvo cuando debiendo percibir un palo, su ánimo alterado le hizo ver una peinilla' (f. 38 de la demanda)".

Concluye así este cargo:

"Olvidó dicha honorable Entidad, que 'la legítima defensa subjetiva consiste, según los comentadores, en que el sujeto crée razonablemente hallarse en condiciones de la ley cuando éstas no se hayan reunido, sobre todo, la de la actualidad o realidad de la violencia o peligro. Es por ejemplo el caso del individuo que cree que va a hacer (sic) atacado por otra persona, su honor o sus bienes, por ser su enemigo y por tomar éste alguna actitud que infunda aquella creencia, pero sin ser ello verdadero'. (f. 39 de la demanda).

"El cargo fue sustentado del folio 34 al folio 39 del escrito impugnado.

"En los apartes finales de la demanda el recurrente acude a diversas doctrinas que versan sobre los elementos integrantes de la legítima defensa putativa y concluye así la demostración de la causal segunda de casación que invoca:

" 'Sólo me queda ahora que los honorables Magistrados, ponente y demás miembros de la Corte Suprema de Justicia, confirmen con la lectura de las sentencias que he mencionado y con el leer de las demás piezas de la causa, la verdad de los argumentos vaciados en esta demanda, y cuya juridicidad sostengo convencido en la no, en la ninguna responsabilidad de mi defendido don Julio Alberto Bolaños Penagos'. (f. 47 segundo cuaderno)".

OPINION DE LA PROCURADURIA

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que está probada en el caso *sub judice* la causal segunda de casación y consecuente con esa tesis pide a la Corte "proceda conforme al artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, letra a), absolviendo al reo Julio Alberto Bolaños Penagos".

Para apoyar su solicitud el Ministerio Público expone, entre otros, los siguientes argumentos:

"No obstante la claridad con la cual se presenta el caso *sub judice,* debido no solo a la postura jurídica adoptada por el reo sino a lo manifestado por los testigos presenciales del hecho investigado, es lo cierto que la labor de revisión verificada por el Tribunal al estudiar el fallo del Juez *a quo* demuestra poco celo, toda vez que los argumentos sobre los cuales apoya su decisión no revisten la consistencia necesaria para ser acogidos como reveladores de la exacta valoración de los hechos aportados al proceso. Por el contrario, mientras el Juzgado 191 de Instrucción Criminal verifica un estudio, ese sí, sereno de los diversos elementos de juicio incorporados al informativo, el Tribunal *ad quem* consigna apenas unas breves consideraciones que no razonamientos. A un fallo de instancia serio y meditado correspondió una sentencia *ad quem* ligera y sin apoyo en las pruebas del proceso. Ya, en anteriores ocasiones esta Procuraduría ha expuesto su pensamiento sobre la labor cuidadosa y exigente que debe cumplirse en la re-

visión de un fallo; revisar una sentencia del inferior implica no prohijar simplemente su contenido, como tampoco descartar los razonamientos del juez *a quo* sin contraargüir detenidamente, en este último caso. Para estar de acuerdo en desacuerdo con una decisión que se estudia por apelación o consulta, es necesario razonar, acudir al estudio de la prueba consignada en el proceso y analizarla como ordena la ley y como enseña la sana crítica probatoria. Ello es obvio: el fallo penal definitivo siempre ha de ser la revelación de la realidad de los hechos, o de la verdad material de los mismos, para que pueda aplicarse el derecho con toda justicia y equidad, a la par que con sabiduría y prudencia. De ahí que toda decisión que implique sentencia definitiva se debe presumir conforme a la ley y de ahí, también, la presunción de verdad que conlleva la autoridad de cosa juzgada.

"Pues bien. La juiciosa labor de revisión a que se ha hecho alusión no fue cumplida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. En realidad, el fallo acusado se apoya en los hechos que habrán de enunciarse a continuación:

"A) Que a José de Jesús Franco no le fue hallada arma de ninguna clase, cuando se practicó el levantamiento del cadáver; ni que tampoco la portara cuando ocurrió el insuceso.

"B) Que no existió 'tampoco intento o comienzo de ataque del occiso y la reacción de las condiciones anotadas', vale decir que Franco ni agredió a los hermanos Julio Alberto y José Rafael Bolaños, ni menos hizo el intento de ello, por lo cual la reacción del reo carece de justificación por ausencia de requisitos fundamentales de la figura jurídica de la legítima defensa.

"C) Que la conducta del reo fue motivada por la ofensa grave e injusta proferida de palabra por Franco hacia el honor de la madre de los hermanos Bolaños.

"Los dos primeros hechos que estima plenamente probados el Tribunal *ad quem* no hallan respaldo en las probanzas de autos. El tercero es revelador de la conducta injurídica del señor José de Jesús Franco y tal hecho marca el comienzo mismo de la agresión de obra que intentó el hoy occiso: el levantamiento del 'perrero, guasca, varita o zurriago' que hizo Franco en ademán de agredir a Rafael Bolaños. Esta Procuraduría llega a la anterior conclusión con fundamento en lo siguiente:

"El único testigo presencial de los hechos y que no tiene vínculo alguno de parentesco con los hermanos Bolaños, es Luis Elberto Aguirre (fls. 13 y 70) quien venía acompañando a Franco la noche del insuceso. Ahora bien: es este declarante quien afirma que el occiso de autos en el momento culminante de la tragedia verificó el siguiente movimiento: '*...voltió Franco para el lado de los Bolaños y les dio el frente y él hizo una varita así como con ademán de pegarles a ellos, claro y en esas sonó el disparo*'. (Este Despacho subrayó).

"Sin mayores esfuerzos intelectuales es fácil deducir de tal testimonio dos cuestiones incontrovertibles: a) Que Franco hizo el intento de agredir 'a ellos' —vale decir a los hermanos Bolaños—, y b) Que con posterioridad a tal evento se escuchó el disparo que ocasionó la muerte de Franco. Así, pues, resulta comprobado este hecho: el intento de agresión de Franco contra los Bolaños. Y a la misma conclusión se llega al estudiar la versión uniforme del reo, en sus injuradas, como también lo aseverado por los hermanos Rafael (fls. 11 y 61) y José Mar Bolaños (fs. 12 vto. y 66), el primero autor del disparo fatal y los últimos testigos presenciales del insuceso.

"No se requiere mayor esfuerzo dialéctico para aceptar en su integridad la confesión calificada de Julio Alberto Bolaños (fls. 3 y 42 vto.). Su versión producida al día siguiente de la tragedia y el acto mismo de haberse entregado a las autoridades el reo, momentos posteriores de los hechos, es clara y convincente no solo por la espontaneidad de la misma, sino por la forma lógica y sin reticencias como es ofrecida al instructor. No se observa en su dicho el acomodo en sus respuestas, ni la contradicción en sus palabras. Así lo entiende esta Procuraduría, al igual que lo entendió el juez *a quo*. Veamos el fundamento de tales afirmaciones".

"En la ampliación de la indagatoria, Bolaños da razón de sus asertos y no obstante el extenso interrogatorio a que fue sometido da explicación justificada a su conducta: que obró ante el miedo de ver que Franco —hombre agresivo y a quien temía Julio Alberto Bolaños— esgrimía contra su hermano Rafael Bolaños un instrumento que a la luz de la luna brilló, por lo cual en su mente se configuró un peligro inminente y grave, a la par que injusto, contra aquel tercero (Rafael Bolaños) al cual estaba ligado por vínculos de parentesco. Pero si a lo anterior se aúnan las ofensas altamente ultra-

jantes contra el honor de la madre de los Bolaños, que fueron emitidas momentos inmediatamente anteriores a la tragedia y los ultrajes propiciados por el mismo Franco horas antes del insuceso, es obvio que en el estado de ánimo de Julio Alberto Bolaños tuvo realidad una agresión actual, grave contra la vida de su propio hermano y aun contra la suya, injusta porque al saludo cordial de Rafael Bolaños correspondió el insulto y el ademán agresivo de Franco. En los momentos culminantes de los hechos, puede decirse, sí existió en la mente del procesado Bolaños el 'machete o peinilla' que levantaba Franco en ademán de golpear o herir a Rafael Bolaños; la 'varita', el 'zurriago', o la 'guasca' —que fue hallada cerca del cadáver de Franco —por la oscuridad del lugar y el momento en que ocurrieron los hechos sufrió una transformación en la psiquis del reo y se convirtió en terrible arma.

"Y lo anterior es aceptable, pues ¿cómo podría desvirtuarse el aserto del reo de que obró ante el temor de ver que Franco esgrimía un arma cortante contra su hermano Rafael? ¿Cuál prueba existe en contra de tal conclusión? No podrá afirmarse que el dicho de Aguirre, porque éste solo habla de que Franco no ultrajó de palabra a los Bolaños, pero reconoce el ademán que éste hizo en intento de agredir a los Bolaños. Y es preciso afirmar, desde ahora, que el testimonio de Aguirre merece serios temores sobre la verdad de su dicho, porque contiene múltiples contradicciones que destaca el recurrente, y porque puede considerarse interesado toda vez que Aguirre era compañero de labores de Franco y más aún: no tenía por qué indisponerse con sus colegas de trabajo, sino más bien lograr su amistad tratando de dar una versión que quizá favoreciera a Franco.

"Que no fuera hallada ninguna arma cerca del cadáver del señor José de Jesús Franco Peláez no demuestra, jamás, que en la mente del reo no tuvo realidad la presencia de un 'machete o peinilla' en la mano agresiva de Franco, la noche de los hechos. Los asertos del Tribunal *ad quem* cuando más servirán para descartar la configuración de una legítima defensa objetiva, pero este evento no se ha discutido en este proceso, ni debe discutirse. Lo que del dicho del procesado surge, en forma clara y convincente, es la reacción de Bolaños ante la existencia de una agresión grave, injusta, contra Rafael Bolaños, al cual vio —por la realidad que se formó su mente— colocado en un peligro inminente.

"La versión del procesado encuentra respaldo en los testimonios de Rafael y José Mar Bolaños. El estudio que sobre este particular verifica el demandante no ofrece reparo alguno, por lo cual debe ser acogido. De tal testimonio surge indubitablemente que, momentos antes del insuceso, Franco había provocado a los Bolaños con palabras ultrajantes. También sobre el mismo hecho se pronuncia afirmativamente Reinel Bolaños Penagos (f. 55).

"Los autos predican a plenitud que Julio César Bolaños tuvo creencia razonable o fundada de que no solo la vida de su hermano Rafael se hallaba ante un peligro actual, grave e injusto, sino que también él mismo se consideró en las mismas circunstancias. Dados los antecedentes de Franco, los insultos que acababa de pronunciar, el ademán que ejecutó antes de sonar el disparo fatal, es preciso admitir que para el reo existió un temor fundado de que su hermano Rafael y él pudieran perder la vida a mano de Franco. Así lo afirma enfáticamente y ninguna probanza lo contradice; a la inversa, sus asertos encuentran respaldo en las demás pruebas. Tal peligro si bien objetivamente no existió, sí tuvo vida en la mente del reo, es decir, existió subjetivamente.

"El proceso, también, informa plenamente que ese temor fue suscitado por un error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, cual fue estimar el reo que el 'zurriago o guasca' que levantó en su mano Franco era una 'peinilla o un machete', arma ésta de naturaleza eminentemente mortal si se esgrime con fuerza y sobre partes nobles del organismo humano; más cuando quien hace uso de tal arma es persona agresiva. Ninguna culpa le es imputable al reo para que él incurriera en el error de hecho en que incurrió, pues la oscuridad de la noche y el 'brillo' de tal 'zurriago o guasca o perrero' (brillo que menciona el procesado y que es preciso aceptar por el principio de que toda duda imposible de eliminar se debe absolver a favor del reo: artículo 204 del C. de P. P.), determinaron la creencia que se formó en su mente: Franco esgrimía un 'machete o peinilla'.

"En el informativo hay, además, la prueba plena de que Bolaños consideró que la agresión de Franco (que éste no alcanzó a realizar, pero que sí intentó) iba a lesionar la integridad personal de su hermano Rafael y la suya propia, interés jurídico que protege la ley penal. Así se infiere del dicho claro y convincente del procesado. El peligro de tal interés jurídico se hizo manifiesto y tuvo realidad en su mente.

"Finalmente, hubo proporción entre la violencia presunta de Franco y la reacción defensiva de Bolaños: un disparo fue la única respuesta al intento de ofensa de obra que trató de consumar Franco. Lamentablemente, dicho disparo fue mortal.

"En consecuencia, todos y cada uno de los elementos que tipifican la figura jurídica de la legítima defensa subjetiva se hallan plenamente probados en el proceso y, por ello, el Tribunal *ad quem* incurrió en error manifiesto acerca de los hechos consignados en el proceso. La sentencia acusada debe ser invalidada, para que en su lugar se profiera la acorde a la realidad procesal y a la prueba del expediente: la que absuelva al reo, por haber obrado éste dentro de una modalidad que no permite considerarle responsable de violar la ley penal. Así lo considera este Despacho.

"Los cargos han sido demostrados plenamente, y por ende, le imprimen prosperidad a la causal segunda invocada y sustentada por el impugnador. Pero si alguna duda existiera acerca de los elementos que estructuran la figura de la legítima defensa putativa, ella debe absolverse a favor del procesado, por cuanto en la actualidad se ha hecho invencible o de imposible eliminación. Ello obedece al principio justo y humano que consagra el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal".

CONSIDERA LA SALA

1º Ciertamente, como lo anotan el recurrente y el señor Procurador Delegado, el fallo condenatorio del Tribunal contiene una errada apreciación de los hechos que no se acomoda en sus aspectos fundamentales a los elementos de juicio que el proceso contiene.

En primer término, es del todo inexacto que el acusado haya asumido distintas posturas en sus declaraciones injuradas e incurrido en contradicciones que hagan inaceptable su cualificación de haber obrado, al ocasionar la muerte de Franco Peláez en situación de legítima defensa subjetiva, ó mejor, determinado por error de hecho en cuanto a la gravedad y naturaleza de la agresión intentada por el occiso.

En segundo lugar tampoco es cierto que éste no portase arma, pues un "perrero" sí es un instrumento hábil para agredir, y no es imposible que el procesado hubiera sufrido la confusión a que alude en sus indagatorias, tomando por machete o peinilla aquel objeto.

De otro lado, las versiones que de los hechos suministran Rafael Bolaños y José María Bolaños, hermanos del homicida, así como la que se desprende del testimonio de Luis Elberto Aguirre, coinciden en que hubo la provocación inicial del occiso, quien se hallaba alicorado y que sin razón alguna ultrajó a su victimario y a sus hermanos.

2º Es un hecho evidente que Franco Peláez era considerado como pendenciero y agresivo, particularmente en estado de embriaguez; que acostumbraba portar arma y que los vecinos del lugar lo miraban con recelo y temor, en su condición de extraño a la región, debido a la situación de violencia imperante y a que, con fundamento o sin él, lo estimaban vinculado a ese anormal estado de cosas que mantenía atemorizados a los campesinos y bajo la influyente creencia de que podían ser víctimas en cualquier momento de ataques a sus vidas y a sus bienes.

3º Todo indica en el proceso que la confesión del homicida es verídica. Al menos no hay prueba que la contradiga o refute. Sus antecedentes son los de un hombre de bien, pacífico y laborioso, víctima como muchos de la psicosis colectiva que los genocidios y los delitos atroces han provocado en determinadas zonas del país. Ese su estado de ánimo, sinceramente expuesto en sus declaraciones y corroborado por muchos deponentes, dan válido fundamento a lo que puede tomarse como legítima defensa subjetiva, pero que en mejor técnica jurídica integra el error esencial de hecho, previsto en el artículo 23 del Código Penal, que también exime de responsabilidad.

4º La Sala, después de un prolijo y meditado estudio del contenido de los autos, encuentra plenamente justificada la causal segunda en que la demanda se apoya, pues el Tribunal dio a las pruebas una estimación indebida, al contrario del juez de instancia que sobrepesó con ponderación y sindéresis todos los elementos de convicción para arrimar a la conclusión a que llegó.

Acorde con este criterio, la Sala aceptará las peticiones del demandante y del Ministerio Público, cuyos puntos de vista son idénticos en la apreciación de los hechos.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido a que se ha hecho mé-

rito, y en su lugar ABSUELVE al acusado Julio Alberto Bolaños Penagos del cargo de homicidio porque ha venido respondiendo en este proceso.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

DELITO DE CORRUPCION DE MENORES. PRUEBA PERICIAL.

Causales por las cuales pueden ser recusados los peritos. Objeciones al dictamen pericial. Estimación de las pruebas en casación. En materia penal, el concepto de prelación de pruebas es absolutamente inadmisible. La partida de bautismo tiene pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales. Cuestionarios para ser absueltos por el perito. La notificación personal al defensor y el derecho de defensa.

1. De conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal los peritos son recusables, como los Jueces, por las mismas causales que establece el artículo 73 de la misma obra, entre las cuales figura la prevista en el ordinal 5º de ese texto legal.

De otra parte, según el artículo 267 ibídem, el dictamen pericial puede ser objetado en cualquier tiempo, en los juicios con Jurado, antes del veredicto, y en los demás casos, antes de que el asunto entre al Despacho del Juez para sentencia, por cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso, "por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción".

2. En reiterada doctrina ha dicho esta Corporación: 'La estimación 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 que parte de los tribunales'.

3. La partida de bautismo de la menor ofendida, fue aportada por la denunciante. Ella acredita plenamente la edad de la joven, igual a catorce años y ocho días para el día de los sucesos, porque es un documento auténtico cuyo valor probatorio sólo puede desconocerse a través de una tacha de falsedad debidamente comprobada. Cabe anotar que en materia penal, donde todo se endereza a establecer hechos, el concepto de prelación de pruebas es absolutamente inadmisible, cuestión que el señor Procurador recalca en los siguientes adecuados términos:

'Pero conviene también apuntar que dicha partida de bautismo, tiene un pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales, porque en éstos, de lo que se trata es de establecer y comprobar hechos, a diferencia de los civiles, en los que para ejercitar determinados derechos o acreditar ciertas obligaciones es preciso producir, en primer término, la prueba principal del estado civil, conforme a los mandatos de la ley 92 de 1938 y los decretos reglamentarios correspondientes, y a falta de aquélla, las demás pruebas supletorias que la misma ley civil reconoce, sistema éste que no es de rigor en lo criminal, porque el procedimiento penal no señala cuáles pruebas son principales y cuáles supletorias, para efectos de acreditar la edad de la víctima de un delito'.

4. De acuerdo con el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal, en el auto en que se "decrete la práctica de la prueba pericial", se formularán "los cuestionarios que hayan de ser absueltos por el perito". Esta regla, como es lógico, envuelve la idea elemental de que esos cuestionarios sean necesarios para el trabajo del perito. En el caso de autos, como se comprende sin esfuerzo, bastaba ordenar el reconocimiento ginecológico de la menor ofendida, ya que con ello se lograba el fin perseguido.

5. La notificación personal al defensor del auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio público, tiene por objeto ga-

rantizar el derecho de defensa, el cual eventualmente puede hacerse ineficaz a través de una simple notificación por estado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 13 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó al señor Oscar Pérez Upegui, como responsable del delito de corrupción de menores en la joven María Imelda Alvarez, a la pena de *un año de prisión,* le impuso las penas accesorias del caso y le concedió el beneficio de suspensión de la ejecución de ese fallo por un término de prueba de dos años.

HECHOS:

En la noche del 10 de octubre de 1957, las jóvenes Blanca Aurora Ramírez y María Imelda Alvarez, quienes trabajaban como domésticas en casa de la señora Aurora Roldán de Restrepo, ubicada en el centro de la ciudad de Santa Rosa de Osos, consiguieron permiso de su patrona para salir a la calle y como se encontraran en la plaza con los señores Daniel Correa Restrepo y Oscar Pérez Upegui, a invitación del primero, se entregaron a ingerir licor con ellos y luego, requeridas con ese objeto fueron a dar, con sus compañeros, a la finca "El Chaquiro", de propiedad del padre del segundo, en cuya casa el predicho Pérez Upegui practicó el acceso carnal con la menor Alvarez, muchacha que para entonces era mayor de catorce años pero menor de diez y seis.

ACTUACION PROCESAL:

El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos, previa clausura de la investigación y mediante auto del 3 de noviembre de 1958, llamó a juicio al señor Oscar Pérez Upegui, por el delito de corrupción de menores en la joven María Imelda Alvarez, determinación que el Tribunal Superior de Medellín, acorde con el concepto del Ministerio Público, confirmó en su providencia del 19 de mayo de 1959, la cual ratificó en la del 15 de junio del mismo año, al negar el recurso de reposición que se interpuso contra ella.

El 14 de noviembre del citado 1959 se dictó la sentencia de primer grado, en donde se condena al señor Pérez Upegui a la pena de once meses de prisión, se le aplican las penas accesorias correspondientes y se le concede el beneficio de suspensión en la ejecución del fallo por un término de prueba de dos años, fallo que el Tribunal Superior confirmó, de acuerdo, como en el caso del enjuiciamiento, con el parecer del Ministerio Público, en el suyo del 13 de julio del año pasado, salvo en lo que respecta a la pena principal, que elevó a un año de prisión.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada en tiempo, por conducto de apoderado y conforme a las exigencias legales, el recurrente invoca, en el carácter de principal, la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y como subsidiaria la causal cuarta del mismo texto legal.

La impugnación del fallo con invocación de la causal segunda se presenta a través de varios cargos, cinco de ellos referidos a la comprobación del cuerpo del delito, y tres con respecto a la prueba de imputabilidad y consiguiente responsabilidad. Esos cargos son los siguientes, reseñados conforme aparecen sustentados:

a) El reconocimiento médico a que fue sometida la menor María Imelda Alvarez carece de valor porque su autor, doctor Velásquez Londoño, era enemigo de uno de los sindicados, circunstancia que lo vicia por "grave sospecha de parcialidad";

b) El mismo reconocimiento médico de que se trata reviste el carácter de "inexistente", porque habiéndose nombrado dos peritos, se destituyó a uno de ellos "sin motivo alguno" y, de otra parte, en el Acta de Posesión del doctor Darío Velásquez Londoño, designado perito, y en la peritación que rindió se incurrió en "falsedad ideológica";

c) El dictamen médico a que se viene aludiendo no se puso en conocimiento del acusado Pérez Upegui y en esa suerte se violó el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, lo que quiere decir que "no es prueba, no está en firme, no puede tener efectos procesales".

d) El predicho dictamen médico, que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, "no es por sí plena prueba", no ofrece ningún valor de convicción en fuerza de que su autor, el doctor Velásquez Londoño, "no es legista, sino un médico común y corriente" y, de otra parte, aparece "absolutamente huérfano de motivación", planteamiento al cual se agrega textualmente lo que sigue:

"Pero hay todavía otras circunstancias que socavan y disminuyen el valor de esta pieza procesal. En el careo de folios 12 y ss., practicado el 21 de octubre de 1957, se pregunta a la ofendida que si el día anterior (el del reconocimiento) estaba sangrando, y contesta textualmente: 'Sí, señor, estaba con la regla, me dura tres días, me comenzó el jueves, hasta ayer tuve la regla' ".

"Es incuestionable que para un perito que no es especializado, la circunstancia anotada en el párrafo anterior constituye una peligrosa y relievante posibilidad de incurrir en error. Así se explica, por esta circunstancia y también por la ignorancia y ligereza del perito, lo mismo que por la enemistad con uno de los sindicados, el error en la peritación. Porque, además, en todos los tratados de Medicina Legal se aprende que el proceso de cicatrización del himen se cumple en un término máximo de ocho a diez días".

e) La edad de la menor, que se pretende ofendida se estableció con "la afirmación hecha por la denunciante", lo que es extraño, y con la partida de origen eclesiástico que obra al folio dos del expediente, la cual, según la ley, es prueba supletoria y en los autos aparece con el carácter de extrajudicial en razón de que no fue decretada y no se sabe cómo se incorporó a ellos. El recurrente se refiere al citado documento, en conclusión, así:

"Tiene pues, esta prueba, el carácter de extrajudicial, y por ello no podría constituír, ni con mucho, plena prueba de la edad de la menor, y por ende, del cuerpo del delito. Por lo demás, de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, 'para que un documento privado se tenga como auténtico, es preciso que se pruebe en el proceso su autenticidad', lo que no se hizo con el documento criticado. Y bien sabido es (artículo 250) que sólo los documentos públicos hacen plena fe de los hechos en ellos consignados. Al violar estos artículos (429, 203 y 250) el fallador, por errada apreciación de los hechos, atribuyó a la partida, en la sentencia, un valor probatorio que no tenía, a sabiendas de que servía para evidenciar uno de los elementos constitutivos del delito".

Fundado en los cargos expuestos, el recurrente sostiene que el cuerpo del delito no aparece comprobado en la medida necesaria en que lo requiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para que pueda dictarse sentencia condenatoria.

Los cargos en relación con la imputabilidad y consiguiente responsabilidad, se formulan así:

f) En el fallo acusado se le dio a la indagatoria de Pérez Upegui un valor del que carece e incluso, se le "hizo figurar afirmando hechos en ella negados", por cierto "en materia tan grave como la ejecución del coito", solo porque admitió que con la menor Alvarez había estado en una pieza de la casa de la finca de "El Chaquiro".

g) A las aserciones del compañero de Pérez, vale decir, del señor Daniel Correa, en cuanto dice "Allá me acosté yo a dormir en una pieza... me arrecosté un ratico y Blanca Aurora se acostó en la misma pieza donde estaba yo, cada uno en una cama por ahí como a la hora, me llamó Oscar y me dijo que nos viniéramos a traer las muchachas otra vez", se les dio una significación que, a más de tergiversar los principios del Derecho Probatorio, "constituye un caso aberrante de apreciación errónea de los hechos, para atribuírles un valor que no tienen".

h) El señor Pérez Upegui fue condenado con base en el testimonio de Blanca Aurora Ramírez, al cual se le dio crédito, no obstante su calidad de "prostituta" y las indicaciones del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, "mujer pública QUE AFIRMA QUE SU HERMANA ANA DE JESUS LE DIJO QUE IMELDA LE HABIA DICHO... Aquí sí la extralimitación no tiene nombre, la mixtificación de la prueba es ostensible". (Las mayúsculas son de la demanda).

La causal cuarta, invocada como subsidiaria, según quedó advertido, se sustenta conforme al siguiente enunciado que luego se desarrolla a través de siete cargos:

"En este proceso se violaron directamente los artículos 171, ordinal d; 203, 207, 260, inciso 2º; 263, 266 y 469 del Código de Procedimiento Penal; e indirecta pero flagrantemente el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto al vulnerar normas esénciales del procedimeinto, se vulneró igualmente el derecho de defensa, que es universal, no se oyó al sindicado

ni se le veneió legalmente, y se violaron normas de orden público que tutelan el ordenamiento jurídico general del país. Todo el proceso está viciado por no haberse observado 'la plenitud de las formas del juicio' ''.

Esos cargos son los que a continuación se procede a relacionar en el orden en que se exponen:

1º) El Secretario de la Alcaldía a cuyo cargo estuvo el sumario, es decir, la de Santa Rosa de Osos, fue separado de la intervención en el negocio, de acuerdo con la manifestación que hizo en el sentido de ser enemigo de uno de los sindicados, y sin embargo ''continuó interviniendo en la recepción de pruebas, o, por lo menos, en la tramitación... según puede verse en el auto cabeza de proceso y en las actuaciones de folios 62 y 64''.

2º) El perito médico que reconoció a la menor ofendida, doctor Velásquez Londoño, ''es o era enemigo personal de uno de los sindicados, según se desprende de las declaraciones de folios 153, 153 vto. y 155''.

3º) La partida de bautismo de la menor María Imelda Alvarez, visible al folio 2 del cuaderno principal del expediente, no se aportó a los autos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, por cuya razón se trata ''de una prueba de carácter extrajudicial'', la que, en ese orden, ''carece de los necesarios requisitos de autenticidad''.

4º) En relación con el dictamen pericial a que fue sometida la menor, María Imelda Alvarez, se violó el inciso 2º del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que fueron dos los peritos que se designaron con esos fines y solo uno de ellos actuó, prescindiéndose del otro ''sin motivo alguno'', extraño proceder al que se agrega el hecho de que ''en el Acta de Posesión y en el dictamen correspondiente se incurrió en un verdadero delito de falsedad ideológica..... por cuanto en el primero de tales documentos el Alcalde y su Secretario dan fe de que 'comparecieron los señores doctor Darío Velásquez Londoño y Jaime Vélez 'Alzate', y en el dictamen se afirma que 'comparecieron a esta oficina los peritos a quienes se refiere la posesión que precede', cuando es lo cierto que en ninguna de las dos oportunidades compareció el señor Jaime Velásquez Alzate''.

5º) ''Se violó el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal porque el Alcalde, en el auto que decretó la práctica de la prueba pericial (folio 3) no formuló cuestionario alguno, sino que se limitó a ordenar que 'por peritos designados al efecto, sea examinada la ofendida Imelda Alvarez' ''.

6º) Del dictamen pericial a que se sometió a la menor Alvarez no se corrió expreso traslado al procesado Pérez Upegui, lo que quiere decir que se le privó ''de ejercer el importantísimo derecho consagrado en el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal'', circunstancia ''que en este caso particular constituye sin duda un grave menoscabo del derecho de defensa''.

7º) ''Finalmente, se violó el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el señor Juez se limitó a declarar abierta la audiencia (folio 163), sin darle el trámite establecido por la ley a esta diligencia. Todo ello significa que en este proceso no se celebró audiencia pública''.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con la propiedad que le es característica y el juicio lógico que lo distingue, luego de que estudia la demanda, primero en conjunto y después en relación con cada una de las dos causales que se invocan, solicita que se deseche el recurso de casación propuesto. De este concepto se ocupará la Sala a medida que lo vaya creyendo oportuno.

Se considera:

El hecho de que la causal cuarta aparezca invocada como subsidiaria de la segunda, que es la que se aduce como principal, hace necesario estudiar, en primer término, los cargos con que se trata de fundamentar ésta última.

De conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal los peritos son recusables, como los Jueces, por las mismas causales que establece el artículo 73 de la misma obra, entre las cuales figura la prevista en el ordinal 5º de ese texto legal. En el proceso no aparece constancia respecto a que el perito doctor Darío Velásquez Londoño hubiera sido recusado.

De otra parte, según el artículo 267 ibídem, el dictamen pericial puede ser objetado en cualquier tiempo, en los juicios con Jurado, antes del veredicto, y en los demás casos, antes de que el asunto entre al Despacho del Juez para sentencia, por cualquiera de los que tienen derecho

a intervenir en el proceso, *"por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción"*.

Dentro del proceso no aparece que el señor Pérez Upegui por sí o por conducto de representante legal hubiera objetado el dictamen médico, y la verdad es que cuando lo hizo el señor apoderado de su compañero Correa Restrepo, conforme a memorial del folio 53 y s., guardó absoluto silencio, debiéndose advertir que para entonces ya se encontraba en la cárcel, según auto de detención del que se notificó debidamente con anterioridad a la fecha del citado escrito.

El dictamen médico, en lo que respecta a Pérez Upegui y en orden al punto de la enemistad que sirve de supuesto al cargo en examen, la cual no se propone como existente entre el expresado acusado y el perito, sino entre éste y Correa Restrepo, solo ha sido tomado para señalar que ofrece, como se afirma en la demanda de casación, "grave sospecha de parcialidad", fenómeno que, como es obvio, corresponde estudiarlo en las instancias, precisamente al hacer la apreciación de las pruebas. De ahí que en la sentencia de primer grado aparezca lo siguiente que se acoge en la de segunda:

"Y no está probada en autos la enemistad, que al tiempo de suscribir el dictamen, el médico oficial tuviera para con los procesados de autos. Es buena prueba de ello, el no haberlo recusado el apoderado de Daniel.

"Correa fija cómo a partir de cuatro años hacia atrás, el incidente que en su sentir dio al traste en la amistad con el doctor Velásquez, por la agresión de éste en el establecimiento del primero. Empero el testigo citado por Correa, hace datar de dos años antes la agresión que se dice cumplida por el médico, de la que apenas oyó hablar. (Folios 153 vto.). Y este mismo término fija el otro testigo que también es de oídas don Lisandro Díaz Roldán.

"El doctor Velásquez en declaración rendida (folio 158) manifiesta que a la fecha del dictamen no había tenido ninguna agresión contra Daniel, quien no tenía amistad tampoco con él, por motivo de 'algún incidente' ocurrido en la profesión con su hermano Iván Correa.

"No hubo recusación para el perito; éste no la conoció en ningún momento. Y sería razón baladí pretender que el perito declarara lo que él no tenía por tal.

"Por demás, no están contradichas las aseveraciones del entonces médico oficial, de no haber sido jamás agresor de Pérez sino buen amigo de éste".

El examen que se hace en los párrafos transcritos con relación a la tacha a que ellos mismos se refieren, evidentemente, es juicioso, ponderado y muy lógico, y entonces cabe aplicar la reiterada doctrina de esta Corporación, condensada en los siguientes términos:

"La estimación 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 que parte de los tribunales".

Los otros tres cargos relacionados con el reconocimiento médico y que se sintetizan en los literales b), c) y d), los rebate el señor Procurador conforme al siguiente análisis que la Sala comparte sin ninguna reserva:

"Pero el señor demandante, en el mismo punto que se viene tratando, expresa esto:

" 'Igualmente, las tachas que habrán de formularse al estudiar otra causal de casación, relativas al nombramiento de dos peritos y a la práctica destitución de uno de ellos sin motivo alguno, lo mismo que las falsas afirmaciones que se hacen en los documentos de folios 10 (falsedad ideológica), hacen inexistente la peritación, y por consiguiente el fallador, a un hecho que jurídicamente no existe, le está atribuyendo un valor probatorio que no puede tener'. (Folio 8, cuaderno 2º).

"No se escapa, por ser evidente, la falta de consecuencia, al alegar en tales términos, es decir, prometiendo formular otras tachas cuando se trate de otra causal y con el objeto de fundamentar la causal segunda.

"Con todo, lo que se diga aquí, valdrá igualmente cuando se haga alusión a la 'otra causal de casación'.

"Y a la verdad que es muy sencillo lo que ha de responderse por haberse afirmado que el dictamen médico fue rendido únicamente por el doctor Velásquez Londoño, médico-jefe del Centro de Salud de Santa Rosa de Osos (folio 3, cuaderno 1º), nombrado al efecto conjuntamente con el señor Jaime Vélez Alzate (carente éste último de título académico y quien ni siquiera se posesionó del cargo de perito), pues tal cuestión hubo de ser dirimida en diversas ocasiones en las instancias, y con fundamentos muy razonados, fue desechada, sin que sea da-

ble contraargüír que las cosas han variado al intentar el recurso extraordinario de casación.

"Se impone, por lo mismo, transcribir, a continuación lo que aparece dicho al folio 96 del expediente:

" 'Cuanto a la inexistencia técnica del peritaje médico no ve razón alguna el Despacho para estimarlo como tal. Si la ley adjetiva penal, en su artículo 260, reclama la práctica conjunta de las diligencias por todos los peritos, esto debe entenderse cuando en realidad sean plurales los que hayan concurrido al examen de los hechos sobre los que han de emitir concepto. El simple nombramiento de perito no implica, forzosamente, la concurrencia de éste a una diligencia, si con posterioridad a él el funcionario estimó innecesario su concurso por falta de la idoneidad requerida. No posesionado por tales razones, en manera alguna podía suscribir un dictamen que se creyó lo suficientemente técnico rendido por un perito en la materia. En tal caso solo hay un perito que desempeña las funciones encomendadas, quien únicamente puede suscribir la pericia y sin mengua alguna de su validez y existencia. El arbitrio de nombrar un perito (artículo 258) o varios, dado por la ley al funcionario, no puede entenderse que le sustrae de la facultad, posterior, de no posesionarle si lo estima —como en el caso de autos— profano en materias médicas. Bien creyó el señor Alcalde que bastaba el dicho del médico oficial, como es práctica corriente y reiterada en investigaciones de tal índole; y como lo autoriza y preceptúa el artículo 299 del Código de Procedimiento. No necesita ni siquiera posesionarlo, en virtud de que ejerce un cargo público, para el desempeño del cual previamente ha jurado cumplir a conciencia sus funciones de médico'.

"Este criterio fue prohijado por el honorable Tribunal, como puede verse al final del folio 124, ratificado por el Juzgado al folio 181 y, finalmente, nuevamente reafirmado en la sentencia que es materia del recurso (folio 223, primer párrafo).

"Se infiere, pues, que lo alegado por el señor abogado recurrente, carece de toda razón o fundamento.

"Lo propio es predicable con relación a la reiterada crítica hecha a la falta de conocimiento del susodicho dictamen por parte del incriminado Pérez Upegui y de la defensa, (circunstancia en la cual se hace pie para sostener que el mismo dictamen 'no es prueba y no está en firme', porque dicha cuestión fue debidamente estudiada en las instancias, siendo innecesario reproducir aquí lo expuesto al respecto, a fin de demostrar la sin razón del argumento defensivo nuevamente esgrimido.

"Y pasando a otro punto, se tiene que el actor insiste en sus críticas al reconocimiento médico, repitiendo que fue supervalorado el referido dictamen, lo cual, en su sentir, no ha debido hacerse, por virtud de la carencia de capacidad técnica especializada del perito, quien era o es 'un médico común y corriente'.

"Al respecto, observa este despacho que con expresiones o calificativos de tal jaez, endilgados a un profesional que cuenta con un diploma universitario, que garantiza su idoneidad para ejercer la profesión, propiamente no es posible desvirtuar el trabajo científico realizado. No es aceptable —se insiste en hablar así— que el señor demandante, sin seriedad alguna diga que 'el examen fue ligero, y que el perito se dejó engañar por el flujo menstrual y por la simulación de la examinada', pues los conocimientos médicos del perito, que deben suponerse existentes, no dan base para inferir gratuitamente que un profesional titulado, que ejerce un cargo de categoría, como es el de Jefe del Centro de Salud, aunque no sea Médico Legista, confunda el sanguinolento producto de la función biológica mensual de la mujer púber con los productos de otra naturaleza, provenientes de un acto de desfloración, por ejemplo".

La partida de bautismo de la menor María Imelda Alvarez, como aparece, fue aportada por la señora María Ventura Alvarez al formular la denuncia. Ella acredita plenamente la edad de la citada joven, igual a catorce años y ocho días para el día de los sucesos, porque es un documento auténtico cuyo valor probatorio solo puede desconocerse a través de una tacha de falsedad debidamente comprobada. Por lo demás, cabe anotar que en materia penal, donde todo se endereza a establecer hechos, el concepto de prelación de pruebas es absolutamente inadmisible, cuestión que el señor Procurador recalca en los siguientes adecuados términos:

"Pero conveniente también es apuntar que dicha partida de bautismo, tiene un pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales, porque en éstos, de lo que se trata es de establecer y comprobar hechos, a diferencia de los civiles, en los que para ejercitar determinados derechos o acreditar ciertas obligaciones es preciso producir, en primer término, la prueba principal del estado civil, conforme a los mandatos de la ley 92 de 1938 y los decretos

reglamentarios correspondientes, y a falta de aquélla, las demás pruebas supletorias que la misma ley civil reconoce, sistema éste que no es de rigor en lo criminal, porque el procedimiento penal no señala cuáles pruebas son principales y cuáles supletorias, para efectos de acreditar la edad de la víctima de un delito".

El señor Pérez Upegui reconoció que en una alcoba de la casa de "El Chaquiro", la noche del 10 al 11 de octubre de 1957, había estado a solas, por algún tiempo, en compañía de la menor María Imelda Alvarez, hecho que, como es racional, tiene el carácter de indicio casi necesario con respecto al acceso carnal de que fue objeto la joven, comprobado plenamente por medio del reconocimiento médico. En estas condiciones bien se comprende que en el fallo acusado lo único que se hizo fue dar a las manifestaciones de Pérez Upegui las debidas consecuencias, para luego concordarlas con los asertos de la ofendida, con las afirmaciones de su compañera Blanca Aurora Ramírez y con la testificación misma del señor Correa Restrepo y así sacar la conclusión lógica de que, evidentemente, Pérez Upegui practicó el coito, la noche de autos, con la referida muchacha. En este aspecto es también de interés reproducir las apreciaciones del señor Procurador, quien dice:

"Si el honorable Tribunal de instancia ha dicho que lo expuesto por la Ramírez 'debe ser cierto', no es porque haya tenido solamente, en cuenta, al sacar tal conclusión, el simple contenido de la declaración dé la citada mujer, sino porque ese testimonio lo cotejó con las demás pruebas de autos, resultando que esas otras pruebas no contradicen la imputación criminosa hecha por la misma Ramírez.

"En conclusión de todo lo contraargüído, este Despacho considera que la causal segunda de casación alegada, carece de fundamento y no puede, por consiguiente, prosperar".

Examinados los cargos que se formulan al fallo acusado con apoyo en la causal segunda, se procede a hacer otro tanto con los que se aducen con fundamento en la causal cuarta, que es la otra que se invoca.

El señor Jesús Arias, Secretario de la Alcaldía a cuyo cargo estuvo la investigación, conforme al impedimento que manifestó, fue separado de ella en providencia del mismo día de la denuncia, "a partir del auto cabeza de proceso, *exclusive,* en adelante", circunstancia que explica el hecho de que hubiera firmado el auto cabeza de proceso. Por este aspecto no existió, pues, ni siquiera una irregularidad.

Las actuaciones de los folios 62 y 64 del cuaderno principal del expediente se reducen a un oficio de la Alcaldía, firmado por el titular de ella y el Secretario Arias, en el que se comunica al Director de la Caja Agraria que el señor Daniel Correa Restrepo depositará en sus oficinas la suma de $ 100.00, "por concepto de fianza de cárcel segura", y a un auto que también firma Arias como Secretario, en donde se autoriza a la señora María Ventura Alvarez para trasladarse a Medellín con la menor María Imelda Alvarez y fijar allí su domicilio. Como es obvio, ninguna de estas "*actuaciones*" puede tomarse como violatoria de la Constitución.

Como puede apreciarse, los cargos que se formulan al fallo acusado con apoyo en la causal 4ª, cuya reseña aparece en los ordinales 2º, 4º y 6º de esta providencia, todos en torno al dictamen pericial, son los mismos que se adujeron con fundamento en la causal 2ª y entonces, como allí se estudiaron debidamente, no es necesario volver sobre el particular. Otro tanto cabe decir con respecto al cargo del ordinal 3º, examinado, a su vez, a través de la causal 2ª, invocada en primer término.

De acuerdo con el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal, en el auto en que se "decrete la práctica de la prueba pericial", se formularán "los cuestionarios que hayan de ser absueltos por el perito". Esta regla, como es lógico, envuelve la idea elemental de que esos cuestionarios sean necesarios para el trabajo del perito. En el caso de autos, como se comprende sin esfuerzo, bastaba ordenar el reconocimiento ginecológico de la menor Alvarez, ya que con ello se lograba el fin perseguido.

Como se vio en la reseña de los cargos, el recurrente sostiene que en el proceso "no se celebró audiencia pública" aspecto al cual se refiere el señor Procurador, con adecuada propiedad, así:

"Todo lo que hace el señor demandante, es valerse de un simple lapsus calami en que se incurrió al redactar el acta del folio 163, pues en vez de haberse dicho: 'para la continuación del acto', se expresó: 'para la celebración del acto', lo que carece de importancia, por ser absolutamente evidente, de acuerdo con lo atestado al folio 163 del cuaderno 1º, que el Juzgado del conocimiento, efectivamente se constituyó en audiencia pública, la que no tuvo mayor prolongación, precisamente por no haberse hecho presente ninguna parte interesada que quisiera hacer valer sus razones durante 'la celebración de dicho acto'.

"De otra parte, no debe perderse de vista que en el presente caso los sindicados no estaban detenidos en el momento de celebrarse la audiencia pública. Se hacía, pues, innecesario prolongar la audiencia, efectivamente abierta, sin la presencia de defensores, parte civil, Ministerio Público, etc.

"Por lo demás, la ley no dispone que tal acto haya de repetirse, si ocurre la circunstancia que se anota, estimándose la falta de asistencia como una tácita renuncia.

"Y no se olvide, por último, que el señor defensor de Pérez Upegui presentó el escrito visible a folio 164 y siguientes y el cual denominó: 'Alegato de audiencia pública'. Al obrar así, es decir, prescindiendo de alegar en forma verbal, lo que hizo fue proceder de acuerdo con la jurisprudencia que la honorable Corte ha sentado con relación al precepto contenido por el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal".

Por último, el recurrente alega una nulidad de carácter legal, que sustenta así:

"En efecto, de acuerdo con el ordinal d) del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, 'El auto en que se señala el día para la celebración del juicio' debe notificarse personalmente al defensor, lo que no se hizo en este caso, pues el auto en que se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública (fls. 162), se notificó personalmente al señor Personero, y por estados a las demás partes en el proceso".

Desde luego, es fácil comprender que la notificación personal al defensor del auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio público, tiene por objeto garantizar el derecho de defensa, el cual eventualmente puede hacerse ineficaz a través de una simple notificación por estado. En el caso que se estudia, en verdad, no hubo notificación personal de esa providencia al señor Defensor. Pero también es verdad que el citado derecho lo ejerció a plenitud ese defensor, alegando por escrito, por cierto de manera extensa y cuidadosa. No prospera, en consecuencia, este último cargo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de este fallo, dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 13 de julio del año pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

DESEMBARGO DE BIENES DE PROPIEDAD DEL PROCESADO

No existiendo avalúo sobre la cuantía de los perjuicios, resulta ilógico afirmar que hay "exceso" en el embargo y secuestro preventivos de los bienes del reo. Cuándo puede el Juez ordenar el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente. Indemnización de perjuicios.

1. "Cuando el fallo condenatorio que ha sido recurrido en casación, impone la obligación in genere al pago de los perjuicios causados por la infracción penal es improcedente la petición sobre el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de los bienes que se considera han sido embargados en 'exceso', por la potísima razón de que no existiendo avalúo sobre la cuantía de tales perjuicios resulta ilógico afirmar que hay exceso en el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del reo cuando no se conoce la 'cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado' por la infracción...".

2. "El juez penal debe, en forma imperativa ordenar de plano 'el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente' cuando las personas a cuyo favor se hubiere decretado los perjuicios civiles no presentaren, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria, la demanda civil para iniciar el juicio ejecutivo correspondiente' (art. 135 del C. de P. P.). A contrario sensu, mientras no haya transcurrido el citado lapso no puede ordenar el levantamiento del embargo y secuestro preventivo de los bienes del reo o reos que han sido condenados..." (Apartes del concepto de la Procuraduría que la Sala comparte).

La Sala habrá de negar la solicitud sobre levantamiento del embargo de los bienes del procesado, pues habiéndose condenado a éste, en la sentencia recurrida, "a indemnizar todos los perjuicios ocasionados con la infracción... en abstracto" y no habiéndose, por otra parte, liquidado dichos perjuicios hasta el momento, se carece enteramente de todo elemento de juicio para saber si existe o no exceso en el embargo de los bienes de propiedad del procesado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Dentro del proceso por homicidio contra Pastor Moreno, el defensor de éste, en memorial dirigido a la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, el 17 de mayo del presente año, solicitó se decretara el desembargo de los bienes de propiedad del procesado, fundándose para ello, en "que en la sentencia no se ha condenado al pago de los perjuicios determinados en concreto, sino al pago de una multa". Agrega el peticionario que "el exceso del embargo debe levantarse conforme a lo previsto en el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal".

El referido memorial fue enviado a la Corte Suprema, pues cuando él fue recibido el negocio ya había sido remitido a esta Corporación, en donde se tramita el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del Tribunal de Villavicencio.

Tramitada la solicitud, conforme lo previene el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, una vez declarado admisible el recurso de casación, se le dio traslado al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien pide que se niegue la petición de levantamiento del em-

bargo, fundándose para ello en los juiciosos razonamientos siguientes:

"1º La sentencia que ha sido recurrida en casación fue confirmatoria de la emitida por el juez *a quo* y en esta decisión judicial no se encuentra que al reo se haya condenado "al pago de una multa", por no haberse proferido sentencia condenatoria a la indemnización *concreta* de determinados perjuicios (materiales y morales) causados por la infracción. La afirmación que al respecto hace el peticionario carece de respaldo escrito en tales fallos. Lo que sí es cierto es que a Pastor Moreno se le condenó "a indemnizar todos los perjuicios ocasionados con la infracción, *condena que se hace en 'abstracto'* ", como indica el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada por el Juzgado 4º Superior del Distrito Judicial de Bogotá (f. 262 del cuaderno principal). (Este Despacho subrayó). Ahora bien: el fallo del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio (el cual ha sido recurrido en casación), no reformó, en ningún sentido, el del juez *a quo,* como se induce de su parte resolutiva cuyo tenor es el siguiente: "CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia apelada". (f. 41 del cuaderno 2º).

"Lo anterior permite afirmar que el primer argumento del peticionario carece de fundamento jurídico, porque se apoya en lo que no dice ni el fallo del juez *a quo,* ni la sentencia del Tribunal *ad quem.*

"2º Que en el caso *sub judice* es procedente cumplir lo prescrito por el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, asevera el memorialista. Esta cuestión requiere el estudio previo de las siguientes normas:

"a) El artículo 92 del Código Penal dice:

" 'En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado'.

"Este precepto impone la obligación perentoria a todo juez, en la situación prevista en su texto, de emitir sentencia condenatoria 'a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado' con la infracción; la obligación que allí se impone es solidaria para los 'responsables'. Bien: —si los perjuicios se han determinado, en legal forma, el juez proferirá fallo en el cual se condena al pago de una determinada suma de dinero, vale decir que la condena es *en concreto,* en este caso. Pero si, por diversos motivos, a la sentencia se llega sin que exista el avalúo firme de tales perjuicios (los morales y los materiales que surgen por la comisión de determinadas infracciones penales), entonces el juez debe emitir sentencia condenando *en abstracto* o *in genere,* a la indemnización 'de todos los perjuicios que se hayan causado' por la infracción. En ambos casos, siempre que la decisión judicial que se profiera condene al reo o a los reos como responsables de la violación de la ley penal.

"b) El artículo 94 del mismo estatuto dice:

" 'Si el delito no hubiere causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente, podrá el juez no obstante imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del Tesoro Nacional'.

"Como, fácilmente, se deduce el evento que en tal norma se contempla es uno bien diferente: el que el daño causado por 'el delito (debiendo haberse dicho 'infracción') *no pueda avaluarse pecuniariamente',* lo que es bien diferente al hecho de *no haberse producido el avalúo* sobre los perjuicios ocasionados por determinadas infracciones de la ley penal. Tal norma, quizá, fue la que tuvo en cuenta el peticionario cuando habla de que al procesado Pastor Moreno no se le ha condenado 'al pago de perjuicios determinados en concreto, sino al pago de una multa'. (El subrayado de la Procuraduría).

"c) El artículo 130 del Código de Procedimiento Penal que invoca a su favor el memorialista, es del tenor siguiente:

" *'En cualquier estado del proceso en que el sindicado compruebe que ha habido exceso en el embargo y secuestro preventivo de bienes, el juez decretará el desembargo de lo excedente'.*

" 'La solicitud del sindicado se tramitará como articulación según las normas del procedimiento civil y se formará cuaderno separado'.

"Este precepto, cuyo primer inciso ha sido subrayado por este Despacho, permite en sana interpretación deducir lo siguiente: 1º Que la solicitud sobre levantamiento del embargo y secuestro de lo excesivamente embargado y secuestrado es procedente 'en cualquier estado del proceso', por lo cual la honorable Corte es competente para resolver la articulación que allí se señala aún dentro del trámite del recurso extraordinario de casación. 2º Que al sindicado y a su representante legal, como es natural, le corresponde *probar* 'que ha habido exceso en

el embargo y secuestro preventivo de bienes' del procesado o procesados.

"Ahora bien: de conformidad con el sentido natural y obvio de la expresión 'EXCESO' ella significa: 'Parte que excede y pasa más allá de la medida o regla; lo que sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito: aquello en que una cosa excede a otra...' (Diccionario de la Lengua Española, décimaoctava edición; 1956). Quiere decir lo anterior que cuando el legislador, en el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, habla del 'exceso en el embargo y secuestro preventivo de bienes' se refiere al evento en que *resulte comprobado* que los bienes pertenecientes al reo o reos han sido embargados o secuestrados más allá 'de los límites de lo ordinario o de *lo lícito'*, vale decir de lo permitido —en este caso— por la ley misma y que se encuentra señalado en el artículo 128 del mismo estatuto cuyo tenor es así:

"'El juez, en el mismo auto en que ordene la detención, decretará el embargo preventivo de los bienes inmuebles y el embargo y secuestro preventivo de los bienes muebles de propiedad del sindicado EN CANTIDAD SUFICIENTE PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS QUE SE HUBIEREN OCASIONADO'.

"'Si el auto...' (La mayúscula del Despacho).

"Y el artículo 129 *ibídem* contempla la misma obligación cuando 'se tratare de delitos que no exigen detención preventiva...'.

"¿Y cuándo se habrá comprobado que los bienes del procesado o procesados han sido embargados y secuestrados en exceso, es decir más allá de la 'cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado' por la infracción penal? Sencillamente cuando ocurra uno de estos casos:

"a) Que habiéndose producido el avalúo de los perjuicios causados por la infracción penal, la suma fijada en él (y no sujeta a controversia futura alguna) sea menor que el valor de los bienes del reo que han sido embargados y secuestrados preventivamente. Entonces sí podrá *comprobarse* que hay *exceso* de bienes embargados y secuestrados provisionalmente y será viable la petición que se haga al respecto, 'en cualquier estado del proceso' que, lógicamente, será siempre posterior al avalúo mismo de los perjuicios y al dictamen de los peritos nombrados para tal efecto (arts. 24, 25 y 26 de la Ley 4ª de 1934 y arts. 442 y concordantes del C. de P. P.).

"b) Que, al no haberse producido el avalúo 'a que se hizo referencia antes, al emitirse sentencia condenatoria *in genere* a la indemnización de 'todos los perjuicios que se hayan causado' con la infracción de la ley penal se haya tramitado el incidente a que alude el artículo 553 del Código Judicial (de aplicación al procedimiento penal por mandato del artículo 7º de este estatuto) y producido un dictamen en el cual se señale la cuantía de los perjuicios en cantidad inferior a la que representan los bienes del reo o reos que han sido embargados y secuestrados por el juez penal. Siempre y cuando que tal dictamen haya sido aprobado como indica el artículo 553 del Código Judicial.

"Claro está que para que no sea irrisorio el derecho de la parte perjudicada por la infracción penal se ha de acudir pronto a solicitar el avalúo o liquidación de los perjuicios causados, procurando que el término señalado en el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal (sesenta días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria) no sea excedido, pues en este caso existe una obligación imperativa para el juez penal cual es decretar 'de plano el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente'. No escapa a esta Procuraduría que el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal contempla una situación bien definida, que habrá de comentarse a continuación, pero para el fin que se está estudiando —la procedencia de la solicitud sobre levantamiento del EXCESO de lo embargado y secuestrado preventivamente al reo Pastor Moreno— se ha afirmado que existen dos eventos en los cuales podrá comprobarse que hay 'exceso en el embargo y secuestro preventivo' de bienes del procesado y uno de tales eventos es precisamente el que se contemplado (sic) en la letra b.

"d) Otra norma interesa analizar para concluír sobre la viabilidad de la solicitud que se estudia. Se trata del artículo 135 antes mencionado y cuyo texto es éste:

"'Si las personas a cuyo favor se hubieren decretado los perjuicios civiles no presentaren, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, la demanda civil para iniciar el juicio ejecutivo correspondiente, *el juez decretará de plano el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente'*.

"Este precepto legal se refiere a una moda-

lidad fácilmente comprensible: la de no haberse presentado ante el juez civil competente la demanda ejecutiva para lograr el pago de los perjuicios causados por la infracción penal, dentro del término 'de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria'. Y al ocurrir tal omisión se debe imperativamente, por parte del juez penal, decretar 'de plano el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente'. Del estudio de esta norma se deduce en forma lógica lo siguiente:

"Que la sentencia condenatoria a que se refiere tal artículo no puede ser otra que aquella en la cual se ha producido una *condena específica o en concreto* al pago de los perjuicios causados por la infracción penal, pues ello es apenas obvio si se atiene al artículo 982 del Código Judicial que, tras de indicar las obligaciones que pueden exigirse ejecutivamente —entre las cuales se hallan las que emanan 'de una decisión judicial que deba cumplirse,— indica como condición esencial, además, que 'del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una OBLIGACION EXPRESA, CLARA Y ACTUALMENTE EXIGIBLE de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, O DE PAGAR UNA CANTIDAD LIQUIDA DE DINERO'. Y el mismo precepto dice que: 'Entiéndese por cantidad líquida, la que puede expresarse en un guarismo determinado sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas'.

"Y lo anterior es evidente: solo prestará mérito ejecutivo una sentencia condenatoria penal que imponga la obligación de indemnizar los perjuicios causados por la infracción siempre y cuando que tal obligación sea de pagar 'una cantidad líquida de dinero', lo cual no ocurre en las sentencias condenatorias en las cuales se impone la obligación al pago de los mismos perjuicios pero *in genere* o *en abstracto*. En este evento último habrá de acudirse conforme indica el artículo 553 del Código Judicial y logrado el avalúo sí será procedente la acción ejecutiva ante el juez civil respectivo.

"No obstante lo expuesto, el juez penal debe dar cumplimiento estricto al artículo 135 del Código de Procedimiento Penal cuandoquiera que transcurrido el término en dicha norma señalado no se ha presentado ante el juez civil la demanda ejecutiva correspondiente y ello aún tratándose de una sentencia condenatoria ejecutoriada en la cual se imponga la obligación *in genere* de indemnizar los perjuicios causados por la infracción. La razón de este aserto se hace manifiesta si se tiene en cuenta cuál fue la finalidad que persiguió el legislador al consagrar tal texto: impedir que los bienes del reo que han sido embargados o secuestrados preventivamente se mantengan *indefinidamente* en tal *status* legal con notorio daño para aquél, haciéndose claro que poco interés tendrá la parte beneficiada con la condena al pago de los perjuicios causados por la infracción cuando deja transcurrir el término allí señalado sin acudir a la vía civil a lograr el pago de la obligación a su favor. Pero a la misma solución se llegará con fundamento en el siguiente principio de hermenéutica jurídica: donde el legislador no distingue, no le es permitido al intérprete distinguir. Esto indica que bajo la expresión 'sentencia condenatoria' cabe aquella en la cual se ha producido condena en concreto al pago de todos los perjuicios ocasionados por la infracción y la que impone la obligación *in genere* al mismo pago.

"La incongruencia aparente que se anota de la interpretación que se viene haciendo del artículo 135 del Código de Procedimiento Penal es consecuencia de la reforma introducida por los artículos 24 y 25 de la Ley 4ª de 1934, reforma —se repite— que vino a derogar el sistema uniforme que imperaba en el Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) y mediante el cual el juez penal en forma oficiosa *debía* decretar el avalúo de los perjuicios causados por la infracción penal (arts. 453 y 455). Ello implicaba que el juez penal, conocido el dictamen sobre la cuantía de los perjuicios mencionados, al proferir sentencia condenatoria contra el reo o reos les imponía la obligación solidaria —si fueren varios los procesados— o bien la obligación —si fuere uno solo el reo— de pagar determinada suma de dinero, es decir la citada condena no era viable producirla *in genere*, como actualmente ocurre en multitud de casos. Por ello en el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal se habla de una hipótesis que hoy ocurre en pocos procesos: la sentencia condenatoria ejecutoriada que presta mérito ejecutivo, es decir aquella en la cual se impone la obligación de pagar 'una cantidad líquida de dinero'.

"Ahora bien: de todo lo anterior esta Procuraduría concluye lo siguiente:

"1º Cuando el fallo condenatorio que ha sido recurrido en casación impone la obligación *in genere* al pago de los perjuicios causados por la infracción penal es improcedente la petición sobre el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de los bienes que se considera han sido embargados y secuestrados en 'exce-

so', por la potísima razón de que no existiendo avalúo sobre la cuantía de tales perjuicios resulta ilógico afirmar que hay exceso en el embargo y secuestro preventivos de los bienes de propiedad del reo cuando no se conoce la 'CANTIDAD SUFICIENTE PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS QUE SE HUBIEREN OCASIONADO' por la infracción. Mas aún si se atendiera tal petición carecería de objeto proceder al avalúo de tales perjuicios (que permite el artículo 553 del C. J.), toda vez que en definitiva el juicio ejecutivo se haría irrisorio y las medidas preventivas mencionadas no tendrían la operancia positiva que determinó al legislador para que fueran consagradas. Con facilidad podría acontecer la 'insolvencia' del reo condenado por el juez penal.

"A la misma conclusión se llega cuando el levantamiento del embargo y secuestro preventivos, de lo que ha sido embargado y secuestrado en exceso, se solicita en las instancias. En efecto: donde hay una misma razón debe haber la misma solución, enseña la sana hermenéutica jurídica.

"2º El juez penal debe, en forma imperativa ordenar de plano 'el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente' cuando 'las personas a cuyo favor se hubiere decretado los perjuicios civiles no presentaren, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, la demanda civil para iniciar el juicio ejecutivo correspondiente' (art. 135 del C. de P. P.). A *contrario sensu,* mientras no haya transcurrido el citado lapso no puede ordenar el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de los bienes del reo o reos que han sido condenados. Lo anterior significa que, no existiendo en la actualidad sentencia condenatoria ejecutoriada contra el procesado, durante la tramitación del recurso extraordinario de casación, no es viable solicitar 'el levantamiento del embargo y secuestro de los bienes de propiedad del procesado'. Tampoco es procedente la misma petición ante los jueces de instancia, con apoyo en la norma mencionada, sino transcurrido el término legal en ella señalado.

"Aplicando el anterior criterio al caso presente, esta Procuraduría estima que la invocación del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal no es viable por cuanto no existe condena en concreto y, por lo tanto, no se sabe si existe o no exceso en el embargo de los bienes pertenecientes al procesado Pastor Moreno con los cuales se ampara la indemnización de todos los perjuicios 'que se hayan causado' con la infracción penal que se atribuye al reo. Ni siquiera se puede afirmar que lo embargado constituye 'cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado' (art. 128 ibídem). ¿Cuál es el exceso embargado que 'debe levantarse', si no ha sido comprobado?

"Y menos aún puede ordenarse 'el levantamiento del embargo de los bienes de propiedad del procesado', como dice el memorialista, porque tal petición no encuentra respaldo alguno, en la actualidad".

La Sala comparte el criterio de su colaborador Fiscal, y por lo tanto, habrá de negar la solicitud sobre levantamiento del embargo de los bienes del procesado Moreno, pues habiéndose condenado a éste, en la sentencia recurrida, "a indemnizar todos los perjuicios ocasionados con la infracción... *en abstracto*", y no habiéndose, por otra parte, liquidado dichos perjuicios hasta el momento, se carece enteramente de todo elemento de juicio para saber si existe o no exceso en el embargo de los bienes de propiedad del procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *niega* el levantamiento del embargo de los bienes de propiedad del procesado Pastor Moreno.

Cópiese y notifíquese.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL.

Pruebas producidas extemporáneamente. Carácter obligatorio de asistencia profesional a los sindicados. Los jueces y las garantías del derecho de defensa. No se compadece con la organización judicial y con los preceptos institucionales que la rigen, que un acusado pueda quedar indefenso. Restitución de términos hábiles para la defensa del procesado.

1. No deja de ser irregular y contrario a la lealtad del debate judicial que un medio de prueba que el sentenciador debe valorar, se produzca extemporáneamente y apenas se allegue a los autos después de proferirse sentencia de segunda instancia.

2. Es del más elemental conocimiento que las garantías consagradas por el artículo 26 de la Constitución, tutelares del derecho de defensa frente a la acción penal ejercida por el Estado contra las personas cuya conducta las coloca en calidad de sujetos pasivos de esa acción, no son letra muerta, ni ordenamientos que los poderes públicos puedan facultativamente cumplir o dejar de cumplir. La misma ley de procedimiento acoge y desarrolla de modo imperativo lo estatuído en la Carta para establecer la asistencia profesional de los sindicados con carácter obligatorio por medio de apoderados, si de sumarios se trata, y de defensores a partir de la vocación a juicio.

Esa asistencia profesional vincula al abogado, haya mandato voluntario del procesado o designación oficiosa del juez, en términos que entrañan un deber legal y moral, de una parte, y una función pública, de otra, a efecto de que el juzgamiento de toda persona acusada se cumpla con lealtad y sin mengua de los derechos humanos.

3. Por encima de consideraciones que se entrelazan con la conducta del abogado y consecuencias en el proceso penal, precisa tener en cuenta que en el mantenimiento y observancia de las garantías de la persona también están comprometidos los jueces, y caso de ser violado o conculcado el derecho, a ciencia y paciencia de los mismos funcionarios, necesariamente se produce la nulidad constitucional.

4. Es irritante que en un juicio rituado por las normas del Decreto 0014, de por sí restrictivo, nada haya intentado el defensor para hacer buena o menos grave la conducta de su cliente, y no se compadece con la organización judicial que rige y con los preceptos institucionales que la inspiran que un acusado pueda quedar totalmente indefenso.

5. La naturaleza del procedimiento contemplado en el Decreto 0014 indica que la viciada actuación que debe corregirse dando validez a la causal 4ª de casación, afecta el trámite a partir de la notificación del auto de detención, pues empieza ahí el término para la solicitud y práctica de pruebas, pero sin que la invalidez afecte dicha providencia, pues se trata es de devolver al acusado los términos hábiles para su defensa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Juan de Dios Carvajal González (a. "El Chejo") fue condenado por el Tribunal Superior (Sala Penal) del Distrito Judicial de Pamplona en sentencia de 31 de octubre de 1960, a la

pena principal de seis (6) años de presidio y a las correspondientes accesorias, como responsable del delito de robo.

Contra este fallo recurrió en casación el procesado, quien designó ante la Corte al doctor Carlos E. Camacho, abogado inscrito, para formular la demanda, exigencia cumplida oportunamente mediante escrito que obra de folios 11 a 26 del cuaderno número 4.

Agotados como están los trámites del recurso, la Sala procede a *decidir*.

HECHOS:

Se refiere la investigación a un delito de robo en las primeras horas de la noche del 2 de abril de 1957 en el sitio denominado "El Urengue", fracción de Piedras del municipio de Chitagá, el que se perpetró a mano armada por varios sujetos en asalto contra la casa de los hermanos Pedro Natividad, Roberto, Circuncisión y Rosa Peña, de quienes se apropiaron dinero y bienes por cuantía mayor de dos mil pesos. Entre los autores del hecho sólo fue identificado Juan de Dios Carvajal, al cual se refiere la sentencia recurrida.

DEMANDA DE CASACION

Tres son las causales que en orden a obtener la invalidación del fallo acusado invoca, a saber:

a) La 4ª señalada en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad";

b) La 2ª indicada en la misma disposición: "Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulta manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción, y

c) La primera, en el orden del acotado artículo 567: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Siendo la causal 4ª la aducida con prevalencia por el demandante e imponiéndose su estudio como cuestión principal en la impugnación del fallo, la técnica misma del recurso exige examinar si la decisión del *ad quem* descansa sobre una actuación procesal viciada de nulidad que imponga, a través de la casación ordenar se reponga el procedimiento.

Y si la impugnación prospera, como habrá de prosperar, por el motivo indicado, sólo a la causal de nulidad hará referencia el fallo de la Corte.

Por dos aspectos que el señor apoderado estima integran nulidades de orden constitucional por afectar el derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Carta, sustenta la demanda los cargos.

Afirma que no hubo "la plenitud de las formas propias de cada juicio" que ordena la Carta Fundamental", porque el testimonio del señor Gustavo Suárez, a quien citó en el curso de su indagatoria para establecer que en el día y hora en que tuvo cumplimiento el delito "se encontraba a más de 40 leguas de distancia, en el sitio de San Isidro de propiedad del señor Gustavo Suárez dedicado a labores agrícolas", no fue recibido en la debida y necesaria oportunidad, sino el 31 de octubre de 1960 y agregada a los autos el 21 de noviembre siguiente, mucho después de proferido el fallo de segundo grado.

Estima el demandante que, al contravenirse el ordenamiento contenido en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, y "siendo la declaración del señor Gustavo Suárez un testimonio de vital importancia para la defensa de Juan de Dios Carvajal, ésta no se verificó por inercia y negligencia de los juzgadores, lo que implica que por este aspecto se quebrantó el derecho de defensa del procesado, generándose por este aspecto la nulidad constitucional prevista en el artículo 26 de la Constitución por la no observancia de la plenitud de las formas propias del juicio".

Aparte de lo anterior y como segundo cargo, afirma el demandante que en el trámite del proceso el profesional que tuvo a su cargo la representación y defensa del acusado incumplió ostensiblemente los deberes propios a su cargo al no pedir pruebas en favor de su cliente, ni formular alegato alguno en su favor dentro del término señalado en el artículo 61 del Decreto 0014 de 1955, limitándose en su mandato a oír una notificación e interponer un recurso de apelación.

CONCEPTO

DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al responder la demanda, estima que el primer cargo no alcanza a viciar el proceso hasta el punto pretendido por el recurrente, pues el testimonio del señor Gustavo Suárez, así hubiera podido apreciarlo el fallador, no tiene el mérito que se le quiere asignar como demostrativo de una coartada para el acusado. Dice el distinguido colaborador que "haber estado trabajando el acusado durante 'todo el mes de abril de 1957' en la finca del declarante Suárez, es cosa posible de creer, sin que ello necesaria y forzosamente descarte que el día de los hechos hubiera transitoriamente abandonado el lugar de sus oficios cotidianos, viajando al municipio de Chitagá y participando en el robo de que fueron víctimas los hermanos Peña, en su propia casa situada en el paraje denominado 'El Urengue'. En este orden de ideas, concluye la Procuraduría Delegada, ninguna importancia tiene, por consiguiente, que el Tribunal de instancia no hubiera tenido oportunidad de conocer el texto de la declaración en mientes, porque —como se ha visto— ella carece de significación probatoria".

Pero si al referido cargo resta importancia y significación el Ministerio Público, otro es su criterio en cuanto al desamparo del procesado en el curso de la actuación para hacer valer su derecho de defensa, pues a más de acoger como violatorias de ese fundamental derecho las informalidades enunciadas por el demandante, agrega las que pasan a transcribirse:

"Sobre este mismo respecto, la Procuraduría cree que el propio señor demandante se quedó corto al formular el cargo de que ahora se trata. Por consiguiente y a fin de que se evidencie hasta qué extremo fueron conculcadas las garantías que la Constitución y la ley otorgan a todo procesado, se permite destacar a continuación las irregularidades cometidas en detrimento de los intereses de Juan de Dios Carvajal.

"En primer término se comprueba que a raíz de la inculpación hecha por los testigos Pedro Natividad y Roberto Peña a Carvajal, de haber sido uno de los autores del delito de autos, ni se ordenó ni se obtuvo la captura de este último, a fin de que rindiera declaración indagatoria y se hiciera presente en las secuelas del juicio.

"Bien porque el instructor no consideró conveniente lograr esa comparecencia, sino más bien llevar adelante la investigación, allegando pruebas que, de uno u otro modo, en algo comprometen al sindicado ausente.

"Pero más grave es que Carvajal viniera a enterarse de que se le instruía un sumario en Chitagá, desde hacía dos años aproximadamente. Fue por ello por lo que, temeroso de su suerte, recurrió al Juez Primero del Circuito Penal de Bucaramanga, a objeto de que ordenara que se le recibiera declaración indagatoria y pudiera así dar cuenta Carvajal de sus descargos, ocurriendo, a la postre, que la solicitud recibida el 23 de enero de 1960 (fl. 30 v., cuad. 1º), apenas fue satisfecha el 8 de junio del mismo año, es decir, cuando ya se había proferido en contra del procesado el auto de detención visible al folio 37 del citado cuaderno.

"También es debido anotar la circunstancia consistente en que a pesar de haber designado Carvajal, como apoderado suyo al señor doctor Rodrigo A. Tristancho (ver memorial del fl. 29 ibídem), éste circunscribió todas las gestiones propias del mandato recibido, a posesionarse del cargo el 22 de enero de 1960, ante el Juez Primero del Circuito de la ciudad de Pamplona. Y gracias a su desidia, pasaron los seis meses que se cuentan entre la fecha de su posesión y la del auto de detención de su poderdante. Del lugar o ciudad en que se dice en autos que reside el aludido abogado, éste se trasladó a Pamplona por una sola vez. Se olvidó, pues, de su defendido, cuya situación jurídica quedó, si se quiere, provisionalmente calificada con la providencia mencionada encarcelatoria, la cual, tratándose como en el presente caso de un asunto tramitado con arreglo a las normas del Decreto número 0014 de 1955, viene, en cierto modo, a corresponder al auto de proceder de que trata el Código de Procedimiento Penal.

"No solicitó la práctica de prueba alguna el señor doctor Tristancho, en el momento de ser enterado del contenido del auto de detención. De haber sido consecuente con el encargo recibido, hubiera podido —por ser ello más que elemental u obvio— que entre su patrocinado y los testigos de cargo, se verificaran los consiguientes cargos, con más veras si la providencia que se le notificaba expresamente le reconocía el derecho de reclamar la realización de las probanzas que fueran conducentes.

"La única actuación del abogado en cita consistió —como lo observa el recurrente— en ape-

lar de la detención decretada, pero sin proceder posteriormente a sustentarla.

"Tampoco se hizo presente, cuando al fin de cuentas pudo rendir indagatoria el acusado. Entonces sucedió que el Juzgado Primero Penal del Circuito se vio precisado a designarle al doctor Jesús Mogollón Parra como apoderado de Carvajal, para los efectos de dicha diligencia. Sin embargo, cometió el aludido Despacho el tremendo desacierto de no tomarle juramento ni posesionar del cargo al profesional nombrado de oficio.

"Finalmente, se tiene que el doctor Tristancho no alegó de conclusión no obstante que le fue corrido el traslado débido (ver auto del folio 59, ibídem).

"Fue tal el abandono, que Carvajal se vio en la necesidad de presentar el 3 de agosto de 1960 un memorial en cuyo texto sostiene nuevamente ser inocente e insiste en que se reciba declaración juramentada a Gustavo Suárez, anotando de paso que ese testimonio seguramente sería corroborado, en sus términos favorables, por la señora esposa de Suárez y por los otros obreros que con Carvajal trabajaban a servicio del mismo Suárez.

"Con relación al mentado escrito, bueno es indicar que no mereció la más mínima consideración por parte del fallador de primera instancia a quien iba dirigido.

"Siendo todo lo anteriormente expuesto, fiel reflejo de la realidad procesal, la conclusión a que se llega es que Juan de Dios Carvajal careció en absoluto de defensa, por cuyo motivo la nulidad supra-legal denunciada es de toda evidencia".

Prospera, en concepto del señor Procurador Primero Delegado, la causal 4ª y consecuentemente pide a la Sala "que CASE la sentencia que ha sido recurrida, y disponga la devolución del proceso al Juzgado de origen por conducto del honorable Tribunal de instancia, a fin de que se reponga el procedimiento a partir de la notificación del auto de detención, esto con el objeto de que el procesado al nombrar defensor, o en su defecto, al nombrárselo de oficio el Juzgado del conocimiento, pueda gozar efectivamente de las respectivas garantías constitucionales y legales".

CONSIDERA LA SALA:

1º Si bien sobre el primer cargo formulado al fallo en la demanda de casación difícilmente podría fundarse la nulidad supralegal que se alega, no deja de ser irregular y contrario a la lealtad del debate judicial que un medio de prueba que el sentenciador debe valorar, se produzca extemporáneamente y apenas se allegue a los autos después de proferirse sentencia de segunda instancia. La importancia que el testimonio del señor Suárez pueda tener para decidir de fondo acerca de la responsabilidad del acusado, no es materia que la Corte estime prudente examinar, pero de todos modos la desidia o negligencia de los funcionarios en este particular supone un eslabón más en las omisiones e irregularidades ocurridas en el trámite de la causa, que a la postre incide para afianzar los motivos de queja contra la sentencia recurrida.

2º Es del más elemental conocimiento que las garantías consagradas por el artículo 26 de la Constitución, tutelares del derecho de defensa frente a la acción penal ejercida por el Estado contra las personas cuya conducta las coloca en calidad de sujetos pasivos de esa acción, no son letra muerta, ni ordenamientos que los poderes públicos puedan facultativamente cumplir o dejar de cumplir. La misma ley de procedimiento acoge y desarrolla de modo imperativo lo estatuído en la Carta para establecer la asistencia profesional de los sindicados con carácter obligatorio por medio de apoderados, si de sumarios se trata, y de defensores a partir de la vocación a juicio.

3º Esa asistencia profesional vincula al abogado, haya mandato voluntario del procesado o designación oficiosa del juez, en términos que entrañan un deber legal y moral, de una parte, y una función pública, de otra, a efecto de que el juzgamiento de toda persona acusada se cumpla con lealtad y sin mengua de los derechos humanos.

4º Si quien recibe el encargo de defensor, por negligencia, desidia, o por simples razones económicas, incumple el impostergable deber que le es propio; descuida los intereses del procesado y propicia con su inmoral conducta un fallo condenatorio o más gravoso del que justamente podría haber obtenido, llenando a cabalidad su ministerio, a más del daño a la persona causa agravio a la justicia.

5º Pero por encima de todas estas consideraciones que se entrelazan con la conducta del abogado y consecuencias en el proceso penal, precisa tener en cuenta que en el mantenimiento y observancia de las garantías de la persona también están comprometidos los jueces, y caso de ser violado o conculcado el derecho, a cien-

cia y paciencia de los mismos funcionarios, necesariamente se produce la nulidad constitucional.

6º En el proceso que se estudia resulta evidente que el acusado careció de defensa, por los hechos que anota el demandante y los que agrega el Ministerio Público. Es irritante que en un juicio rituado por las normas del Decreto 0014, de por sí restrictivo, nada haya intentado el defensor para hacer buena o menos grave la conducta de su cliente, y no se compadece con la organización judicial que rige y con los preceptos institucionales que la inspiran que un acusado pueda quedar totalmente indefenso.

7º La naturaleza del procedimiento contemplado en el Decreto 0014 indica que la viciada actuación que debe corregirse dando validez a la causal 4ª de casación, afecta el trámite a partir de la notificación del auto de detención, pues empieza ahí el término para la solicitud y práctica de pruebas, pero sin que la invalidez afecte dicha providencia, pues se trata es de devolver al acusado los términos hábiles para su defensa.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el proceso al Juzgado del conocimiento por conducto del Tribunal Superior de Pamplona para que se reponga el procedimiento a partir de la notificación del auto de detención, de fecha 18 de abril de 1960.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO COMETIDO EN COMPLICIDAD CORRELATIVA Y EN EL CURSO DE RIÑA IMPREVISTA.

En los juicios con intervención del Jurado la sentencia del juez de derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto. Interpretación de la causal 3ª de casación. La Sala reitera su doctrina referente a la necesaria correspendencia entre el auto de vocación a juicio, el veredicto y la sentencia.

Es indudable que en los juicios con intervención del Jurado la sentencia del juez de derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto, salvo el caso de ser éste contrario a la evidencia de los hechos. De ahí por qué, de ordinario, la causal tercera no cabe argüirla para buscar la contradicción o desacuerdo entre el fallo y el auto de proceder. Pero esta tesis invocada por el señor Procurador Delegado con cita de algunos fallos de la Corte no puede tomarse con un valor absoluto e indiscriminado. Ante todo hay que tener presente que la cuestión que se propone al Jurado ha de acomodarse a los términos específicos del procesamiento, que delimitan el poder juzgador de los jueces de hecho, máxime si las condiciones o circunstancias que se atribuyen al delito no sufren variación en el plenario de la causa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de 5 de abril de 1960, reformatoria de la pronunciada el 10 de julio de 1959 por el Juzgado Sexto Superior del mismo Distrito, dispuso condenar a José Alfonso Palacio y Gabriel Muñoz o Cárdenas a la pena principal de 4 años de presidio, en lugar de 2 impuestos en el fallo de instancia. Los demás ordenamientos contenidos en éste fueron confirmados, entre ellos la condenación de Pedro Palacio a dos años de presidio.

Contra lo resuelto por el Tribunal, interpuso recurso extraordinario de casación el doctor Juan Antonio Velandia en su calidad de defensor y por lo que respecta a los acusados José Alfonso y Pedro Palacio. De los apoderados constituídos ante la Corte para formular las demandas solo el representante del primero lo hizo (folios 16 a 24, cuaderno 7º), no así el del segundo, quien desistió del recurso, según aparece del memorial que obra a folio 25 del cuaderno citado.

Cumplidos a cabalidad los trámites de la casación procede *decidir*.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Tanto el demandante como el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal acogen la versión que de los sucesos motivantes de la investigación contiene el fallo recurrido, a saber:

"El domingo 22 de abril de 1956, se encontraban reunidos en la fonda de Esteban Ríos, situada en la vereda del 'Sirpe', de la jurisdicción de 'El Convenio', varios individuos, entre ellos, Pedro, Heliodoro, Alfonso, Miguel y Ramón Helí Palacio, Zacarías Mahecha, Gabriel Muñoz, Serafín López, José Cárdenas, Gilberto Prieto, Jacinto Quintana, Roberto Lancheros y otros; unos ingerían bebidas embriagantes y otros jugaban tejo. Todo transcurría

dentro de la mayor armonía, cuando como a eso de las seis y media de la tarde manifestó Roberto Lancheros que se había envolatado la sobrecarga de la bestia en que conducía el mercado, porque la había buscado por todas partes sin que hubiera aparecido u obtenido noticia de ella y que aunque los individuos que estaban allí presentes eran muy honrados, lo que se perdía no aparecía. Oídas estas frases por Alfonso Palacio, le llamó la atención a Lancheros para que se fuera hacia su habitación, consejo que aceptó éste, por lo que prestó un lazo, cargó el mercado en el caballo y salió. Hallándose ya en la cancha de tejo, llegó en esos momentos Zacarías Mahecha y le dijo a Roberto que él era el que le había echado la vieja a una hermana de Zacarías, reclamo por el cual Roberto le tiró a Zacarías con una vara que portaba, por encima de Alfonso Palacio, y todos tres cayeron al suelo. En defensa de uno y otro de los contendientes salieron la mayoría de los allí presentes, y se formó una gazapera en que salieron a relucir las peinillas-machetes, los garrotes y sonaron dos tiros de revólver que según algunos testigos fueron hechos por quien rato después resultó muerto. De este encuentro resultó lesionado en un brazo con arma cortante Alfonso Palacio, que al decir de algunos deponentes fue obra de Roberto Lancheros, y éste resultó con varias lesiones de arma cortante, entre ellas en el bulbo raquídeo por la luxación occipito- atloidea, que le causó la muerte, según el dictamen médico-legal que obra a los folios 37 y 38".

Clausurada la etapa sumaria y oído el concepto fiscal, quien solicitó auto de vocación a juicio para los sindicados Pedro, Alfonso, Heliodoro y Miguel Palacio, Serafín López, Zacarías Mahecha y Gabriel Muñoz, por homicidio simplemente intencional en complicidad correlativa, y sobreseimiento definitivo en favor de Moisés Méndez y Octavio Sánchez, el Juzgado del conocimiento calificó de fondo el sumario de acuerdo con la petición fiscal. En la parte considerativa de su proveído enmarcó las circunstancias del ilícito en estos términos:

"La conclusión a que se acaba de llegar en el considerando anterior, merece, igualmente, con arreglo a lo comprobado en autos, se reconozca una modalidad a la figura de homicidio cometido, o sea, que a éste le es aplicable el artículo 385 del Código Penal, vale decir, que se trata en el presente caso, con relación a los imputados, de una responsabilidad correlativa, toda vez que no se logró determinar cuál de los agresores produjo el golpe que ocasionó el 'desnucamiento', como vulgarmente se dice, de Lancheros, o sea, que tal figura tiene lugar cuando varios sujetos toman parte en la ejecución de un homicidio o de una lesión personal, ignorándose cual sea el autor, y se separa de la generalidad de los delitos de complicidad en razón de que ésta última se predica de toda clase de delitos y la complicidad correlativa dice relación exclusivamente al homicidio y a las lesiones personales. Violentas críticas se han hecho al artículo que consagra tal figura por considerarla que coloca al cómplice en la categoría de autor y que el primero viene a recibir la sanción del segundo, cuando el grado de participación en el hecho, de unos y otros, es diferente. Sin embargo, en nuestro medio, dicha disposición sí ha servido para remediar, así sea medianamente, la impunidad en cierta clase de hechos, como el presente, que se quedaría sin sanción, por no aparecer demostrado quién fue el autor del golpe que produjo la muerte, pese a que se acreditó que entre siete individuos agredieron al sujeto pasivo y esa agresión le causó la muerte. De consiguiente, con la modalidad apuntada se concretará la imputación a los sindicados.

"El doctor Juan Antonio Velandia, como apoderado de los acusados Alfonso y Pedro Palacio solicita, sin que ello implique aceptación de la responsabilidad de sus patrocinados, que el Juzgado reconozca, para el primero, que obró en riña imprevista para él y en cuanto al segundo, el estado de ira causado por injusta y grave provocación. A este respecto no desconoce el Juzgado que en verdad Alfonso Palacio, cuando Zacarías Mahecha injurió a Roberto Lancheros, porque ha de convenirse que no fue por el temperamento belicoso de Lancheros que se inició la sarracina, sino por el desplante de don Zacarías, Palacio solo intervino con la intención de mediar o de apaciguar, sin que adoptase actitud favorable o agresiva contra ninguno de éstos, pero dio la mala suerte que al contestar Lancheros el ultraje que se le irrogaba y trenzarse la contienda, parece que involuntariamente alcanzó a cortar en un brazo a Alfonso Palacio que también fue a dar a tierra por la acción que precisamente quería evitar. En tales condiciones, no puede negarse la imprevisión del lance para este acusado, pues en realidad ni lo quiso ni lo estuvo buscando y en él se vio envuelto, ciertamente, en forma intempestiva".

Al cumplirse la vista pública de la causa fueron sometidas al Jurado las cuestiones correspondientes a cada uno de los acusados. Por

lo que toca a José Alfonso Palacio, único recurrente, la respuesta de los jueces de hecho afirmó la responsabilidad "en riña" (folio 231, cuaderno 1º), veredicto éste con que desataron la cuestión propuesta en los siguientes términos:

"¿El acusado José Alfonso Palacio, es responsable de haber causado la muerte, con el propósito de matar, a *Roberto Lancheros,* mediante lesión traumática consistente en una luxación corto-punzante localizada en la parte lateral derecha del tórax a la altura del noveno espacio intercostal, hecho cometido por el procesado en complicidad correlativa con otras personas y en el curso de una riña que tuvo para él carácter de imprevista, en las primeras horas de la noche del domingo 22 de abril de 1956, en el punto denominado "Fresnito", en la fracción del "Sirpe" del corregimiento de Convenio, Municipio del Líbano, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial?".

En el curso de la audiencia, el señor Fiscal del Juzgado solicitó en su intervención se declare la responsabilidad de los enjuiciados, "pero con la salvedad que el Juzgado reconoció a Alfonso Palacio de haber actuado en el transcurso de una riña que fue imprevista para él, porque su ánimo no fue el de pelear sino de mediar en el inicial altercado que se suscitó entre Roberto Lancheros y Zacarías Mahecha, atenuante que el Juzgado con muy buen criterio reconoció". (Folio 242, cuaderno 1º).

En providencia del 21 de julio de 1958, el Juzgado Segundo Superior declaró, conforme a derecho, "contrarios a la evidencia de los hechos los veredictos del Jurado referentes a Pedro Vicente Palacio, Heliodoro Palacio, Zacarías Mahecha y Serafín López Blanco" para "que ante un nuevo Jurado de conciencia se vuelva a debatir el caso de cada uno de ellos".

Expresó la misma resolución: "Aplázase la sentencia correspondiente a José Alfonso Palacio, Gabriel Muñoz o Cárdenas y Miguel Palacio, mientras se obtienen los veredictos del Segundo Jurado relacionados con los otros cuatro procesados". (Folios 247 a 253, cuaderno 1º).

En la parte motiva el Juzgado estimó que "el veredicto relacionado con José Alfonso Palacio y que expresó 'Sí es responsable en riña', no merece reparo ninguno, ya que ciertamente se acreditó la participación de este sindicado en los hechos en los cuales perdió la vida Roberto Lancheros, y que su intervención ocurrió en el curso de una riña imprevista, tal como lo admitió el Juzgado en el auto de proceder; este sindicado inicialmente intervino en forma amistosa, pero luego se vio envuelto en la contienda. De modo que este veredicto se ajusta a la realidad procesal y debe ser acogido por el Juzgado".

Al revisar el Tribunal el auto aludido le impartió su aprobación y consignó en la parte motiva esta consideración:

"También en lo que hace al procesado José Alfonso Palacio la decisión popular no merece reparo alguno por haberle reconocido a este procesado la modalidad de la riña imprevista, pues esta circunstancia, además de haberle sido reconocida en el auto de vocación a juicio, aparece plenamente demostrada en el proceso". (Folio 269).

Surtidos los trámites de la segunda audiencia pública, ya ante el Juzgado Sexto Superior en virtud de nuevo reparto del proceso, se dictó la sentencia de primer grado. En ella se impuso al recurrente, con aplicación de los artículos 362, 384 y 385, la pena de dos años de presidio, o sea, el mínimo autorizado por tales disposiciones.

En la sentencia impugnada, para fundamentar la decisión reformatoria y elevar la sanción señalada a José Alfonso Palacio y Muñoz o Cárdenas, se hacen estos razonamientos:

"Debe tenerse en cuenta ante todo que el primer veredicto emitido por el Jurado es ley del proceso en cuanto hace relación a los señores José Alfonso Palacio, Gabriel Muñoz o Cárdenas y Miguel Angel Palacio. Se dice esto porque no fue declarado contraevidente en su debida oportunidad. Así las cosas, se impone la absolución de Miguel Angel Palacio y la condena en contra de José Alfonso Palacio y Gabriel Muñoz o Cárdenas, por homicidio simplemente intencional, cometido en complicidad correlativa y en el curso de una riña. Al no calificar la riña el Jurado de conciencia, de imprevista, esta circunstancia no se puede tomar como atenuante, porque precisamente lo que convierte la riña en atenuante es el hecho de que se suscite de modo imprevisto para el agente. Ocurre lo mismo que cuando el Jurado responde en un veredicto que el procesado es responsable en estado de ira, sin especificar que causada por grave e injusta provocación. En ese caso la ira apenas es una causal de menor peligrosidad y no circunstancia modificadora de la responsabilidad.

"Podría decirse con algún fundamento en contra de esta interpretación, que el Jurado de conciencia no es técnico en estas materias y que

por ende su veredicto es susceptible de interpretación favorable al reo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que esas circunstancias modificadoras de la responsabilidad, consta de manera clara y expresa en el cuestionario que se pone a su consideración, de tal manera que cuandoquiera que ellas existen, a los Jurados les basta con responder con un sí rotundo, sin entrar en más detalles. Así en el caso de José Alfonso Palacio, si se hubieran limitado a responder con un, sí es responsable, en la sentencia habría de reconocérsele la atenuante de la riña suscitada de modo imprevisto, porque esa circunstancia figuraba en el cuestionario, pero al responder que sí en riña, modificaron el cuestionario, y le quitaron el carácter de imprevisto a aquélla, cuestión que bien podían hacer, pues el Jurado, tanto como el Juez, no tienen como límite el cuestionario, sino el pliego de cargos contenido en el auto de proceder".

DEMANDA DE CASACION

Se presentó en el escrito que obra de folios 16 a 24 del cuaderno número 7, con sujeción a las exigencias de forma y a las que la técnica del recurso imponen.

Separa en dos capítulos los motivos de impugnación, los que hace consistir en no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, ni de acuerdo con el veredicto del jurado (causal tercera), y por indebida aplicación de la ley penal (causal primera).

Para sustentar el cargo primeramente enunciado, por sus dos aspectos, el señor apoderado da, entre otras, estas razones:

"Bien comprendo que en los juicios en que interviene el Jurado, solamente es procedente el segundo cargo, vale decir, el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto. No obstante estimo que es de vital importancia la consideración del primero en este caso porque al interpretar el veredicto del Jurado en relación con José Alfonso Palacio, en la forma en que lo hizo el honorable Tribunal de Ibagué, lo ha puesto en manifiesto desacuerdo con el auto de vocación a juicio. Esta situación se hace más irritante si se considera que el propio Tribunal para llegar a esa conclusión cambia el criterio expresado en la providencia de fecha 13 de noviembre de 1958 (folio 269 del cuaderno principal).

"En las alegaciones orales ni el señor Agente del Ministerio Público ni la defensa desconocieron ese extremo procesal de la riña imprevista que en lo relacionado con José Alfonso Palacio aparece plenamente comprobada en los autos. En todas las actuaciones de los funcionarios, al relatar los hechos materia del proceso, esa circunstancia se pone de manifiesto. José Alfonso Palacio se vio envuelto de manera sorpresiva en una tremenda lucha o reyerta que él no quería, que no buscó y en la cual entró de manera completamente involuntaria, pues su propósito fue el de alejar del terreno al señor Roberto Lancheros para que no fuera a tener peleas con nadie. La riña se presentó para mi representado cuando él menos lo esperaba, es decir, cuando Lancheros movido por una ofensa de Mahecha, le lanzó un garrotazo a éste por encima de Palacio. Situación procesal más clara, más acorde con lo que debe entenderse y se ha entendido por riña imprevista no hay. Desconocerla, sin razón ni fundamento, como vamos a verlo, es contrariar las más elementales normas de Justicia.

"Para que pudiera entenderse que los señores jueces de conciencia negaron la circunstancia de la riña imprevista, sería necesario que en el veredicto apareciera expresamente esa negativa porque no sería legal hacer más gravosa la situación del procesado sin el cargo expreso que así lo imponga. Si los señores del Jurado hubieran querido quitarle el carácter de imprevista a la riña, es claro, es lógico que así lo hubieran expresado en su decisión calificando la riña de no imprevista. Su silencio en la calificación quiere decir y así debe entenderse por estar acorde con la realidad procesal, que el pensamiento de los jueces fue el de aceptar para José Alfonso Palacio la riña imprevista. Ellos consideraron que no era necesario repetirlo porque precisamente constaba esa circunstancia en el cuestionario sometido a su consideración.

"El honorable Tribunal Superior de Ibagué, como Juez de derecho, no estaba autorizado para dar esa interpretación caprichosa o distinta al veredicto del jurado y menos con base en las razones que aduce para ello, por ser contrarias a la ley. En la debida oportunidad procesal, ha podido considerarlo contraevidente, pero lejos de ello, manifestó que no ofrecía reparo alguno por haberle reconocido a mi defendido la modalidad la riña imprevista por considerar plenamente demostrada esta circunstancia en el proceso. Solo ahora, contrariando su propio pensamiento, sus propias decisiones y el mandato constitucional que impone la obligación de aceptar la situación favorable al procesado,

viene a expresar un convencimiento que se aparta de la decisión del jurado y que coloca a esta decisión en contradicción con el auto de proceder sin razón ni fundamento.

"Al descartar la riña imprevista el honorable Tribunal resuelve aumentar la pena a José Alfonso Palacio acogiendo así un cargo más grave del contenido en el auto de enjuiciamiento, por haber interpretado en forma desfavorable u odiosa la decisión de los jueces de conciencia. Como esto constituye una violación flagrante de la Constitución y de la ley y es motivo de casación, considero honorables Magistrados que el fallo del honorable Tribunal Superior de Ibagué, proferido en este proceso en cuanto dice relación a José Alfonso Palacio, debe invalidarse e imponerse a éste la sanción que le corresponde, o sea, la señalada por el señor juez *a quo*".

El segundo cargo lo sustenta así:

"Ya hemos visto cómo el Tribunal Sentenciador dio al veredicto del jurado una interpretación que no traduce fielmente la intención de los señores jueces de conciencia y que se salió de los límites determinados por ellos, lo que motivó un fallo completamente ilegal. Esa errónea interpretación lo llevó también a la violación de la Ley Penal sustantiva como vamos a verlo.

"Si el honorable Tribunal hubiera tenido en cuenta la verdadera expresión de la responsabilidad del acusado manifestada por el Jurado hubiera aplicado los artículos 362, 384 y 385 del Código Penal en los cuales se señala la pena correspondiente al homicidio simplemente voluntario, en complicidad correlativa y riña imprevista. Pero no lo hizo así porque lejos de someterse en su razonamiento a los mandatos legales que le imponen la obligación de someterse a la decisión popular claramente expresada, resolvió sustituír al Jurado y tratar de corregir supuestos defectos que no contenía el veredicto. Si se trataba de interpretarlo ha debido hacerlo tratando de acomodarlo a la ley y a la realidad procesal.

"Con ello el Tribunal violó la ley sustantiva penal por indebida aplicación porque en el caso presente, por lo que toca a José Alfonso Palacio, no podía aplicar solamente los artículos 362 y 384 del Código Penal, sino que también debían aplicar el artículo 385 por estar plenamente demostrado que el homicidio se sucedió en riña imprevista y esta circunstancia no haber sido descartada expresamente por el Jurado.

"Por estas razones el fallo debe invalidarse y proferirse en su lugar el que deba corresponderle a José Alfonso Palacio, teniendo en cuenta el verdadero sentido del veredicto y la realidad procesal. Este fallo no puede ser distinto al proferido por el señor juez *a quo*".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Que no sea casada la sentencia solicita de la Corte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal. Arguye para sustentar su petición que la causal tercera no es de recibo en los juicios con intervención del jurado si lo que se alega es falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, porque el fallo en tales casos está subordinado al veredicto y no al auto de vocación a juicio. Transcribe en apoyo de su opinión algunas sentencias de la Sala acerca de este importante punto.

En cuanto a la causal primera igualmente estima que es improcedente por descansar la argumentación de la demanda en los mismos razonamientos expuestos en torno a la tercera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1ª Es indudable que en los juicios con intervención del Jurado la sentencia del juez de derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto, salvo el caso de ser éste contrario a la evidencia de los hechos. De ahí por qué, de ordinario, la causal tercera no cabe argüírla para buscar contradicción o desacuerdo entre el fallo y el auto de proceder. Pero esta tesis invocada por el señor Procurador Delegado con cita de algunos fallos de la Corte no puede tomarse con un valor absoluto e indiscriminado. Ante todo hay que tener presente que la cuestión que se propone al Jurado ha de acomodarse a los términos específicos del procesamiento, que delimitan el poder juzgador de los jueces de hecho, máxime si las condiciones o circunstancias que se atribuyen al delito no sufren variación en el plenario de la causa.

2ª En el caso de autos admitió el juez del conocimiento haber ocurrido el homicidio en el evento de una riña imprevista, circunstancia que quedó contenida en la cuestión propuesta al Jurado. No haber afirmado éste que la riña tuvo ese carácter no desvirtúa la calificación atenuada del ilícito, pues el Jurado estaba circunscrito para su veredicto a lo preceptuado por el vocatorio.

3ª En la interpretación de la causal tercera, precisamente frente a planteamientos como los que aquí se hacen, dijo esta Sala en sentencia de 17 de abril del año en curso lo que pasa a copiarse y que vale como fundamento para que prospere el recurso a estudio, entendiendo, como hay que entender, que la sentencia acusada, a más de no guardar concordancia con el auto de enjuiciamiento, se separa del contenido que lógicamente cabe atribuír al pronunciamiento del Jurado:

"2ª En los juicios con intervención del Jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

"De allí por qué, por mandato del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que derogó el 498 del Código de Procedimiento Penal, 'el cuestionario que el juez someta al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica)'. Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la 'calificación genérica del hecho que se imputa', deben consignarse 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen'. (C. de P. P., artículo 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del Código Penal, sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el Código de Procedimiento Penal solo autoriza al juez en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, apreciar y calificar 'las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

"3ª Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Puede sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometiera a la decisión del Jurado".

"Con toda claridad ha dicho en repetidas ocasiones esta Sala:

" 'El auto de enjuiciamiento 'constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda'. (Casación, 15 abril 1931, XXXVIII, 532).

" 'Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella pieza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualitativas de asesinato, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputándosele determinado cargo para responder dentro del juicio habría la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se le formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave'. (Cas., 29 noviembre 1933, XLI, bis, 162).

" 'Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Cons-

titución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio'. (Cas., 13 agosto 1940, L, 532).

" 'El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas *modificadoras* que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1936), o involuntario (Código de 1890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (*o intencional*, como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el jurado no solo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el poder público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio'. (Cas., 19 febrero 1941, LI, 85).

" 'El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al Jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo *asesinato*, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuente la inculpación de asesinato'. (Cas., 15 septiembre 1942, LIV, 173).

" 'Del contenido del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, y especialmente de lo que estatuye el numeral 3º se desprende que el juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el *nomen juris* que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo, discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el artículo 363 del Código Penal, que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esas circunstancias en la providencia enjuiciatoria. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del Código Penal, por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder'. (Cas., 5 noviembre 1947, LXIV, 156).

" 'No se puede agravar en la sentencia el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, apenas fue intencional.

" 'No puede el juez someter al jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluída de los cargos formulados en el auto de proceder, hubiérase aplicado el antiguo o el nuevo estatuto procesal penal, porque el enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa'. (Casación de 27 de octubre de 1944, G. J., tomo LVIII, número 2016, pág. 353).

" 'El auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y éste al auto de proceder, a menos que en el período probatorio se modifique la calificación hecha en el auto referido. Y es vínculo éste que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado; así, el juez no puede presentar al jurado sino los hechos y circunstancias que se hayan comprendido en la calificación del sumario, ni el jurado puede dar decisiones que se opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición. Y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones crearon este recurso extraordinario (de casación) con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó —el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros— y que la Constitución garantiza en virtud de la norma, según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio'. (Casación de Jorge Enrique Yepes, de 17 de agosto de 1945, G. J., tomo LIX, números 2024, pág. 498).

"6ª Ahora bien: en el caso *sub júdice* no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la *causal tercera:* en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el *enjuiciamiento,* el *veredicto* y la *sentencia.* Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"7ª No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación, que en juicios con intervención del Jurado pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluír que solo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

"8ª Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que solo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

4ª Todo lo expuesto está indicando que hay lugar a invalidar parcialmente el fallo impugnado, conforme a lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, a efecto de individualizar la pena con aplicación de los textos legales realmente infringidos (362, 384 y 385 del C. P.).

5ª La sanción privativa de la libertad imponible al procesado es la señalada en la sentencia de primer grado por no mediar para agravarla circunstancias de mayor peligrosidad.

6ª Como el recurso prospera con base en la causal ya estudiada no hay lugar a examinar la invocada en segundo término por el recurrente.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *invalida,* parcialmente la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué, y *dispone* reducir a dos años de presidio la pena principal impuesta a José Alfonso Palacio, como responsable del delito de homicidio. Las sanciones accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige el fallo recurrido.

Admítese el desistimieno formulado a folio 25 del cuaderno número 7, en cuanto al recurso de casación interpuesto a nombre del acusado Pedro Palacio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

Además, la Sala de Casación Penal profirió durante los meses de junio, julio y agosto de 1961, las sentencias que se relacionan a continuación, las cuales no se publican por falta de espacio.

Delitos contra la Administración Pública. Quedó demostrada la inexistencia de los delitos de que se acusó a un Juez. No puede admitirse que la simple equivocación sea delito. Por providencia de 2 de junio de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso adelantado contra el doctor Efraín Arenas Archila (Juez Promiscuo de Circuito), por los delitos de abuso de autoridad y denegación de justicia.

Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad.

Impedimentos. Consiste el impedimento alegado por el funcionario en que su cuñado desempeñó anteriormente el cargo de apoderado de la parte civil en este mismo proceso. La causal consagrada en el numeral 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Por providencia de 6 de junio de 1961, se declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior para conocer del proceso adelantado contra Julio Eraso A., por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Sobreseimiento definitivo. En el proceso quedó claramente demostrada la inocencia del Juez acusado. En forma indirecta y vacilante su acusador le había imputado la comisión de algún delito contra la Administración Pública. Por providencia de 6 de junio de 1961, se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín a favor del doctor Arturo Tobón Acosta, exJuez de Circuito Penal, por el delito de cohecho. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Ilegitimidad de personería en el querellante. Este proceso sumario, relacionado con la ética profesional del abogado, no se originó por querella de parte interesada, ni por disposición oficiosa del Tribunal. La Ley 69 de 1945 no consagra una acción popular. Nulidad procesal por ilegitimidad de personería del querellante. Por providencia de 7 de junio de 1961, se invalida lo actuado en el proceso adelantado contra el doctor Arturo Berrío Parra, —por presuntas faltas contra la ética profesional—, en el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Etica del abogado. El profesional acusado comprobó satisfactoriamente sus descargos. La parte querellante incurrió en inexactitudes al formular sus acusaciones. Se ordena investigación contra ella. Por providencia de 7 de junio de 1961, proferida en el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Medellín contra el doctor Rafael Sanín Mejía, por presuntas faltas contra la ética profesional, se reforma la providencia consultada, en el sentido de disponer que se saque copia de lo conducente para que por el Juez competente se siga, de oficio, el procedimiento por calumnia contra la querellante señorita Alicia Olarte V. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Prescripción de la acción penal. Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción adelantada contra tres exJueces Superiores a quienes se imputaba el haber incurrido en morosidad en el despacho de un proceso penal.

Por auto de 15 de junio de 1961, así lo resuelve la Sala en el proceso adelantado, contra los doctores Juan Zárate Ramos, Ignacio Meléndez Piñeres y Francisco Daza Padilla, en el Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Colisión de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la de Policía. Los hechos delictuosos tuvieron ocurrencia en 1952 y los sindicados eran por entonces agentes de la Policía. Diversos regímenes legales con relación a la institución de la Policía y a la competencia para el juzgamiento de sus miembros. Por providencia de 19 de junio de 1961, se dirime la colisión de competencias surgida en el proceso adelantado contra Samuel Ramos Rey y otro por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo, en el auto de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice.

Competencia para el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional. Los delitos investigados en este proceso tuvieron ocurrencia el día 30 de octubre de 1953, y de ellos se sindica a quien por entonces desempeñaba el cargo de Agente de la Policía. Se resuelve una colisión de competencias. En providencia de 19 de junio de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Miray Velásquez Rodríguez, por los delitos de hurto y lesiones personales, la Sala resuelve que el conocimiento de este negocio corresponde al Comando de la Policía Nacional del Departamento de Caldas y no a la justicia ordinaria. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice.

Colisión de competencias entre la justicia penal militar y la ordinaria. Los sindicados son simples civiles a quienes se imputaron los delitos de homicidio, robo y asociación para delinquir. Invocando esta última sindicación y lo dispuesto en el artículo 139, ord. c) del Decreto 2900 de 1953, el Juez ordinario consideró que era a la Justicia Castrense a quien correspondía conocer del caso. Tal es la decisión de la Corte de fecha 21 de junio de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Julio César Jaramillo Ríos y otros. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

La Corte llama a responder en juicio criminal, por delito de peculado, a un exGobernador de Departamento. Por providencia de 22 de junio de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del Coronel Daniel Cuervo Aráoz, en su calidad de exGobernador del Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Momento y lugar en que se consuma un delito de estafa. Mediante una fingida negociación y la entrega de unos cheques desprovistos de todo valor, logró el estafador hacerse entregar un camión. La circunstancia de que los mentidos instrumentos indicaban ser pagaderos en lugar distinto al de la negociación, motivó la colisión de competencias. Ejemplos varios para evidenciar el momento en que se consuma el delito de estafa. Por providencia de 23 de junio de 1961, se desata la colisión de competencias suscitada respecto del proceso adelantado a Rubén Jaramillo Toro y otro. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad.

Técnica del recurso de casación. El escrito presentado para sustentar el recurso de casación no reúne, en el caso de autos, las condiciones indicadas en el artículo 531 del Código Judicial. Por providencia de 26 de junio de 1961, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso que, por los delitos de homicidio y lesiones personales, se adelantó a Abraham Rodríguez Pérez. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Homicidio. Causal 2ª de casación en juicios con jurado. La alegación de la causal 2ª de casación resultó improcedente en este caso, y en cuanto al cargo formulado con invocación de la causal 4ª, se halló totalmente desprovisto de respaldo procesal. Por sentencia de 27 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado contra Francisco Javier Echeverri Escobar. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

En materia penal, no existe el recurso de revisión contra sentencias dictadas en única instancia por la Corte. Por sentencia de 5 de julio de 1961, se abstiene la Sala de ordenar la revisión del fallo proferido por la misma, en única instancia, en el proceso adelantado a Pablo Alberto Borrero Olano por el delito de peculado cometido en el desempeño del cargo de Cónsul General en Los Angeles (California). Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Competencia de la Corte Suprema de Justicia para juzgar a los Comandantes Generales que ejercen mando sobre todas las Fuerzas Armadas de la República. Por providencia de 11 de julio de 1961, proferida en el proceso ade-

lantado al General Alberto Pauwels y otros, se dispone enviar el expediente al Tribunal Superior Militar para los efectos señalados en la misma. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Prevaricato. Criterio jurídico del juez en la interpretación y aplicación de la ley. Para la configuración del delito de prevaricato, es necesario demostrar que actuaron factores de malicia o dolo. Sentimientos de amistad o animadversión. Por providencia de 11 de julio de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Buga mediante la cual se ordenó la casación del procedimiento adelantado contra el doctor José Gerardo Recio Bueno, Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago por los cargos que se le formularon. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Cambio de radicación de proceso penal. Se justifica para evitar que la justicia siga sufriendo quebranto, o cuando fundadamente se presume que pueda sufrirlo. Por providencia de 13 de julio de 1961, proferida en el proceso adelantado por homicidio contra Segismundo Milanés Espinosa y otros, se emite concepto favorable al cambio de radicación solicitado. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Recurso de hecho. Requisitos para conceder legalmente el recurso extraordinario de casación. Por providencia de 13 de julio de 1961, proferida en el proceso adelantado a Rubén González Montaño y otros, por delito contra la fe pública, se declara que no hay lugar en el caso de autos al recurso de casación, y que en consecuencia estuvo bien denegado por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Recurso de casación interpuesto por apoderado de la parte civil. La parte civil únicamente puede recurrir en casación cuando la sentencia impugnada es condenatoria. Facultad de la parte civil en el proceso penal. Carácter accesorio de la acción civil en relación con el ejercicio de la acción penal. Limitaciones al actor civil. Por providencia de 13 de julio de 1961, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso adelantado a Adolfo Guaca y otros como responsables de varios delitos. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Impedimento y recusación. Por providencia de 31 de julio de 1961, proferida en el proceso adelantado por el Tribunal Superior de Quibdó contra Miguel Angel Ferrer y otros, por el delito de violencia carnal, se declara fundada la causal de recusación propuesta contra el Magistrado del referido Tribunal doctor Luis Mardonio Salazar, y en consecuencia lo declara separado del conocimiento de este negocio. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía. Los hechos previstos en la Ley 69 de 1945, tienen el carácter de faltas o contravenciones. Término de la prescripción de la acción punitiva. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Responsabilidad penal del abogado. Por providencia de 1º de agosto de 1961, la Corte reforma la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual declaró prescrita la acción adelantada al doctor Alfonso Uribe Maldonado, según querella formulada por el señor Francisco González Arbeláez. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Colisión de competencias. Delitos de hurto militar y tráfico y posesión ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, salvo las excepciones consagradas en el Código de Justicia Penal Militar y por regla general, los sindicados serán juzgados por la misma Fuerza a que pertenecen, salvo las excepciones de este Código. Por providencia de 9 de agosto de 1961, la Corte dirime la colisión de competencias planteada entre el Comando de la Base Germán Olano, de la Fuerza Aérea Colombiana, con sede en Puerto Salgar (Cundinamarca) y el Comando del Batallón de Ingenieros Militares, Francisco José de Caldas, con sede en Nilo (Cundinamarca), en el sentido de declarar que corresponde a la institución primeramente nombrada el conocimiento del proceso adelantado al soldado Enrique Novoa Mayorga, por los delitos antes enumerados. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez.

Sanciones disciplinarias por faltas en el ejercicio de la profesión de abogado. Término inicial para que se cumpla el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, originada en la mora del abogado en el cumplimiento de obligaciones profesionales. Por providencia de 10 de agosto de 1961, la Corte confirma la dictada por el Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual suspendió en el ejercicio de sus funciones de abogado al doctor Marco Tulio López Angel. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Impedimentos. La Corte por auto de 17 de agosto de 1961, resuelve que es infundado el

impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Supremo de Aduanas, doctor Alvaro Hinestrosa para conocer del proceso que se adelanta a Ildefonso Castaño Tirado y otros. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

El delito de lesiones personales de carácter culposo, no puede ser tratado, en su juzgamiento, conforme a las normas consagradas en el Decreto 0012 de 1959. Nulidad constitucional. Causal cuarta de casación penal. Por sentencia de 22 de agosto de 1961 la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cali que condenó a José Antonio Girón Borja como responsable del delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres.

Colisión de competencia negativa suscitada entre Jueces Superiores. La Corte, en providencia de 23 de agosto de 1961 dirime la colisión de competencia suscitada entre el Juez 5º Superior de Bogotá y el Juez 1º Superior de Pasto, en el sentido de atribuír al primero de los nombrados el conocimiento del proceso adelantado contra Fernando García Cáceres por falsedad. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Técnica del recurso de casación. Falta de demostración de las causales invocadas. El impugnador tiene el deber de combatir con razones jurídicas los fundamentos en que el sentenciador de segundo grado se apoyó para proferir su resolución. Por sentencia de 25 de agosto de 1961 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Azael Rodríguez Ortiz contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que lo condenó comó responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta.

Extradición. Con fecha 25 de agosto de 1961, la Corte se abstiene de conceptuar sobre la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de la República del Ecuador del ciudadano ecuatoriano Jimmy Roberto Aycart Vicenzini. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Cambio de radicación de proceso penal. Con fecha 28 de agosto de 1961, la Corte conceptúa favorablemente sobre el cambio de radicación del proceso que, por el delito de homicidio, se sigue en el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga contra Florentino Arenas. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A.

Homicidio con caracteres de asesinato. Juicio viciado de nulidad supralegal, por haberse violado las formas propias del juicio y en especial el artículo 26 de la Constitución Nacional. Indebida aplicación de las normas del Decreto 0012 de 1959, no obstante que ellas son posteriores al momento de cometerse el hecho criminoso. Causal 4ª de casación. La Corte con fecha 28 agosto de 1961, invalida el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Emeterio Jiménez Olaya y otro, como responsables del delito de homicidio (asesinato). Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

Nulidad supralegal. Por aplicación del procedimiento excepcional y retrictivo de los medios de defensa consagrados en el Decreto 0012 de 1959 al juzgamiento de hechos consumados con anterioridad a su vigencia. La Corte reitera su doctrina al respecto. Con fecha 31 de agosto de 1961, la Corte invalida la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Manizales mediante la cual condenó a Mario Mapura Restrepo y otros por el delito de asociación para delinquir. Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE CASACION LABORAL

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

PACTO DE SERVICIO EXCLUSIVO. TRABAJADOR OCASIONAL. TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA.

1 Al patrono no le es permitido apoyarse en el pacto de servicio exclusivo celebrado por su trabajador con otro patrono, para negarse a cumplir sus obligaciones para con él. El artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo no sanciona con la nulidad la prohibición que allí hace al trabajador de celebrar nuevos contratos de trabajo cuando tiene pactada la exclusividad de sus servicios. 2. Qué se entiende, según la ley, por trabajador ocasional. 3. La violación de la ley, por el concepto de aplicación indebida, excluye toda consideración probatoria. 4. El pago de las deudas por salarios o prestaciones sociales, o la consignación, en su caso, deben cumplirse al terminar la relación de trabajo. La terminación del contrato por decisión unilateral del trabajador no justifica la demora en el pago de los salarios y prestaciones debidos. Tampoco justifica la demora la circunstancia de que el empleado tenga deudas para con el patrono. 5. Caso en que la buena fe patronal puede eximir al patrono de la sanción moratoria.

1. Es verdad que el artículo 26 del Código al autorizar la concurrencia de contratos entre un mismo trabajador y varios patronos, hace la salvedad de que ello es posible si no se ha pactado con uno de los patronos, servicio exclusivo. Sin embargo, la excepción no impide que en la realidad el hecho se produzca. Frente a tal situación, el fenómeno que se presenta es el de infracción del contrato en que se pactó el servicio exclusivo, y es el patrono respectivo quien puede tener interés en denunciar la infracción y deducir de ella las consecuencias a que haya lugar. Los demás patronos no pueden acogerse al contrato con pacto de servicio exclusivo para rehusar el cumplimiento de sus obligaciones; ellos, en relación con tal contrato son rés inter alios acta. Es bien sabido que todo vínculo jurídico, de origen contractual, sólo produce efec-

tos entre los contratantes o sus causahabientes universales o particulares, en la forma y términos prescritos en el derecho común, extremos —los de la sucesión— extraños al caso de autos. De otro lado, la norma que se comenta, al instituír la excepción, no sanciona con la nulidad su inobservancia. Sólo un precepto de esta naturaleza tendría el mérito de impedir la concurrencia de varios contratos, dejando subsistente únicamente el que se haya celebrado con pacto de servicios exclusivos.

2. El recurrente dice que, durante el primer período de labores, el demandante fue un trabajador ocasional. Como el Tribunal rechaza el calificativo y afirma que fue empleado permanente, se acusa el fallo de haber violado el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

No es aceptable la tesis del impugnador. Trabajo ocasional o transitorio, conforme al citado precepto, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono. No fue de esta clase, según la sentencia, el prestado por el demandante, sino habitual y permanente, conforme a las pruebas allegadas. De ellas también resulta que la labor del trabajador se concretó a actividades normales de la empresa. Fue, pues, correcto el juicio del Tribunal sobre la norma legal citada.

3. El cargo segundo que se hace a la sentencia acusada se formula por aplicación indebida de los preceptos que cita. Dice el recurrente que el hecho relativo a servicios continuos del trabajador de enero de 1954 a octubre de 1956, que el Tribunal da por existente, no está probado, según las pruebas a que alude. Para la sentencia acusada, tanto la prueba testimonial como las relaciones de pedidos contratados por el empleado, demuestran servicio continuo durante ese período de tiempo.

La acusación, como se ve, parte de una cuestión de hecho, para la cual precisa examinar la prueba que le sirve de fundamento, y la violación de la ley, por el concepto que indica el recurrente, excluye toda consideración al respecto. Si para llegar a la infracción de la norma es necesario demostrar la existencia del hecho, ya no se está dentro del ámbito propio de su violación directa, por aplicación indebida.

4. Conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de las deudas por salarios o prestaciones sociales, o en su defecto, la consignación judicial de su importe, debe hacerlo el patrono al terminar la relación de trabajo. No habiéndose efectuado la consignación dentro de la debida oportunidad, la aplicación que hace el fallador de la previsión legal, condenando a la empresa al pago de indemnización moratoria, no puede calificarse de indebida. El hecho de que el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del trabajador, no justifica esa demora, pues la disposición legal se aplica independientemente de las causas de expiración del vínculo. Tampoco la justifica la circunstancia de que el empleado fuera deudor del patrono. La compensación alegada por éste dependía del resultado de la litis, incierto durante el trámite del proceso. Su reconocimiento venía a ser hecho posterior al que la ley fija para la solución de las deudas en favor del empleado.

5. La buena fe del patrono no juega en el presente caso. La jurisprudencia del trabajo toma en cuenta este factor para eximir al patrono de la sanción establecida en el artículo 65 del Código del Trabajo, cuando aquél discute la existencia del contrato con razones valederas y dentro del juicio aduce pruebas que las demuestren. En tal supuesto, el patrono se abstiene de pagar, porque estima que no debe, como de efectuar consignación alguna. En el caso de autos, la convención laboral, al menos durante el segundo período de servicios, fue admitida por la sociedad demandada. Con base en tal reconocimiento, consignó ella la suma de dinero que estimó deberle al empleado. El retardo en la consignación no podía, pues, fundarse en la creencia de que no la vinculaba al actor contrato alguno.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito

I. *Demanda principal*

Gabriel Londoño Pineda promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad comercial de responsabilidad limitada, denominada "Gutiérrez & Compañía", domiciliada en Medellín, representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene a pagarle: cesantía, vacaciones, primas de servicio, comisio-

nes, gastos y viáticos, salarios faltantes del plazo presuntivo, o preaviso, e indemnización moratoria.

Refiere la demanda en sus fundamentos de hecho que Gabriel Londoño trabajó al servicio de "Gutiérrez & Compañía", como vendedor o agente viajero, en dos períodos, así: de 1953 a 1956, casi tres años, y del 16 de mayo a noviembre del mismo año; que el salario convenido como retribución del servicio fue en porcentaje sobre las ventas o pedidos, alcanzando un promedio mensual de $ 500.00; que la empresa no le reconoció al actor la comisión en el negocio que realizó con Gustavo Ortiz, vecino de Bucaramanga; que de acuerdo con el contrato, la costumbre y los usos de comercio, los gastos que ocasionan los pedidos son de cargo de la empresa y ésta se negó a reembolsar los efectuados por el actor; que, asimismo, el patrono se negó a reconocerle vacaciones, cesantía y primas de servicio; y que el demandante fue despedido sin previo aviso.

El apoderado de la sociedad, en la respuesta a la demanda, niega los hechos en que se funda, con la salvedad de que Gabriel Londoño estuvo vinculado a "Gutiérrez & Compañía" por contrato de trabajo durante el período comprendido entre el 24 de abril y el 30 de octubre de 1956. Explica además: que con anterioridad a dicho lapso de tiempo Pineda fue trabajador exclusivo de la compañía "Sanober Ltda."; que hallándose al servicio de tal sociedad, realizó algunas ventas para la empresa demandada, de manera ocasional, sin ningún vínculo contractual; que en octubre de 1956, siendo el demandante deudor de la sociedad, exigió la entrega de una suma superior a $ 500.00, y como no fue atendida la petición, a lo cual no estaba obligado el patrono, el trabajador resolvió retirarse del servicio. Propuso estas excepciones: inexistencia del contrato de trabajo para el período anterior a abril de 1956; petición de modo indebido; inexistencia de las obligaciones reclamadas; pago; prescripción; y compensación.

II. *Demanda de reconvención.*

La sociedad demandada promovió a su vez contra Gabriel Londoño Pineda demanda de reconvención, para que por sentencia se declare que el actor es deudor de la compañía de la suma de $ 688,64, por razón de préstamos durante el desarrollo de los contratos de mandato y de trabajo que existieron entre ella y el actor.

Como hechos fundamentales de la pretensión, enuncia éstos: durante unos contratos de mandato y trabajo entre las partes, la sociedad dejó en poder de Gabriel Londoño Pineda la suma de $ 688,64, que según afirmaciones de éste destinó a gastos de viaje, sin haberla reintegrado a la empresa no obstante los requerimientos que para su pago le hizo; la obligación la respaldan recibos suscritos por el deudor y constancias contenidas en los libros de contabilidad de la empresa.

Gabriel Londoño dio respuesta a la contrademanda por medio de apoderado, y lo hizo en estos términos: que el contrato con la sociedad fue únicamente de trabajo; que el patrono le hizo al demandante algunos suministros para sus correrías, cuyo importe no es la suma que se exige; que pueden existir recibos firmados por Londoño, pero las sumas a que se refieren fueron parte de su contrato como agente vendedor y representan salarios o viáticos. Se opone en consecuencia a que se acceda a las declaraciones que pide la sociedad, y propuso estas excepciones: incompetencia de jurisdicción y petición fuera de tiempo.

Los fallos de instancia

El de primera, dictado por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín, llega a la conclusión de que el contrato de trabajo entre los litigantes solo comprendió el período del 24 de abril al 30 de octubre de 1956, que respalda en la confesión provocada del actor, en la cual admite éste además que antes de abril de dicho año estuvo al servicio de Sanobar Ltda., prestándole servicios ocasionales a Gutiérrez & Compañía. En cuanto al salario del trabajador, acepta el promedio mensual de $ 500.00, tomando en cuenta la información dada por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En relación con la demanda de reconvención, manifiesta el Juzgado que de la suma de $ 688,64, no se sabe cuál corresponde al contrato de mandato y cuál debe atribuírse al de trabajo, por lo cual niega la súplica que ella pretende.

La sentencia, en su parte resolutiva, condena a la sociedad "Gutiérrez y Compañía Limitada", a pagar a Gabriel Londoño la cantidad de $ 860,03, así: por cesantía $ 260,27; por prima de servicio $ 166,60; y por indemnización moratoria $ 433,16. La absuelve de los demás cargos de la demanda principal y a Gabriel Londoño de los que le formula la demanda de reconvención.

El fallo de segundo grado, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas par-

tes, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en el estudio que dedica a la demanda principal, encuentra establecido el contrato de trabajo de enero de 1954 a octubre de 1956, afirmación que apoya en la prueba testimonial y en los documentos sobre pedidos hechos a la sociedad y gestionados por el demandante. Esas pruebas demuestran el servicio personal y, por tanto, el hecho que sirve de base a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, al cual da aplicación. Como salario para la liquidación de las obligaciones que en favor del actor reconoce toma el de $ 500,00 mensuales, denunciado por la compañía al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. En cuanto a la demanda de reconvención, el sentenciador dice que la obligación que reclama fue aceptada por el demandante en las posiciones que absolvió en el juicio, y que la deuda se deriva del contrato de trabajo, por lo cual es el caso de reconocerla.

La sentencia, en su numeral 1º, condena a la sociedad demandada a pagar al actor: a) $ 1.417,50, por cesantía; b) $ 500,00, por vacaciones no disfrutadas; c) $ 1.166,66 por primas de servicio; y d) $ 433,16 a título de indemnización por mora. El numeral 2º absuelve a "Gutiérrez & Compañía Ltda.", de los otros cargos que le formula Gabriel Londoño Pineda ("comisiones, gastos y viáticos, violación del contrato presuntivo"). El numeral 3º declara probada parcialmente la excepción de prescripción, en cuanto a primas de servicio. El numeral 4º condena a Gabriel Londoño a reintegrar a "Gutiérrez & Compañía Ltda.", la suma de $ 688,44, "valor de avances hechos a cuenta de comisiones y autoriza la compensación de esa cifra de la suma a que se condena por prima de servicios". Dice el numeral 5º que no se declaran las demás excepciones propuestas. Concluye el fallo: "Queda en estos términos confirmada, revocada y reformada la sentencia proferida en este juicio el 20 de junio de 1958 por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín".

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, el cual le fue concedido. Preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

El recurso

Persigue el quebranto parcial de la sentencia de segundo grado, para que la Corte la revoque en cuanto a las condenas por auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio y, en su lugar, confirme la de primer grado que niega totalmente las vacaciones "y contrae el auxilio de cesantía y las primas de servicio al período del 24 de abril al 30 de octubre de 1956, con la remuneración promedia de $ 500,00 mensuales". Y la revocatoria de la sentencia que impugna en cuanto a la condena al pago de la suma de $ 433,16 a título de indemnización por mora, para que en su lugar se absuelva a la sociedad de este cargo.

La demanda invoca la primera causal de casación, y con fundamento en ella formula dos cargos.

Primer cargo

Error de hecho en la apreciación de las pruebas

El error proviene de dos conceptos a saber: 1º "por la apreciación equivocada de la relación laboral que consideró suficientemente demostrada con la prueba de autos, para el reconocimiento del contrato de trabajo en la época anterior al 24 de abril de 1956"; y 2º "por la deducción de un período consecutivo e ininterrumpido de enero de 1954 hasta octubre de 1956, con un promedio de $ 500,00 mensuales, para la liquidación de la totalidad de las prestaciones, sin que la prueba demuestre realmente la prestación del servicio".

Señala el recurrente las pruebas mal apreciadas, y dice en apoyo del cargo:

I. Con base en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal encuentra probado el contrato de trabajo del 1º de enero de 1954 a 30 de octubre de 1956, diciendo que la presunción de esa norma no se desvirtuó en el juicio, pues para ello es insuficiente el contrato de exclusividad con un tercer patrono, porque sería éste el llamado a reclamar perjuicios si incumple esa obligación.

Las pruebas de que se vale la sentencia para sostener que en el juicio está probado el hecho en que se funda la presunción, no sirven para acreditarlo, por estas razones:

Los datos que dan los testigos son equívocos sobre circunstancias esporádicas y accidentales. La inspección ocular y la relación de pedidos de enero de 1954 hasta abril de 1956 presentan, comparativamente con los pedidos hechos después de esta última fecha, una diferencia palmaria, pues son pocos los primeros y numerosos los segundos. Gabriel Londoño reconoció haberle prestado servicios de 1953 a marzo de 1954, a "Sanobar Ltda.", como agente exclusivo, bajo su dependencia y subordinación, y

era ella la que le fijaba el tiempo, la ruta y condiciones del viaje, y si esto lo aprovechaba para atender otras gestiones en beneficio de la sociedad demandada, lo hacía por su cuenta y riesgo, como corredor de comercio independiente y sin subordinación alguna respecto de "Gutiérrez & Compañía". Esta no podía darle órdenes al agente viajero porque estaba bajo el control absoluto de la otra empresa, de quien era trabajador exclusivo. No se trata, como lo deduce el Tribunal, de que el actor estaba perjudicando a un tercer patrono, sino de la imposibilidad en que se hallaba para someterse a la subordinación de otra empresa por haber enajenado previamente la totalidad de su actividad profesional. "Con esto se demuestra la falta de subordinación, elemento necesario para la existencia del contrato de trabajo, que echa por tierra la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo en que se apoyó el fallador".

"Gutiérrez & Compañía Ltda." le entregó un muestrario al agente viajero y le pagó una comisión por los pedidos que hiciera dentro de sus actividades profesionales, pero en completa autonomía particular, en los lugares y condiciones en que pudiera hacerlo, sin subordinación alguna, por lo cual en el primer período no estuvieron ligados por contrato de trabajo.

En abril de 1956 Londoño se retiró de "Sanobar Ltda.", y celebró un contrato permanente con "Gutiérrez & Compañía" para prestarle servicios exclusivos como agente viajero, y al efecto firmó con ella el respectivo contrato, el cual estipula un período de prueba de dos meses, lo que está indicando que con anterioridad no existió ninguna relación laboral.

Como consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas a que el recurrente alude, sostiene que la sentencia viola estas disposiciones del Código del Trabajo: los artículos 6º, 22, 24, 34, 249 a 253, y 306. Expresa que viola las normas que reconocen derechos al trabajador porque toma en cuenta un período en que el contrato no existió.

II. Aun aceptando, en gracia de discusión —dice el recurrente— la existencia del contrato en el primer período (enero de 1954 a 23 de abril de 1956) viola la sentencia los artículos 249 a 253, y 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, "por aplicación indebida proveniente de error de hecho en la apreciación de la prueba, principalmente la de inspección ocular".

El Tribunal, expone el impugnador, concreta un período de servicios consecutivos de enero de 1954 hasta el 30 de octubre de 1956, para liquidar los derechos con base en el promedio del último período aceptado por las partes, de $ 500,00 mensuales. Como resulta de la relación de pedidos, de despachos y liquidación de porcentajes, no se deduce el tiempo de servicios de enero de 1954 a abril de 1956, en que el actor estuvo vinculado a otra empresa. Cuatro o cinco pedidos en un mes, durante el primer período, en comparación con treinta o más despachos al mes en el segundo período, indica que no se prestó un servicio ininterrumpido que permita al fallador condenar al pago de prestaciones sociales por el lapso completo, y como no se sabe el tiempo que realmente laboró, porque los despachos aislados no permiten apreciarlo, no hay base objetiva para la liquidación de las prestaciones. Además, las vacaciones y primas de servicio se liquidan con el promedio de $ 500,00 mensuales, salario aceptado por las partes respecto del segundo período de servicios, cuando para ello debe tomarse lo devengado en el año en que se cause el derecho respecto de vacaciones, y del semestre respecto de primas.

El apoderado de la parte opositora, en la respuesta al cargo, expresa que está mal formulado, pues el error que plantea es de derecho y no de hecho. Que el Tribunal no ha dicho más ni menos de lo que rezan las pruebas, pues de ellas deduce que el actor fue agente viajero de la sociedad, tomando en cuenta la regularidad de los pedidos y el promedio de salarios aceptado por el patrono. No es válido el argumento de que la empresa no estaba en capacidad de darle órdenes al empleado, porque la subordinación, para el caso, tiene un carácter económico. Y el que formula, con base en que los pedidos fueron irregulares, por lo que no pudo ser continuo el servicio por el tiempo de que habla la sentencia, es peregrino, pues bastaría que un agente fracasara en los pedidos diarios o semanales, para que perdiera su calidad de asalariado.

Segundo cargo

Aplicación indebida de la ley

Por tal concepto violó el Tribunal las siguientes normas del Código del Trabajo:

Los artículos 249 a 253, en cuanto a cesantía; el 186, respecto a vacaciones; el 306 en cuanto a primas de servicio, y 65 en relación con la condena por indemnización moratoria.

En apoyo del cargo dice el recurrente:

Afirma el actor en el hecho primero de la demanda que laboró en dos períodos diferentes, y en la inspección ocular se probó que el servicio del primer período fue interrumpido, siendo continuo el del segundo período únicamente. La sentencia liquida los derechos que reconoce como un solo lapso consecutivo, con el promedio mensual de $ 500,00 del último período, habiendo sido discontinuo el servicio durante el primer período.

Ahora bien: la cesantía se causa por cada año de servicios o fracción, no por el que se preste de manera esporádica pues si hay varios contratos, el último no puede tener incidencia sobre el primero, y para liquidarlo se toma en cuenta el último salario mensual, y si este es variable, el promedio del último año.

Respecto de vacaciones, el derecho se causa por servicios durante un año completo y no por fracciones de año. La prueba aducida al juicio acredita un servicio interrumpido en enero de 1954 a abril de 1956, de tal suerte que ese período no comprende un año de servicios completo, y el servicio continuo (de abril a octubre de 1956) no abarca el tiempo mínimo legal, ni puede liquidarse con el salario devengado posteriormente. Con relación a la prima de servicios, para adquirir este derecho se requiere que el trabajo sea permanente, por lo cual están excluídos los servicios transitorios y los menores de tres meses en el respectivo semestre, y no puede liquidarse con el último salario promedio, cuando éste es variable, en cuanto a la época anterior a abril de 1956.

Con referencia al artículo 65, que la sentencia aplica, manifiesta el impugnador que la indemnización allí prevista no puede reconocerse durante el lapso prudencial que corre entre el retiro del trabajador, la liquidación y el estudio de las objeciones que aquel formule hasta el rechazo y terminación del arreglo amigable. Que el trabajador estaba obligado a darle preaviso a la empresa de su retiro, lo que no hizo, incurriendo en infracción de sus obligaciones y que el preaviso (45 días) es inferior al de la mora reconocida. Que como las prestaciones sociales aceptadas por la empresa, respecto del segundo período de servicios, resultaban inferiores a las sumas debidas por el empleado, la obligación de consignar no era perentoria, lo que resta todo asomo de mala fe de su parte. Que no obstante hallarse pendiente la deuda del actor en favor de la empresa, de cuantía superior a la que ésta estimaba deberle, la consignó judicialmente, todo lo cual demuestra la buena fe del patrono, por lo que no era del caso la condena que le impone la sentencia por concepto de indemnización moratoria.

La parte opositora pide el rechazo del cargo, que rebate en estos términos: el patrono reconoce que el salario promedio fue de $ 500,00 mensuales, por lo que, para liquidar las prestaciones es jurídico tomarlo como base. Los servicios fueron continuos y no ocasionales. Sugiere el recurrente que se sumen los días de trabajo por las fechas de los pedidos, como si cada despacho no llevara incorporado un trabajo de días. En el examen que dedica a la condena sobre indemnización por mora, expresa que el patrono debe darse por bien servido al no haberse extendido hasta la cancelación de las deudas insolutas.

Se estudian los cargos:

El primero se refiere al contrato de trabajo y su duración.

Según el recurrente, entre las partes solo existió un contrato de trabajo, iniciado el 24 de abril de 1956 y terminado el 30 de octubre del mismo año, consignado por escrito y contenido en el documento obrante a folios 4 y 5 del cuaderno principal. Al sostener la sentencia que la convención laboral empezó en enero de 1954 y expiró el 30 de octubre de 1956, sin solución de continuidad, incurrió en error de hecho y violación consiguiente de los preceptos legales que el cargo relaciona, proveniente el error de mala estimación de las pruebas que individualiza.

Planteada así la acusación, la Sala procede a su examen:

Sostiene el Tribunal que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo de enero de 1954 a octubre de 1956, sin solución de continuidad. Deduce el hecho de estas pruebas: a) de las declaraciones rendidas en el juicio por los testigos Libardo Ortiz, Víctor Moreno y Francisco Hoyos (folios 57 y 69 c.p.); y b) de los documentos de folios 74 a 105 del citado cuaderno y de los que obran a folios 1 a 49 del segundo cuaderno:

Examinadas las pruebas, dice la sentencia: "Está, pues, demostrado que Londoño sí trabajó como agente viajero en esa primera época designada en la demanda, es decir, que cumplió una actividad personal en beneficio de la sociedad demandada. Y que recibió por ello una remuneración, cosa innegable, definida por porcentaje. En presencia de estos hechos se presume, con base en el artículo 24 del Código del

Trabajo, la existencia de un contrato de trabajo entre las partes".

Las pruebas referidas no acreditan el hecho en que se funda la presunción establecida en la norma legal citada, según el impugnador: la testimonial porque los declarantes hablan de servicios esporádicos o accidentales, y la documental, porque la relación de pedidos de que ella da cuenta son escasos comparados con la actividad del trabajador en el segundo período de labores.

Las declaraciones

Informa el testigo Libardo Ortiz (folio 57) que fue compañero de labores del demandante, pues le presta servicios a la sociedad desde el año de 1946. Que Gabriel Londoño trabajó para la empresa primero como Jefe de Ventas y después como agente viajero en los años de 1954 y 1956, sin que le sea posible precisar las fechas de entrada y salida. El declarante Víctor Moreno (folio 69) dice: "Trabajé al servicio de la sociedad demandada en dos períodos así: de fines del 53 o principios del 54 y por espacio de dos años; la otra etapa comprende de principios del año de 1957 a mayo o junio del mismo año...". En la primera etapa el demandante "trabajó al servicio de la sociedad demandada, como agente viajero"; en varias ocasiones se encontró con él en distintas plazas "y trabajaba con muestrarios de Gutiérrez y Co.". El testigo Francisco Hoyos, Jefe de Ventas de la empresa, refiere en su declaración (folios 69 v. a 71): "Londoño en la primera etapa o sea del año de 1956 hacia atrás realizó ventas y también traía dineros de clientes que debían a la sociedad. Esta última actividad, más que una obligación de Londoño, era un favor que éste le hacía al respectivo cliente".

Los documentos. Su incorporación al juicio fue ordenada en la inspección ocular a los libros de la sociedad. En la diligencia respectiva (folio 60) se lee: "Fue puesto a disposición del despacho un libro en donde se asientan los pedidos que llegan a la agencia, con vista en el cual el suscrito Juez observa: Que en relación con el demandante Londoño aparecen siete hojas en que se detallan las relaciones desde diciembre de 1953 hasta octubre de 1956". En atención a que ofrecen numerosos detalles, el Juez conviene, de acuerdo con los apoderados de las partes, en que sean extractados por la Secretaría de la empresa, extracto cuya fidelidad constatará el Juzgado y se agregará a los autos.

Se anota que no se cumplieron las órdenes del Juzgado. Sin embargo, obran en el proceso relaciones de pedidos colocados por el actor, en fotocopia (folios 72 a 84), con lista de numerosos clientes y anotación del valor de la mercancía objeto de la operación con cada comprador. Desde el folio 76 a 84, las operaciones se refieren a negocios del año de 1954. Allegada a los autos figura también otra relación (folios 85 a 105). A diferencia de la anterior, cada documento describe el pedido de un cliente, indicando el artículo vendido y su precio, y corresponde al año de 1955. Corre asimismo en el proceso otra relación, del mismo tipo de la anterior. Comprende pedidos efectuados en el año de 1954 (folios 1 a 49 del segundo cuaderno).

Se debe observar que no fueron materia de tacha por la parte demandada los documentos en referencia.

A juicio de la Sala, la prueba testimonial y la documental de que se ha hecho mérito, acredita el hecho a que el fallador se refiere: el servicio personal del actor a la sociedad, sin interrupción, de enero de 1954 a octubre de 1956. Carece, por tanto, de fundamento el reparo de que en la estimación de esas dos pruebas, incurrió en error de hecho evidente.

El ataque por mala apreciación de la inspección ocular reviste mayor inconsistencia. El Juzgado, con vista de los libros de la sociedad, expresa que ellos registran pedidos hechos por el actor de diciembre de 1953 a octubre de 1956. El trabajo personal durante ese período de tiempo tiene, pues, en su apoyo, una prueba plena, según conocidos principios de derecho probatorio.

Al decir el Tribunal que el servicio de Londoño en el primer período de labores (enero de 1954 a 23 de abril de 1956) lo demuestra la prueba citada antes, acepta que el segundo período (abril 24 de 1956 a octubre del mismo año) estuvo regido por el contrato escrito corriente a folios 4 y 5 del expediente. Al admitir el hecho que el contrato escrito pregona, no ha podido la sentencia incidir en el error que se le atribuye.

Las pruebas contra la presunción

Dice el Tribunal:

"La parte demandada pretende negar la existencia del contrato de trabajo con base en la exclusividad de servicios que se había pactado

en esa época entre Londoño y una compañía diferente. Es una razón. En la sentencia se encuentra otra: la de que los servicios fueron ocasionales.

"En cuanto a la primera, dígase que la exclusividad pactada con otro no excluye la existencia del contrato de trabajo con éste, como vínculo jurídico basado en un hecho objetivo: la prestación personal de un servicio. Demostrado este hecho objetivo, la existencia del contrato de trabajo no se borra por el hecho de que se haya violado una obligación del trabajador con un tercero. Sería este tercero, en cuyo beneficio se había pactado la exclusividad quien podría reclamar por la violación, si acaso sufrió algún perjuicio.

"En cuanto a la segunda, basta repasar ligeramente los documentos citados para enterarse de que los servicios prestados por Londoño en esa época, antes que ocasionales fueron habituales. Prácticamente, entre enero de 1954 y octubre de 1956, no hay mes en que no aparezca el registro de algún pedido hecho por Londoño. De otra parte, la voz OCASIONAL tiene un preciso significado legal, al cual es necesario atenerse. Está indicado en el artículo 6º del Código, y las condiciones allí señaladas no encajan al caso presente.

"El ataque hecho a la presunción de existencia del contrato de trabajo ha sido, pues, endeble y, por tanto, se afirma la conclusión de que sí existió tal vínculo jurídico en esa primera época".

Ataca el recurrente los conceptos del fallador, porque en su sentir el contrato entre el actor y "Sanobar Ltda." (folios 62 a 64), en que se pactó exclusividad de servicios, impidió la relación de trabajo entre aquél y la compañía demandada, excluyendo así la subordinación del trabajador respecto del segundo patrono. Faltando tal requisito, de la esencia del contrato laboral, queda destruída la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y como el Tribunal sostiene lo contrario, incide en error de hecho al estimar la mentada relación jurídica.

Observa la Sala:

La tesis del fallador es extraña a la cuestión de hecho que plantea el recurrente. Aquel no discute que entre Londoño y Sanobar Ltda., existió un contrato laboral, con pacto de servicios exclusivos de 1954 a abril de 1956. El concepto de la sentencia es el de que nada impide, en el terreno de los hechos, que un mismo empleado preste servicios a dos patronos, aun mediando pacto de exclusividad con uno de ellos. Esa situación de hecho, en su opinión, no destruye el contrato de trabajo con el otro. La sentencia fija el alcance del artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, y si en tal actividad se equivocó, ha debido acusarse violación por vía directa de la citada regla legal por errónea interpretación. Y ocurre que entre las normas infringidas no incluye el impugnador la que se ha dejado citada. El defecto en la formulación del cargo es motivo suficiente para su rechazo. Con todo, la Sala lo examina en el fondo por el interés doctrinario que ofrece, y al respecto observa:

Es verdad que el artículo 26 del Código al autorizar la concurrencia de contratos entre un mismo trabajador y varios patronos, hace la salvedad de que ello es posible si no se ha pactado con uno de los patronos servicio exclusivo. Sin embargo, la excepción no impide que en la realidad el hecho se produzca. Frente a tal situación, que en el presente caso tuvo ocurrencia, el fenómeno que se presenta es el de infracción del contrato en que se pactó el servicio exclusivo, y es el patrono respectivo quien puede tener interés en denunciar la infración y deducir de ella las consecuencias a que haya lugar, como bien lo anota el Tribunal. Los demás patronos no pueden acogerse al contrato con pacto de servicio exclusivo para rehusar el cumplimiento de sus obligaciones; ellos, en relación con tal contrato son *res inter alios acta*. Es bien sabido que todo vínculo jurídico, de origen contractual, solo produce efectos entre los contratantes o sus causahabientes universales o particulares, en la forma y términos prescritos en el derecho común, extremos —los de la sucesión— extraños al caso de autos. De otro lado, la norma que se comenta, al instituír la excepción, no sanciona con la nulidad su inobservancia. Sólo un precepto de esta naturaleza tendría el mérito de impedir la concurrencia de varios contratos, dejando subsistente únicamente el que se haya celebrado con pacto de servicios exclusivos.

El demandante, durante el primer período de labores, fue un trabajador ocasional, dice el recurrente. Como el Tribunal rechaza el calificativo y afirma que Londoño fue empleado permanente, se le acusa de haber violado el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

No es aceptable la tesis del impugnador. Trabajo ocasional o transitorio, conforme al ci-

tado precepto, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono. No fue de esta clase, según la sentencia, el prestado por el demandante, sino habitual y permanente. Así lo presentan las pruebas examinadas antes. De ellas resulta también que la labor de Londoño se concretó a actividades normales de la empresa. Fue, pues, correcto el juicio del Tribunal sobre la norma legal citada.

Se debe observar además: el recurrente no niega servicios personales del actor y su correspondiente remuneración durante el primer período. Su discrepancia con el fallo radica en que los despachos de tal período son inferiores a los que registran los del segundo período. La afirmación es cierta, pero no lo es la consecuencia que de ella se deduce. La mayor cantidad de trabajo en el segundo período no basta para calificar la labor rendida en el primero como simplemente ocasional, ni tiene tampoco virtualidad suficiente para eliminar la presunción del artículo 24 del Código del Trabajo. La actividad de Londoño, en la primera etapa, rebasa el mínimo que la ley fija para el trabajo ocasional. De otro lado, no es el número de pedidos lo que puede definir el punto sino la permanencia de la labor, y la que registran las pruebas a que alude el fallo, acreditan que ella fue continua.

Otro reparo del recurrente es el de que la demanda de instancia fue mal apreciada, porque ella habla de servicios durante dos períodos diferentes, y la sentencia sostiene que fue uno solo, sin interrupciones. A lo cual anota la Sala: la pieza en referencia (hecho 1º) dice que el actor le trabajó a la sociedad durante dos períodos así: "de 1953 a 1956, aproximadamente tres años, y de mayo de 1956 a noviembre del mismo año inclusive".

No se deduce del fundamento de hecho transcrito, que los servicios en los dos períodos hubieran sido discontinuos. La intención de la demanda fue la de separar el contrato de trabajo escrito, extendido en Medellín y suscrito el 16 de mayo de 1956, con retroactividad al 24 de abril del mismo año (cláusula primera) del que le antecedió, de tipo verbal. En la apreciación de esta prueba no incurrió, pues, el fallador en evidente error de hecho.

Otro elemento de convicción mal estimado por la sentencia, es la confesión provocada del demandante (folios 55, 56 y 58). Dice el impugnador que Londoño, al responder preguntas del cuaderno de posiciones, admite que solo trabajó para "Gutiérrez & Co.", del 24 de abril al 30 de octubre de 1956, como lo dice el contrato consignado por escrito, sin que hubiera celebrado con ella ningún otro contrato; y que, con anterioridad al mes de abril de dicho año, fue trabajador exclusivo de "Sanobar y Co.".

Sobre el particular la Sala observa que el fallador no hace mérito de la confesión del demandante sobre los puntos a que el cargo se refiere. Por tanto, el error que se le imputa, de existir, sólo podría examinarse por falta de estimación de la prueba, no por haberla apreciado equivocadamente el Tribunal.

El reparo de que Londoño, en el primer período de labores, fue contratista independiente, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, apenas se enuncia. La acusación por este aspecto quedó desvirtuada al estudiar lo relativo al trabajo ocasional. Ya se vio que el demandante prestó el servicio dentro de las actividades normales de la sociedad, que no lo ejecutó por su cuenta y riesgo, con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva, sino por encargo de aquélla y bajo su dependencia, es decir, dentro del ámbito de la relación de trabajo. No conviene, pues, al caso de autos la norma del artículo antes citado.

La violación de las normas legales sobre cesantía, vacaciones y primas de servicio, se deriva de la que se predica relativa al contrato de trabajo y la que establece el hecho sobre presunción de su existencia. Como para la Sala no resulta acreditada la infracción de estas últimas, es forzosos concluír que la sentencia no viola las primeras.

Por todo lo expuesto, no se recibe el cargo.

En cuanto al segundo cargo, se observa:

Se formula por aplicación indebida de los preceptos que cita, dentro de la modalidad de infracción directa.

Dice el recurrente que el hecho relativo a servicios continuos de 1954 a octubre de 1956, que el Tribunal da por existente, no está probado, según las pruebas a que alude. Se dejó anotado que para la sentencia, la prueba testimonial y las relaciones de pedidos, demuestran servicio continuo de enero de 1954 a octubre de 1956.

La acusación, como se ve, parte de una cuestión de hecho, para lo cual precisa examinar la prueba que le sirve de fundamento, y la violación de la ley, por el concepto que indica el

recurrente, excluye toda consideración al respecto. Si para llegar a la infracción de la norma es necesario demostrar la existencia del hecho, ya no se está dentro del ámbito propio de su violación directa, por aplicación indebida.

El defectuoso planteamiento del cargo impone su rechazo en cuanto a la infracción de las normas legales sobre cesantía, vacaciones y primas de servicio.

Queda por examinar la acusación por quebranto del 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y, al efecto, se considera:

Las partes aceptan que el contrato terminó el 30 de octubre de 1956. Es hecho que el recurrente no discute. El patrono consignó lo que estimaba deberle al empleado, ante el Juzgado 1º del Trabajo de Medellín, el 27 de noviembre de 1956 (folio 34).

El Tribunal condena al pago de la indemnización moratoria por el tiempo del retardo (27 días).

Ahora bien: conforme al artículo 65 en cita, el pago de las deudas por salarios o prestaciones sociales, o en su defecto, la consignación judicial de su importe, debe hacerlo el patrono al terminar la relación de trabajo. No habiéndose efectuado la consignación dentro de la debida oportunidad, la aplicación que hace el fallador de la previsión legal no puede calificarse de indebida. No justifica la demora el hecho de que el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del trabajador, pues la disposición legal se aplica independientemente de las causas de expiración del vínculo. Tampoco la justifica la circunstancia de que el empleado fuera deudor del patrono. La compensación alegada por éste dependía del resultado de la litis, incierto durante el trámite del proceso. Su reconocimiento venía a ser hecho posterior al que la ley fija para la solución de las deudas en favor del empleado.

La buena fe del patrono no juega en el presente caso. La jurisprudencia del trabajo toma en cuenta este factor para eximir al patrono de la sanción establecida en el ordenamiento legal, cuando aquél discute la existencia del contrato con razones valederas y dentro del juicio aduce pruebas que las demuestren. En tal supuesto, el patrono se abstiene de pagar, porque estima que no debe, como de efectuar consignación alguna. En el caso de autos, la convención laboral, al menos durante el segundo período de servicios, fue admitida por la sociedad demandada. Con base en tal reconocimiento, consignó ella la suma de dinero que estimó deberle al empleado. El retardo en la consignación no podía, pues, fundarse en la creencia de que no la vinculaba al actor contrato alguno.

Consecuencia de las consideraciones que preceden es la de que el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

HOMOLOGACION. RECLAMACION DE MEJORAS AGRARIAS. COMPETENCIA. NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS.

1. Temas extraños al recurso de homologación. Improcedencia del mismo respecto de la parte que carece de interés jurídico. 2. Cuál ha sido el tratamiento legislativo de los conflictos sobre pago de mejoras rurales. 3. Qué clase de conflictos quedan sujetos a la reglamentación especial sobre reconocimiento y pago de mejoras. 4. Alcance del control que, en virtud de la homologación, tiene la Corte respecto de los fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario. 5. El juez tiene la obligación de examinar de oficio si le asiste competencia para definir la controversia que se le propone. La garantía jurisdiccional, consagrada por la Constitución y la ley, es de ineludible observancia en todo proceso. 6. El acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial. 7. Las controversias sobre pago de mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor, no las incluye el decreto Nº 2417 bis de 1952 ni el 893 de 1955. Alcance y sentido del artículo 7º del Decreto 186 de 1956, en cuanto reglamentario del 893 ya citado.

1. El recurso de homologación interpuesto por el demandante, no podría tener en el presente caso, distinto alcance del de lograr la reforma de la decisión proferida por la Comisión de Arbitraje Obligatorio, para aumentar la cuantía de la condena allí decretada a su favor, por concepto de mejoras puestas en los predios litigiosos, pues no sería lógico suponer que el medio de impugnación lo ejercitara para pedir su nulidad. Ahora bien, la Corte, en sede de homologación, no obra como Tribunal de instancia, por lo cual ante ella el recurso no puede llenar la finalidad apuntada. Satisfechas las pretensiones del demandante, carece éste de interés para utilizar el recurso, por lo que, en relación con él, su concesión fue notoriamente improcedente.

2. El tratamiento legislativo de los conflictos sobre pago de mejoras presenta tres etapas, así:

I) Una de conciliación, confiada a la autoridad administrativa del trabajo (Departamento de Asuntos Campesinos). La rige el Decreto Legislativo Nº 2417 Bis de 1952 y el 212 de 1953, reglamentario de aquél.

II) Otra de decisión en derecho, encomendada también a autoridades administrativas del trabajo (la Comisión de Arbitraje Agrario). La gobierna el Decreto Legislativo Nº 893 de 1955, reglamentado por el Decreto Ejecutivo Nº 186 de 1956. Se conserva la función conciliadora de la fase anterior. Representa la segunda etapa un avance en relación con la precedente, pues fracasada la vía de conciliación, no deja el punto sin definir, ya que, para tal fin, crea un organismo especial, de naturaleza arbitral, al cual somete a las partes de manera obligatoria.

III) El conflicto, como en la etapa anterior, se decide en derecho por la justicia del trabajo. El régimen en esta tercera etapa está constituido por el Decreto Legislativo Nº 291 de 1957. Conserva la conciliación de los dos períodos anteriores, eliminando la función arbitral obligatoria de la segunda etapa.

3. El Decreto Legislativo Nº 2417 Bis de 1952 (artículo 1º) determina así el objeto de la litis: el estudio y solución, por vía de conciliación, de los conflictos rurales entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, que tengan

carácter económico social o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, efectos y ejecución del contrato de trabajo.

El motivo de la norma lo explica el primero de los considerandos del decreto diciendo que "corresponde al Gobierno velar por la cumplida ejecución de las normas laborales dentro de un amplio espíritu de justicia social, procurando el mayor amparo de las clases campesinas en sus relaciones de trabajo".

La previsión del decreto habla, por una parte, de conflicto económico social, y por la otra, de conflicto que tenga su fuente en un contrato de trabajo. Da a entender que se trata de dos cuestiones distintas. Con todo, si se atiende al desarrollo que al precepto da su decreto reglamentario número 212 de 1953, al señalar las funciones del Departamento de Asuntos Campesinos (artículo 4º literal c), el aspecto económico social no es el contenido del conflicto sino su origen. En efecto, el mandato dice que la autoridad administrativa tiene la función de proceder, en acción conciliatoria, respecto de los contratos de arrendamientos de predios rurales que originen conflictos económico sociales para restablecer la armonía entre las partes.

Son dos los contratos que intervienen en la producción del conflicto: el de arrendamiento y el de trabajo, predominando el de la segunda clase. Lo destaca el artículo 1º del Decreto Reglamentario al expresar que el Departamento de Asuntos Campesinos "tendrá a su cuidado el estudio y solución de los problemas relacionados con el salario, prestaciones, contratos y condiciones del trabajo rural, con el fin de buscar el mejor entendimiento económico y social entre los propietarios de la tierra y sus ocupantes, aparceros, arrendatarios, colonos y similares".

El Decreto Legislativo número 893 de 1955 concreta mejor la materia litigiosa. La integra la diferencia entre propietarios de predios rurales y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, sobre conocimiento y pago de mejoras, que deben definirse en audiencia con intervención de los interesados (artículo 1º).

Como se ve, objeto de la pretensión es el reconocimiento y pago de las mejoras, y su causa jurídica el contrato de arrendamiento. Sin embargo, como el Decreto en mención adiciona el de 1952, el conflicto puede tener también su origen en el contrato de trabajo.

Según lo expuesto, sujetos del conflicto son, por una parte, el dueño de la tierra, o el arrendador, y por la otra, el ocupante, aparcero, colono o similares, o de un lado el patrono y de otro el trabajador del agro.

4. El artículo 5º del Decreto Legislativo número 893 de 1955, somete el laudo de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio al recurso de homologación ante la Sala Laboral de la Corte (antes Tribunal Supremo del Trabajo), en la forma y términos del artículo 143 del Código Procesal Laboral.

La citada norma establece un control de forma del fallo arbitral, pues la actividad de la Corte se limita a verificar su regularidad y a declararlo exequible "si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario". Otro medio de control, también formal es el de que si el laudo no resuelve todas las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, la Corte lo devuelve a los árbitros para que se pronuncien sobre ellas, sin perjuicio de homologar lo ya decidido, si lo estima conveniente.

5. En doctrina y jurisprudencia es unánime el concepto de que el Juez tiene la obligación de examinar de oficio si le asiste competencia para definir la controversia que se le propone, y, en consecuencia, la facultad para rehusar la jurisdicción si encuentra que el asunto no le está atribuído por la ley. Es ésta la que determina la competencia para cada caso concreto y por ser de orden público no está a disposición de las partes ni del juzgador. Trátase de una garantía jurisdiccional establecida por la Carta Política en su artículo 26, de ineludible observancia en todo proceso, cuya omisión tiene la consecuencia de impedir que produzca efecto alguno. Así ocurre cuando la competencia se atribuye por materia o por los factores subjetivo y funcional. Su prórroga está autorizada por la ley cuando es el territorio el elemento que la determina. En desarrollo del precepto constitucional, el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 448, numeral 1º, establece como causal de nulidad en todo juicio, la incompetencia de jurisdicción.

6. El acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial. Declarada la nulidad por sentencia firme, las cosas deben restituírse al estado anterior como si no hubiera existido el acto o contrato nulo (artículo 1746 del C. C.), lo cual no significa que durante su vida no hubiera producido efecto alguno. Prueba de lo contrario es que el citado mandato, en su inciso segundo, contempla y regula los efectos producidos por el acto objeto de la declaración

judicial de nulidad al expresar que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes".

7. La calificación de simple ocupante que el fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario obligatorio le dio, en el presente caso, a la persona que pidió el reconocimiento y pago de las mejoras por él puestas en la hacienda a que se refiere este pleito, no es la conveniente y por lo mismo, esta situación jurídica no encaja dentro de las hipótesis previstas en el artículo 1º del Decreto número 893 de 1955. El simple ocupante se apodera del bien sin título alguno que lo respalde, como expresión de un acto unilateral de voluntad, tenga o no la creencia de que es de propiedad privada o del dominio del Estado, en calidad de baldío. En el caso de autos, el llamado ocupante dio por el inmueble un precio determinado, el fijado para su adquisición en el proceso ejecutivo, esto es, no lo tomó como ocupante de hecho sino que lo detentó como poseedor y dueño.

Se trata, pues, de una controversia entre el poseedor del inmueble que remató, por el reconocimiento y pago de mejoras que en él estableció durante los tres años que la tuvo en su poder, y el titular de la propiedad a quien el demandante la restituyó por virtud de una resolución judicial, después de haberla poseído durante el lapso de tiempo indicado.

Las controversias sobre pago de mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor, no las incluye el Decreto número 2417 Bis de 1952 ni el 893 de 1955, y como de esta clase es la contemplada en el caso de autos, quedaron excluídas del conocimiento de la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos, de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio y de esta Sala Laboral de la Corte.

Da a entender el artículo 7º del Decreto número 186 de 1956, reglamentario del 893 de 1955, que toda diferencia sobre pago de mejoras corresponde a la autoridad administrativa del trabajo, pues dispone que cuando ellas surjan ante los jueces ordinarios, deben éstos enviar copia de lo conducente a dicha autoridad (Departamento de Asuntos Campesinos), para su decisión. La previsión debe entenderse siempre que la diferencia surja dentro de los límites que trazan los dos decretos legislativos. Suponiendo que el texto del decreto quiso incluír la diferencia entre el propietario del inmueble y el poseedor, habría que decir que la norma, con tal extensión, excedería la potestad reglamentaria, pues no es cuestión que comprendan los Decretos Legislativos citados, y por tal motivo no podría tener aplicación (Ley 153 de 1887, artículo 12).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., julio siete de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

ANTECEDENTES

I

La Inspectoría General de Rentas Nacionales de Cartago (Valle), en providencia de fecha 2 de marzo de 1953, promovió juicio ejecutivo, por jurisdicción coactiva, contra los herederos de Guillermo Rivera Abadía, designando como tales a Arturo, Leonardo, Adelaida, Paulina, Aristo, María, Belarmina, Dagoberto, Lisímaco, Lucindo, Cecilia, Mélida, Aura y Nidia Rivera Bueno y, además, a Francisco Rómulo, Edilma, Rubén y Pompilio Rivera Abadía, para el cobro de los impuestos debidos por el causante con base en la liquidación que fija su importe.

Notificado el mandamiento de pago a las personas antes relacionadas, fue embargado el bien denunciado por ellos como de propiedad de la nombrada sucesión, consistente en una parte de la hacienda denominada "Piedra de Moler", situada en jurisdicción del Municipio de Cartago.

Practicadas las demás diligencias ejecutivas y previa sentencia de pregón y remate, se efectuó la subasta el 10 de abril de 1953. El funcionario ejecutor adjudicó a Vicente E. Trujillo los lotes números primero y segundo de la hacienda Piedra de Moler, y a Ricardo Castro el lote número tercero, parte del mismo inmueble, y por auto de fecha 15 de abril del año expresado aprobó el remate, ordenó su inscripción en el registro, la cancelación en éste del auto de embargo y la entrega por el secuestre a los rematadores de los bienes subastados. Dictó además las otras providencias previstas en el artículo 1051 del Código Judicial.

Contra el auto aprobatorio del remate interpuso el recurso de apelación la parte demandada, que le fue concedido en el efecto devolutivo, para

cuya decisión se remitió al Consejo de Estado copia de la parte pertinente del proceso.

El Consejo, en providencia del 23 de septiembre de 1953, ordenó poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad establecida en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial, consistente en la ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada, por no existir la prueba de que quienes figuran como herederos de Guillermo Rivera Abadía y representantes de su sucesión, tuvieran tal calidad. Notificado el decreto de nulidad, no fue ésta allanada.

En vista de lo expuesto, el Consejo de Estado, en auto de 4 de noviembre de 1953, declaró nulo todo lo actuado en el juicio desde el mandamiento ejecutivo de fecha 2 de marzo del mismo año, en adelante.

Debe anotarse que antes de que hubiera resuelto el Consejo de Estado el recurso de apelación contra el auto aprobatorio del remate, el funcionario ejecutor ordenó la inscripción en el registro de la diligencia de subasta y del referido auto, así como la entrega de los bienes subastados a los rematadores, actos que tuvieron cumplimiento.

Devuelto el expediente a la oficina de origen, ésta dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior y, al efecto, comisionó al Recaudador de Hacienda Nacional del lugar "para practicar todas las diligencias conducentes". Entre ellas figura la cancelación en el registro de la diligencia de remate y auto aprobatorio, como la entrega de los bienes objeto de la subasta a la sucesión deudora. El auto respectivo, de fecha 23 de febrero de 1954, fue confirmado por el Consejo de Estado por medio del suyo del 21 de julio del mismo año, que quedó en firme, pues la Corporación denegó el recurso de reposición que contra él se hizo valer.

Es así —dice el Consejo— como vino a quedar sin valor ni efecto legal toda la traba ejecutiva, desde el mandamiento de pago de fecha 2 de marzo de 1953 inclusive, en adelante "sin excepción alguna, que comprende, por tanto, el acta de remate y auto aprobatorio del mismo, proferido con fecha 15 de abril de 1953 por la Inspectoría General de Rentas, que como lo dijo la Sala, 'no llegó a adquirir firmeza procesal por hallarse apelado ante el Consejo cuando se produjo la declaración de nulidad, es obvio que toda esa actuación, incluso estas dos piezas o actos, el remate y auto aprobatorio, quedaron borrados, por así decirlo de la vida jurídica en este juicio, sin valor ni efecto legal alguno' ".

Ya se dijo que, como consecuencia de la declaración de nulidad del remate, el funcionario ejecutor ordenó la entrega de los bienes subastados a la sucesión demandada. Al practicarse la diligencia de entrega en noviembre de 1954, se opusieron a ella los rematadores Vicente E. Trujillo y Ricardo Castro. La oposición de Trujillo fue admitida, pues se le reconoció el derecho a las mejoras plantadas en los lotes que remató de la hacienda de "Piedra de Moler" y su retención mientras no se efectuara el pago o se caucionara su reconocimiento. Negó en cambio a Ricardo Castro el derecho a oponerse a la entrega del lote rematado por él.

Contra las resoluciones dictadas en la diligencia de entrega por el Inspector General de Rentas, apelaron todos los interesados en lo desfavorable a sus pretensiones.

Remitido el expediente al Consejo de Estado, el mandatario judicial de Vicente E. Trujillo y Ricardo Castro le solicitó a la Corporación:

1º Que el Consejo declare nulos sus autos de fechas 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1953 y 21 de julio de 1954, referentes a la nulidad del juicio ejecutivo, y en su lugar, confirme el auto de fecha 15 de abril de 1953, aprobatorio del remate de bienes, "cuya apelación en el efecto devolutivo no ha sido decidida por el Consejo".

2º En subsidio, que se declare que la nulidad decretada en el auto de 4 de noviembre de 1953, no comprende la del remate, por cuanto los rematadores cumplieron con las obligaciones de su cargo.

Como consecuencia de cualquiera de las dos peticiones, que se ordene al Registrador de Cartago que cancele la anulación que hizo de la inscripción de la diligencia de remate, para que quede vigente la que de ella se hizo con fecha 4 de mayo de 1953.

3º Que, en subsidio, se confirme lo resuelto por el funcionario ejecutor en la diligencia de entrega de 20 de noviembre de 1954, en cuanto reconoce al rematador Trujillo el derecho a que se le paguen las mejoras que plantó en los lotes subastados por él de la hacienda "Piedra de Moler" y el consiguiente a la retención de ellos mientras se verifica el pago o se asegura éste, y que se revoque en cuanto negó al rematador Ricardo Castro el derecho a oponerse a la entrega del lote rematado por él y en su lugar se le reconozcan los mismos derechos al pago de mejoras y retención del fundo concedidos a Trujillo.

Otra petición subsidiaria es la de que se declare que en relación con el valor y pago de las mejoras reclamadas por los rematadores, tanto el Consejo de Estado como la Inspectoría General

de Rentas Nacionales carecen de competencia y debe enviarse, por tanto, el negocio, a la jurisdicción ordinaria.

El apoderado de algunos interesados en la sucesión de Rivera Abadía, formuló estas peticiones:

La revocación de lo dispuesto por el funcionario ejecutor y, en su lugar, la entrega real y material de la hacienda Piedra de Moler a la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, "sin lugar a aceptar nuevas oposiciones".

Los derechos de Trujillo y Castro podrán controvertirlos ante la justicia ordinaria, para que a su turno los herederos hagan valer los suyos en reconvención.

El Consejo de Estado, en auto de 11 de mayo de 1955 decidió las apelaciones de que se ha hecho mérito. Al estudiar en su parte motiva las cuestiones relativas al reconocimiento y pago de mejoras y la concerniente al derecho de retención, expresa que ellas son de derecho privado, extrañas a la jurisdicción coactiva y a las facultades que al Consejo otorgan los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, las cuales se limitan a los recursos de apelación que se interpongan y procedan en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales de determinada cuantía, así como a los incidentes de excepciones y tercerías en dichos asuntos, lo cual significa que "cuando se trata de hechos, controversias o cuestiones de derecho privado suscitados fuera del juicio adelantado por los trámites de la jurisdicción coactiva, así se hayan originado en hechos y situaciones procesales cumplidos dentro de una actuación que ha sido declarada nula, su conocimiento y decisión es privativo de la justicia ordinaria mediante el procedimiento que legalmente corresponda, y, por ende, la Corporación habrá de declararse inhibida para conocer y decidir sobre el fondo de las cuestiones materia del recurso de apelación de que se trata...".

En concordancia con las anteriores razones, el Consejo, en la parte resolutiva de su providencia, no accedió a las peticiones de nulidad impetradas por el apoderado de los dos opositores ni a las consecuenciales a ellas. En relación con los reclamos sobre mejoras, se declaró inhibido para conocer y decidir acerca de lo resuelto por el Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago en la diligencia de noviembre de 1954, y, "ordena, en consecuencia, que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda".

La historia que se deja relatada se funda en piezas del proceso y en actos auténticos de origen oficial emanados del Consejo de Estado, de los cuales éste hace mérito en su auto de 11 de mayo de 1955, publicado en los Anales de la Corporación, obrante a folios 471 a 491 del Tomo LXI.

II

El reclamo de mejoras ante las autoridades del trabajo

Vicente Emilio Trujillo, por medio de apoderado, demandó ante la *Inspección Nacional de Asuntos Campesinos de Cartago* (Valle del Cauca) a la Sucesión de Guillermo Rivera Abadía, representada por los herederos que relaciona la petición correspondiente, para que mediante los trámites del Decreto número 186 de 1956 y de conformidad con los Decretos números 212 de 1953 y 893 de 1955, se le reconozcan y paguen las mejoras plantadas por Trujillo en la hacienda "Piedra de Moler" de propiedad de los demandados, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Cartago, Alcalá y Ulloa (Valle).

El Inspector ordenó la citación de los interesados para audiencia de conciliación. En ella el demandante expuso, como fundamento de sus pretensiones, los siguientes hechos:

En remate verificado dentro del juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelantó la Recaudación de Hacienda Nacional contra la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, se le adjudicó la hacienda denominada "Piedra de Moler", integrada por dos lotes, comprendidos dentro de los linderos que indica la solicitud. En virtud del remate Trujillo recibió el inmueble el 22 de mayo de 1953, el cual se encontraba ocupado en parte por numerosos colonos. La primera actividad del demandante fue la de purgar de colonos la hacienda en referencia, y luego, la de limpiarla de rastrojos. Efectuada la limpieza procedió a sembrar pastos, a colocar cercas y a reparar las existentes, en mal estado. Hace el relato de los trabajos ejecutados en los potreros que integran el inmueble como de los cultivos que emprendió, diciendo que éstos fueron de café, maíz, plátano, yuca, arracacha, etc., y, además, la construcción de una casa de habitación. Las mejoras existían hasta el 5 de enero de 1956, fecha en que por nulidad declarada del juicio ejecutivo "donde el remate y entrega se produjo", fue desalojado Trujillo "de todo el inmueble que venía poseyendo". En tal virtud aquél invita a los demandados para que en la audiencia presenten propuesta de arreglo que consulte la equidad, advirtiendo que no aspira a especular con las negociaciones realizadas con los colonos, y se limita a pe-

dir el reembolso de las sumas que les pagó por concepto de mejoras.

El apoderado de algunos de los demandados se opuso al reclamo del actor afirmando que la relación jurídica entre Vicente E. Trujillo y la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, no está sujeta al procedimiento escogido por aquél, sino a cuestiones distintas, según resulta de lo estatuído en el artículo 1º del Decreto número 0893 de 1955. En consecuencia, solicita al Inspector que decrete la nulidad de la actuación surtida, por ilegitimidad de personería de la parte demandada, conforme al precepto del artículo 448, numeral 1º del Código Judicial. En apoyo de la solicitud expresa que las personas citadas para audiencia de conciliación no son dueñas de la hacienda "Piedra de Moler", sino la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera Abadía; que ha debido citarse a los señores Rivera Abadía, Rivera Bueno y Rivera Rivera, como demandados en representación de la nombrada sucesión, acompañando la partida de defunción del causante, las partidas de nacimiento de todos sus herederos y las copias de las providencias dictadas en el juicio mortuorio sobre apertura de éste y declaratoria de herederos, documentos que el demandante no presentó con la correspondiente solicitud.

Los opositores propusieron a la vez demanda de reconvención contra el actor a efecto de que se le condene a pagar a la sucesión de Rivera Abadía todos los frutos y productos que obtuvo durante el tiempo en que usufructuó la hacienda y los perjuicios que les ocasionó.

En vista de que los interesados estuvieron en completo desacuerdo, el Inspector dispuso darle al reclamo el trámite contemplado en el Decreto número 0186 de 1956, previo rechazo de la solicitud sobre falta de competencia, declarando que ésta corresponde a la *Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio*. Practicadas las pruebas solicitadas por los interesados, la Inspección remitió el expediente a la Comisión ya citada para la resolución del reclamo.

La falta de competencia del Inspector de Asuntos Campesinos para decidir la petición sobre mejoras le fue planteada nuevamente a la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio por el apoderado de representantes de la sucesión de Rivera Abadía, y, con tal fundamento, solicitó la nulidad de todo lo actuado ante dicha Inspeción.

El fallo arbitral, en su parte motiva, estudia el punto relativo a la competencia y acerca de él hace las siguientes consideraciones:

"Son tres los factores que el Decreto 0893 de 1955, en su artículo 1º, tuvo en cuenta para ubicar en la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio la competencia para decidir las controversias sobre mejoras, a saber: a) que el objeto de la reclamación sea, naturalmente, mejoras; b) que esas mejoras hayan sido puestas en predios rústicos; y c) que la diferencia se suscite entre el propietario de la tierra y el dueño de las mejoras, ya se llame éste ocupante, arrendatario, aparcero, colono, o reciba cualquier denominación similar. Sobre los dos primeros elementos no existe problema alguno en el presente caso, pues no cabe duda que la demanda instaurada por Trujillo versa sobre mejoras y de que el terreno en que ellas se encuentran establecidas tiene el carácter de rural. Surge la discrepancia en cuanto al título que sirve de base al mejorista para solicitar el reconocimiento y pago de esas mejoras". Se sostiene por la parte demandada que ese título es el de propietario y que como el Decreto no se refirió a ellos la Comisión no tiene competencia para resolver el reclamo sino la jurisdicción ordinaria".

"La Comisión comparte el concepto anterior, pero únicamente "en cuanto afirma que el Decreto mencionado no incluyó a los propietarios dentro de la enumeración que hizo de las personas que podían reclamar el reconocimiento y pago de mejoras. Mas, la omisión en que incurrieron los autores del decreto no obedeció a la circunstancia de ser las controversias que en esta forma se presentaran de la competencia de la jurisdicción ordinaria y al deseo de que solo ante ella pudieran debatirse sino que ese olvido fue consciente y lógico, pues es claro, que, a la luz de nuestra legislación, tales diferencias no pueden tener ocurrencia en la vida jurídica colombiana.....". Esta la razón para que el decreto no se refiera a los propietarios y para sostener, además, que ni siquiera ante los jueces comunes puedan plantearse esta clase de controversias.

Estima la Comisión "que Trujillo nunca fue un verdadero propietario de la hacienda Piedra de Moler y que ella no dejó de pertenecer un solo momento a la sucesión de Rivera Abadía", pues para que el rematante pase a ser dueño del inmueble rematado se requiere la inscripción de la diligencia de remate y su auto aprobatorio, y éste solo tiene existencia jurídica cuando queda ejecutoriado. Si como consta en el juicio ejecutivo el auto que aprobó el remate fue apelado, la inscripción que se hizo de la subasta pendiente recurso de apelación no pudo surtir efectos legales, y si el Juez ordenó la inscripción y el Registrador la efectuó, ambos incurrieron en un grave error "y no por ello dieron a aquel título

fuerza suficiente para transferir la propiedad''. Pero aun aceptando que la inscripción se hubiera hecho en debida forma, la nulidad del juicio ejecutivo decretada por el Consejo de Estado ''le quitó todo el valor que pudo haber tenido''. De manera que si fueron anulados los actos que le dieron a Trujillo la propiedad de la hacienda, aquél no fue en ningún momento titular del derecho de dominio, conservándolo la sucesión''.

Si Trujillo, se pregunta la Comisión, no fue propietario de la hacienda, ¿qué título le asiste para entablar la reclamación por mejoras? No cabe duda, responde, que su vinculación con la finca no tuvo como causa un contrato de arrendamiento o de aparcería, ni ningún otro acto jurídico que guarde similitud con ellos, ''pues a los autos no se ha intentado allegar prueba tendiente a demostrar la existencia de una relación contractual de esta naturaleza y este punto ni siquiera ha sido discutido por las partes a través de todo el proceso''. A juicio de la Comisión la situación del mejorista encaja dentro de la categoría de los *ocupantes* que menciona el decreto, pues está demostrado que Trujillo entró a la finca de buena fe, es decir en la creencia de que tenía a su favor un justo título sobre ella, que la tuvo en su poder durante algún tiempo y que en ese lapso la mejoró con el concurso de sus fuerzas y su capital. ''Tener la cosa en su poder es el significado del vocablo 'ocupantes' que emplea el decreto, y no en otro sentido puede entenderse el término, ya que no debe confundirse ni relacionarse con la 'ocupación' como modo originario de adquirir el dominio, pues para que esta figura opere es requisito que el bien que se pretende adquirir por ese modo no tenga dueño'' y es imposible convenir que los redactores del decreto hubieran incurrido en semejante error, ya que se estaban refiriendo a las diferencias entre el dueño del terreno y sus ocupantes. El vocablo no figura en el decreto de manera caprichosa sino para reflejar con claridad el espíritu de la legislación sobre mejoras emanada del Ministerio del Trabajo. Por considerar que éstas no son otra cosa que el producto del trabajo del hombre vinculado a la tierra, quiso darse a quienes con su establecimiento sacrificaban gran parte de su capacidad laboral, que en el país son generalmente los campesinos, una mayor protección y un despacho rápido a los conflictos que en relación con ellas pudieran presentarse; de allí que se hubieran sustraído del conocimiento de la jurisdicción ordinaria para radicarlos de manera exclusiva en la División de Asuntos Campesinos, la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio y el Tribunal Supremo del Trabajo. Para que todas las controversias sobre mejoras en predios rústicos sólo pudieran debatirse ante dichas entidades, ''se echó mano de la palabra 'ocupantes', dentro de la cual están comprendidos todos los que sin tener el carácter de propietarios o de trabajadores, laboran la tierra mejorándola. La vastedad y amplitud de la expresión pone de presente, además, la inutilidad de la enumeración que se hace en el artículo 1º del Decreto aludido''.

Las razones expuestas, concluye la Comisión, son suficientes para declarar que las entidades antes mencionadas sí son competentes para conocer del presente negocio y denegar la declaración de nulidad que se solicita''.

La Comisión decidió la controversia por sentencia de fecha 12 de enero de 1957. Su parte resolutiva niega la declaración de nulidad por incompetencia de jurisdicción solicitada por el apoderado de los herederos de la sucesión de Rivera Abadía (numeral primero); ordena cancelar la inscripción de la demanda y dispone que se libre el oficio del caso al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados (numeral segundo); condena a la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, representada por los herederos que indica la demanda, a pagar a Vicente Emilio Trujillo la cantidad de $ 366.760.00, ''como valor de las mejoras puestas por éste en la hacienda'' Piedra de Moler, de propiedad de la sucesión demandada (numeral tercero) absuelve a Trujillo de los cargos que le formula la demanda de reconvención (numeral cuarto); y condena en costas a la parte vencida (numeral quinto).

El apoderado del actor y el mandatario de los herederos de Guillermo Rivera Abadía, interpusieron el recurso de homologación contra el fallo arbitral, el cual les fue concedido y para cuya decisión los autos fueron remitidos a esta Superioridad.

III

LOS RECURSOS

a) El de la parte demandante no podría tener alcance distinto del de lograr la reforma de la decisión arbitral para aumentar la cuantía de la condena allí decretada, pues no sería lógico suponer que el medio de impugnación lo ejercitara para pedir su nulidad. Ahora bien, la Corte, en sede de homologación, no obra como Tribunal de instancia, por lo cual ante ella el recurso no podría llenar la finalidad apuntada. Satisfechas las pretensiones del de-

mandante, carece éste de interés para utilizar el recurso, por lo que, en relación con él su concesión fue notoriamente improcedente. Por lo demás, el alegato del personero del actor no se encamina a impugnar el laudo sino a sostenerlo, pues allí afirma que es legal, expresando que "el fallo se ajustó a la forma correcta", y que no existen las nulidades de que habla el apoderado de la contraparte.

Consecuencia de lo dicho es la de que, nada tiene que decidir la Corte en relación con el recurso de la parte demandante.

b) La parte demandada solicita, en el alegato que sustenta el recurso, la inexequibilidad del fallo arbitral en las disposiciones de sus numerales primero, tercero, cuarto y quinto.

Incompetencia de jurisdicción

La demanda, en su Capítulo I, impugna el fallo en cuanto acepta la competencia de la Comisión para dirimir la controversia con fundamento en los Decretos números 0893 de 1955 y 0186 de 1956. En apoyo del cargo dice el recurrente:

Nadie negará que los decretos establecen una competencia especial y un procedimiento también especial. Todo lo que no le esté atribuído por dichos estatutos a la jurisdicción del trabajo o al Ministerio del ramo, escapa a su competencia para caer en la de los jueces comunes. Las reglas sobre justiprecio y pago de mejoras contenidas en los dos decretos sólo se aplican para los conflictos entre los propietarios de bienes rurales y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, y es evidente que el actor nunca fue arrendatario, aparcero, colono, ni cosa que se le parezca. La Comisión dice que fue ocupante, pero confunde la ocupación como modo de adquirir el dominio con el título traslaticio que da la compraventa. Trujillo no se instaló en la hacienda Piedra de Moler como ocupante, es decir, sin título traslaticio de dominio, en la creencia de que el predio era *res nullius,* sino como un comprador que adquirió la propiedad del bien por remate. Pero ocurrió que su título fue anulado y quedó sin efectos por virtud de fallos proferidos por el Consejo de Estado. Entró, pues, como un clásico poseedor y en tal calidad permaneció en la finca hasta que el Consejo de Estado dejó sin piso el remate. Trujillo empezó como poseedor de buena fe, pero la perdió cuando tuvo noticia de que su título fue anulado. No ha discutido el actor que el primitivo dueño del inmueble fue Guillermo Rivera, hoy su sucesión. Por consiguiente, no pretendió jamás adquirir la hacienda por el modo o título originario de la ocupación sino por el traslaticio de la compraventa. Para que la ocupación sirva de modo se requiere que las cosas ocupadas no pertenezcan a nadie. Siendo distintas las nociones de poseedor y ocupante, incurrió la Comisión en un grave error al decir que la situación del mejorista encaja dentro de la categoría de los ocupantes que menciona el Decreto 893 de 1955, pues confunde los conceptos mencionados. Y el error es más grave al pretender darle a la noción de ocupación un alcance distinto y contrario al que la ley le atribuye. Trujillo no ocupó la hacienda en el convencimiento de que no pertenecía a nadie sino como dueño, por haberla adquirido en remate, y sin embargo la Comisión lo llama ocupante, cuando la ocupación se predica de la aprehensión de cosas materiales sin dueño. Según la sentencia las controversias por mejoras puestas en predios rústicos sólo pueden debatirse ante la justicia laboral, lo cual no es cierto. Esa justicia sólo define las controversias sobre mejoras en predios rústicos entre los propietarios y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, pero no las que ocurran entre propietarios y poseedores, porque esto no lo dice el citado decreto, ya que el estatuto no menciona a los poseedores.

Por su parte, el apoderado del demandante en su alegato que, como se dijo, no es ni podía ser de impugnación del laudo por falta de interés jurídico, se concreta a refutar los cargos contra el fallo formulados por el personero de la contraparte, limitando el estudio a la cuestión relacionada con la competencia de la autoridad administrativa en la fase de conciliación, atribuída al Inspector de Asuntos Campesinos, y a la subsiguiente de conocimiento, asignada a la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio. Sobre el punto hace estas consideraciones:

Los Decretos 893 de 1955 y 186 de 1956, desarrollan el canon constitucional que ordena proteger el trabajo como función social. Con base en tal premisa debe examinarse si Trujillo está eliminado de la enumeración de los decretos sobre mejoras, cuando en ellos se habla de ocupantes y similares. En su afán de oscurecer lo que es claro, el recurrente pretende que Trujillo no es ni ha sido ocupante, sino un poseedor vencido obligado a recurrir a los jueces ordinarios para hacer valer sus derechos. La Comisión rechaza la pretensión de que los decretos se refieran a ocupantes en el sentido de persona que adquiera por ese modo el derecho al dominio y

ha dicho que los decretos no podían referirse a tal extremo. No era, en efecto, el demandante arrendatario, aparcero, ni colono, pero era algo. Cabe entonces en cualquiera de las dos expresiones: u ocupante o algo similar y allí se tiene la razón para que pueda acogerse a los decretos que le permiten reclamar sus mejoras. Después de otras consideraciones sobre el tema, expresa el opositor que el recurso de homologación tiene por objeto "comparar el pacto que se pretende violado o contemplar las leyes sobre mejoras en el caso concreto, para establecer si se aplicaron fielmente o se violaron y entonces revocarlo o reformarlo". Pero ocurre que en el caso de autos se dio estricta aplicación a las normas sobre mejoras.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los conflictos sobre pago de mejoras.

Su tratamiento legislativo presenta tres etapas así:

1ª Una de conciliación, confiada a la autoridad administrativa del trabajo (Departamento de Asuntos Campesinos). La rige el Decreto legislativo número 2417 Bis de 1952 y el 212 de 1953, reglamentario de aquél.

2ª Otra de decisión en derecho, encomendada también a autoridades administrativas del trabajo (la Comisión de Arbitraje Agrario). La gobierna el Decreto legislativo número 893 de 1955, reglamentado por el Decreto ejecutivo número 186 de 1956. Se conserva la función conciliadora de la fase anterior. Representa la segunda etapa un avance en relación con la precedente, pues fracasada la vía de conciliación, no deja el punto sin definir, ya que, para tal fin, crea un organismo especial, de naturaleza arbitral, el cual somete a las partes de manera obligatoria.

3ª El conflicto, como en la etapa anterior, se decide en derecho por la justicia del trabajo. El régimen en esta tercera etapa está constituído por el Decreto legislativo número 291 de 1957. Conserva la conciliación de los dos períodos anteriores, eliminando la función arbitral obligatoria de la segunda etapa.

El caso en estudio estuvo sometido a la legislación anterior al Decreto 291 de 1957 y será ella la que la Sala habrá de tomar en cuenta.

Objeto de la litis.

El Decreto legislativo número 2417 bis de 1952 (art. 1º) lo determina así: el estudio y solución, por vía de conciliación, de los conflictos rurales entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, que tengan carácter económico-social o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, efectos y ejecución del contrato de trabajo.

El motivo de la norma lo explica el primero de los considerandos del decreto diciendo que "corresponde al Gobierno velar por la cumplida ejecución de las normas laborales dentro de un amplio espíritu de justicia social, procurando el mayor amparo a las clases campesinas en sus relaciones de trabajo".

La previsión del decreto habla, por una parte, de conflicto económico-social, y por la otra, de conflicto que tenga su fuente en un contrato de trabajo. Da a entender que se trata de dos cuestiones distintas. Con todo, si se atiende al desarrollo que al precepto da su decreto reglamentario al señalar las funciones del Departamento de Asuntos Campesinos (art. 4º, literal c), el aspecto económico-social no es el contenido del conflicto sino su origen. En efecto, el mandato dice que la autoridad administrativa tiene la función de proceder, en acción conciliatoria, respecto de los contratos de arrendamientos de predios rurales que originen conflictos económico-sociales para restablecer la armonía entre las partes.

Son dos los contratos que intervienen en la producción del conflicto: el de arrendamiento y el de trabajo, predominando el de la segunda clase. Lo destaca el artículo 1º del Decreto Reglamentario (el 212 de 1953) al expresar que el Departamento de Asuntos Campesinos "tendrá a su cuidado el estudio y solución de los problemas relacionados con el salario, prestaciones, contratos y condiciones del trabajo rural, con el fin de buscar el mejor entendimiento económico y social entre los propietarios de la tierra y sus ocupantes, aparceros, arrendatarios, colonos y similares".

El Decreto legislativo número 893 de 1955 concreta mejor la materia litigiosa. La integra la diferencia entre propietarios de predios rurales y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, sobre reconocimiento y pago de mejoras, que deben definirse en audiencia con intervención de los interesados. (art. 1º).

Como se ve, objeto de la pretensión, es el reconocimiento y pago de mejoras, y su causa jurídica el contrato de arrendamiento. Sin embar-

go, como el decreto en mención adiciona el de 1952, el conflicto puede tener también su origen en el contrato de trabajo.

Según lo expuesto, sujetos del conflicto son, por una parte, el dueño de la tierra, o el arrendador, y por la otra, el ocupante, aparcero, colono o similares, o de un lado el patrono y del otro el trabajador del agro.

La competencia para la decisión del conflicto.

Ya se vio que en el primer período se confió a la conciliación; en el segundo, al lado de la conciliación y para el caso de este medio no diera resultados, a una Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, con sede en Bogotá (art. 6º del Decreto 893 de 1955).

En el caso de autos tanto la Inspección de Asuntos Campesinos, en la fase de conciliación, como la Comisión de Arbitraje Obligatorio, en la fase de conocimiento, afirmaron su competencia para decidir el reclamo sobre reconocimiento y pago de mejoras formulado por Vicente Emilio Trujillo contra la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera Abadía. Por estimarlo así rechazaron la súplica sobre declaración de incompetencia y la de nulidad de lo actuado con fundamento en ese vicio procesal, que, en la debida oportunidad, hicieron valer los representantes de la herencia presentes en el juicio.

Ante la Corte el recurrente impugna el laudo arbitral por incompetencia de jurisdicción y con tal fundamento pide que se declare inexequible el ordinal 1º de su parte resolutiva, por el cual negó la declaración de nulidad de todo lo actuado, solicitada por la parte demandada.

Se le plantea, pues, a la Corporación la decisión de un punto de naturaleza procesal. Como cuestión previa, debe, por tanto definir si tiene facultad al respecto.

El artículo 5º del Decreto legislativo número 893 de 1955, somete el laudo de la Comisión de Arbitraje Obligatorio al recurso de homologación ante esta Sala de la Corte (antes Tribunal Supremo del Trabajo), en la forma y términos del artículo 143 del C. P. L.

La citada norma establece un control de forma del fallo arbitral, pues la actividad de la Corte se limita a verificar su regularidad y a declararlo exequible "si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario". Otro medio de control, también formal, es el de que si el laudo no resuelve todas las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, la Corte lo devuelve a los árbitros para que se pronuncien sobre ellas, sin perjuicio de homologar lo ya decidido, si lo estima conveniente.

No contempló el legislador lo relativo a la competencia del Tribunal de Arbitramento para la decisión del conflicto, ni, de consiguiente, faculta a la Corte expresamente para que se pronuncie al respecto. Sin embargo, la Corporación entiende que el silencio acerca de la cuestión planteada no le impide su examen, por las razones que pasa a exponer:

En doctrina y jurisprudencia es unánime el concepto de que el Juez tiene la obligación de examinar de oficio si le asiste competencia para definir la controversia que se le propone, y, en consecuencia, la facultad para rehusar la jurisdicción si encuentra que el asunto no le está atribuído por la ley. Es ésta la que determina la competencia para cada caso concreto y por ser de orden público no está a disposición de las partes ni del juzgador. Trátase de una garantía jurisdiccional establecida por la Carta Política en su artículo 26, de ineludible observancia en todo proceso, cuya omisión tiene la consecuencia de impedir que produzca efecto alguno. Así ocurre cuando la competencia se atribuye por materia o por los factores subjetivo y funcional. Su prórroga está autorizada por la ley cuando es el territorio el elemento que la determina, extremo que no se contempla en el presente caso. En desarrollo del precepto constitucional, el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 448, numeral 1º, establece como causal de nulidad en todo juicio, la incompetencia de jurisdicción.

Consecuencia de lo que se deja expuesto es la de que la Corte tiene el deber de examinar si era de la competencia de la autoridad administrativa del trabajo avocar el conocimiento de la litis decidida por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio.

Sobre el punto la Sala observa:

Afirma el demandante, en los fundamentos de hecho del reclamo presentado a la Inspección de Asuntos Campesinos, que, como consecuencia del remate de dos lotes, de la hacienda "Piedra de Moler", efectuado en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva seguido por la Nación contra la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera Abadía, se le hizo entrega material de ellos el 22 de mayo de 1953, conservando su tenencia hasta el 5 de enero de 1956. Que en esa fecha fue desalojado "de todo el inmueble que venía poseyendo", a causa de la declaración

de nulidad del juicio ejecutivo en que el remate se llevó a efecto.

Considera la Comisión de Arbitraje Agrario que la situación jurídica del actor es la de simple ocupante y que es ésa una de las hipótesis previstas en el artículo 1º del Decreto número 0893 de 1955. Se trata, pues, a su juicio, de una controversia entre el dueño del inmueble (la sucesión de Guillermo Rivera Abadía) y Vicente E. Trujillo como ocupante de hecho. Este —expresa la Comisión— nunca fue propietario, conservando en todo momento la sucesión el dominio del inmueble, ya que el título del demandante (el remate) fue anulado.

No halla la Corte aceptable la tesis del fallo arbitral.

Según el relato que se hizo en el Capítulo I de esta providencia, aparecen comprobados estos hechos: que el 10 de abril de 1953 Vicente E. Trujillo remató dos lotes de la hacienda "Piedra de Moler"; que el 15 de los mismos mes y año fue aprobado el remate y se ordenó su inscripción en el registro, acto éste que tuvo cumplimiento aunque las piezas del proceso no señalan la fecha en que se consumó; y que el 22 de mayo de 1953 se le hizo entrega real al rematante del bien objeto de la subasta, el cual tuvo en su poder hasta el 5 de enero de 1956.

Otros hechos, también comprobados en el juicio, presentan una faz distinta del problema, y es la siguiente: la parte demandada interpuso el recurso de apelación contra el auto aprobatorio del remate. Antes de la decisión del recurso por el Consejo de Estado, el funcionario ejecutor hizo entrega real del bien subastado al rematador Trujillo y ordenó la inscripción del acta en el registro, consumándose dicho acto.

Ahora bien: la inscripción del inmueble rematado en el registro en favor de Vicente E. Trujillo canceló la existente en favor de Guillermo Rivera Abadía. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 789 del Código Civil, según el cual, "para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, *o por decreto judicial*". (Subraya la Sala). El segundo inciso de la norma preceptúa: "Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente".

En el caso de autos el título cuya inscripción fue ordenada por decreto judicial, es una venta. Esta puede ser voluntaria o forzada. Como forzosa considera la ley la que se efectúa por decreto judicial, a petición de un acreedor, expresando que la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el Juez su representante legal (art. 741 del C. C.). En desarrollo de ese precepto dispone el artículo 1051 del Código Judicial, que "la diligencia de remate y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública" y si se trata de inmuebles, debe inscribirse en la respectiva oficina de registro.

La venta, voluntaria o forzosa, es título justo y, a la vez, traslaticio de dominio (art. 765, incisos 1º y 3º ibídem).

La tradición es modo de adquirir el dominio, según el artículo 740 del Código en cita, para cuya validez se requiere que sea hecha por el tradente o su representante (art. 742 del mismo estatuto) y, además, un título traslaticio de dominio, "como la venta, permuta, donación, etc.". (art. 745 del mismo cuerpo de leyes).

La inscripción del título traslaticio de dominio en el registro, cuando de inmuebles se trata, es el medio de realizar su tradición (art. 2637 del C. C.).

Según lo expuesto, en el caso que se examina, el dominio del inmueble rematado por Trujillo se radicó en cabeza de éste, con todos los derechos inherentes a él, a saber: uso, goce y disposición.

No se puede sostener por consiguiente, como lo hace la Comisión de Arbitraje, que el demandante nunca fue propietario del inmueble y que su dominio jamás dejó de pertenecer a la sucesión ejecutada. El fallo arbitral construye toda su argumentación con base en la ocupación de la hacienda por el demandante, sin detenerse a examinar en el fondo el título que le sirvió de causa a la ocupación. No es de recibo el argumento de que por virtud de la anulación del título decretada por el Consejo de Estado, la inscripción del remate en favor de Trujillo carece de toda eficacia.

El acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial. Declarada la nulidad por sentencia firme, las cosas deben restituírse al estado anterior como si no hubiera existido el acto o contrato nulo (art. 1746 del C. C.), lo cual no significa que durante su vida no hubiera producido efecto alguno. Prueba de lo contrario es que el citado mandato, en su inciso segundo, contempla y regula los efectos producidos por el acto objeto de la declaración judicial de nulidad al expresar que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y

frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes".

Demuestra la exposición precedente que no conviene a Trujillo la calificación de simple ocupante que le da el fallo arbitral y que, por tanto, su situación no encaja dentro de ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 1º del Decreto número 0893 de 1955. El simple ocupante se apodera del bien, sin título alguno que lo respalde, como expresión de un acto unilateral de voluntad, tenga o no la creencia de que es de propiedad privada o del dominio del Estado, en calidad de baldío. Trujillo dio por el inmueble un precio determinado, el fijado para su adquisición en el proceso ejecutivo, esto es, no lo tomó como ocupante de hecho sino que lo detentó como poseedor o dueño.

Como se ve, se trata de una controversia entre Vicente Emilio Trujillo, en calidad de poseedor del inmueble que remató, por el reconocimiento y pago de mejoras que en él estableció durante el tiempo en que estuvo en su poder (de mayo de 1953 a enero de 1956) y el titular de la propiedad (la sucesión de Rivera Abadía), a quien el demandante la restituyó por virtud de una resolución judicial, después de haberla poseído durante el lapso de tiempo indicado.

Las controversias sobre pago de mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor, no las incluye el Decreto número 2417 de 1952 ni el 0893 de 1955, y como de esta clase es la contemplada en el caso de autos, quedaron excluídas del conocimiento de la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos, de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio y de esta Sala de la Corte.

Da a entender el artículo 7º del Decreto número 0186 de 1956, reglamentario del 0893 de 1955, que toda diferencia sobre el pago de mejoras corresponde a la autoridad administrativa del trabajo, pues dispone que cuando ellas surjan ante los jueces ordinarios, deben éstos enviar copia de lo conducente a dicha autoridad (Departamento de Asuntos Campesinos), para su decisión. La previsión debe entenderse siempre que la diferencia surja dentro de los límites que trazan los dos decretos legislativos. Suponiendo que el texto del decreto quiso incluír la diferencia entre el propietario del inmueble y el poseedor, habría que decir que la norma, con tal extensión, excedería la potestad reglamentaria, pues no es cuestión que comprendan los decretos legislativos citados, y por tal motivo no podría tener aplicación (Ley 153 de 1887, art. 12).

De cuanto se deja expuesto se deduce que la decisión recaída al reclamo sobre pago de mejoras se produjo por funcionario sin jurisdicción para el caso, lo que a la vez envuelve falta de competencia.

La ausencia del presupuesto procesal de que se trata, es insubsanable, y la Corte se limitará a reconocerlo así, sin examinar en el fondo el recurso de homologación sometido a su estudio.

Si Vicente Trujillo, durante el tiempo en que poseyó el inmueble, realizó las mejoras cuyo reconocimiento y pago reclama, aspecto que la Corte se abstiene de examinar, es claro que puede hacer valer ese derecho en juicio separado, ante la jurisdicción que corresponda. Bien sabido es que el enriquecimiento sin causa no es fuente de derechos, de manera que todo el que considere que ha aumentado el patrimonio de otro, sin título que lo justifique, está legimitado para obrar contra él y exigirle la satisfacción de las obligaciones a que haya lugar.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, RESUELVE: DECLARAR NULO lo actuado ante la Inspección de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo y la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en la presente controversia, por incompetencia de jurisdicción.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo.

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACLARACION DE SENTENCIAS Y DE AUTOS. CONDENA EN COSTAS.

Objeto del recurso de aclaración. No sirve para definir lo concerniente a costas. El juez que olvidó condenar en costas no está facultado para dictar providencia complementaria. En los recursos arbitrales, en materia civil o del trabajo, no está prevista la condena en costas; ni para el recurso extraordinario de homologación. Nulidad de estas actuaciones administrativas y condena en costas.

Sobre la solicitud que se hace a la Corte para que aclare su proveído en el sentido de que se pronuncie sobre costas, se considera:

El recurso de aclaración tiene por objeto poner en claro los conceptos o frases de una providencia judicial que ofrezca verdadero motivo de duda, si a simple vista presenta oscuridad o ambigüedad. Tal es el alcance que sobre este remedio legal fija, con relación a la sentencia, el artículo 482 del Código Judicial. Si la aclaración no es de sentencia sino de auto —como ocurre en el presente caso— el criterio es el mismo que traza el citado ordenamiento. Al interpretarlo, la jurisprudencia ha dicho que los conceptos o frases determinantes de la duda deben encontrarse en la parte resolutiva de la decisión, que es donde se halla el verdadero acto de voluntad del Juez y el que vincula tanto a éste como a las partes.

No se encuentra en el caso de la norma citada el auto de la Corte cuya aclaración se pide, pues resuelve con toda claridad la cuestión que decide, o sea la nulidad de lo actuado por el Inspector de Asuntos Campesinos y la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio.

Se utiliza por el reclamante el recurso de aclaración como medio para obtener la condena en costas. Se trata, como es fácil advertirlo, de cuestiones distintas. En el primer caso, si el recurso procede, lo resuelto se mantiene fijando su verdadero sentido. En el segundo hay dos providencias distintas: la decisoria del pleito, incidente o recurso y la complementaria sobre costas. Tratándose de instituciones procesales distintas, la referente al recurso de aclaración no sirve para definir la concerniente a las costas.

Las costas, contra la parte vencida en el pleito, ya sea en el primero o en el segundo grado, en la instancia principal o en la incidental, o en los recursos extraordinarios, deben decretarse en la providencia que decide el pleito, incidente o recurso, al tenor de las reglas legales que gobiernan la institución.

Si siendo el caso de condenar en costas, el Juez guardó silencio al respecto, no existe facultad legal para que repare la omisión dictando nueva providencia complementaria de la anterior. La ausencia de norma al respecto llevó a la Comisión Redactora del Proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso, a contemplar el punto (art. 366), autorizando al fallador para dictar sentencia adicional en caso de que nada hubiera estatuído sobre costas, a petición de parte.

En los recursos arbitrales, en materia civil o del trabajo, no está prevista la condena en costas. Tampoco la establece la ley para el recurso extraordinario de homologación. Si no era pertinente una disposición en tal sentido en la sentencia decisoria del recurso, tampoco cabe en la dictada por la Corte sobre nulidad de lo actuado en las fases administrativas que terminaron con la expedición del laudo contra el cual se interpuso el indicado recurso.

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

(Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.).

El doctor Gonzalo Gaitán, apoderado de herederos de la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, en el reclamo que sobre pago de mejoras contra ella promovió Vicente Emilio Trujillo ante el Inspector de Asuntos Campesinos decidida por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, le pide a la Corte en el memorial anterior, con fundamento en el artículo 458 del Código Judicial, que, por haber guardado silencio sobre condena en costas en el Auto de 7 de julio del corriente año, por el cual la Sala declaró la nulidad de lo actuado en las fases administrativas surtidas ante dichos funcionarios, se pronuncie sobre el particular, "aclarando así su sentencia".

Para resolver, se considera:

a) El recurso de aclaración tiene por objeto poner en claro los conceptos o frases de una providencia judicial que ofrezca verdadero motivo de duda, si a simple vista presenta oscuridad o ambigüedad. Tal es el alcance que sobre este remedio legal fija, con relación a la sentencia, el artículo 482 del Código Judicial. Si la aclaración no es de sentencia sino de auto, como ocurre en el presente caso, el criterio es el mismo que traza el citado ordenamiento. Al interpretarlo, la jurisprudencia ha dicho que los conceptos o frases determinantes de la duda deben encontrarse en la parte resolutiva de la decisión, que es donde se halla el verdadero acto de voluntad del Juez y el que vincula tanto a éste como a las partes.

No se encuentra en el caso de la norma citada el auto de la Corte del 7 de julio, pues resuelve con toda claridad la cuestión que decide, o sea la nulidad de lo actuado por el Inspector de Asuntos Campesinos y la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio.

b) Se utiliza por el reclamante el recurso de aclaración como medio para obtener la condena en costas. Se trata, como es fácil advertirlo, de cuestiones distintas. En el primer caso, si el recurso procede, lo resuelto se mantiene fijando su verdadero sentido. En el segundo hay dos providencias distintas: la decisoria del pleito, incidente o recurso y la complementaria sobre costas. Tratándose de instituciones procesales distintas, la referente al recurso de aclaración no sirve para definir la concerniente a las costas.

c) Las costas contra la parte vencida en el pleito, ya sea en el primero o en el segundo grado, en la instancia principal o en la incidental, o en los recursos extraordinarios, deben decretarse en la providencia que decide el pleito, incidente o recurso, al tenor de las reglas legales que gobiernan la institución. Si siendo el caso de condenar en costas, el Juez guardó silencio al respecto, no existe facultad legal para que repare la omisión dictando nueva providencia complementaria de la anterior. La ausencia de normas al respecto llevó a la Comisión Redactora del Proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso (art. 366) a contemplar el punto, autorizando al fallador para dictar sentencia adicional en caso de que nada hubiera estatuído sobre costas, a petición de parte.

d) En los recursos arbitrales, en materia civil o del trabajo, no está prevista la condena en costas. Tampoco la establece la ley para el recurso extraordinario de homologación. Si no era pertinente una disposición en tal sentido en la sentencia decisoria del recurso, tampoco cabe en la dictada por la Corte sobre nulidad de lo actuado en las fases administrativas que terminaron con la expedición del laudo contra el cual se interpuso el indicado recurso.

e) La nulidad de la actuación, decretada por la Corte en el auto de 7 de julio, se funda primordialmente, en la norma del artículo 26 de la Constitución Nacional, de aplicación en todo proceso, no en la doctrina del artículo 448, numeral 1º del Código Judicial. Si bien la Sala hace mérito de ésta, de ella se vale para robustecer el concepto sobre aplicación de la norma de superior jerarquía.

Por lo expuesto, la Sala Laboral de la Corte no accede a la solicitud contenida en el memorial de que se ha hecho referencia.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PODERES DECISORIOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN LOS CONFLICTOS ECONOMICOS.

1. Los poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento, respecto a los conflictos de carácter económico, sólo quedan sujetos a las limitaciones impuestas por los dictados naturales de la equidad. — 2. Estudio conjunto, a la luz de la equidad, de un grupo de decisiones del Laudo. — 3. Amplitud del objeto que puede ser materia de convenciones colectivas y decisiones arbitrales. Al trabajador no puede considerársele como un sér aislado del núcleo familiar y social. — 4. Préstamos a los trabajadores con destino a la adquisición o construcción de viviendas. — 5. Licencias remuneradas a los trabajadores para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización. — 6. Suministro de pasajes y viáticos a los trabajadores para el desempeño de comisiones sindicales. — 7. Sueldo para el trabajador que reemplaza a otro de superior categoría. Extralimitación de las funciones del árbitro.

1. El presente conflicto, sometido a la decisión de la Corte, en su actual etapa de homologación, ha quedado circunscrito, exclusivamente, a la revisión de cuestiones de naturaleza económica. Es verdad que el Pliego de Peticiones presentado por los trabajadores comprendía la solución de aspectos económicos y jurídicos. Empero, como las cuestiones de esta última clase fueron negadas por el Tribunal de Arbitramento, el recurso de homologación debe entenderse interpuesto únicamente en lo desfavorable a las pretensiones de la empresa recurrente, por lo que resulta claro que la cuestión sub lite ante la Corte, queda restringida al examen de los puntos aún en conflicto, que son todos de naturaleza económica.

Lo dicho conduce a que, en el presente caso, la actividad de la Corte en el examen de los cargos, deba desarrollarse, principalmente, dentro del ámbito que le señala el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral, para verificar su regularidad y declararlo exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si las resoluciones del Tribunal no hubieren extralimitado el objeto para el cual se convocó y no se observan defectos en la decisión.

Ahora bien, si los poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento, respecto a los conflictos de carácter económico o de intereses simples, en que éste asume la posición que corresponde al Arbitrador, están circunscritos al petitum contenido en los respectivos puntos del Pliego de Peticiones, que por no haber sido materia de acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, se le señalan en el Acto Gubernamental de su convocatoria, tales poderes sólo quedan sujetos a las limitaciones impuestas por los dictados naturales de la equidad.

El tema de las facultades y límites del poder arbitral al decidir el aspecto económico del conflicto, fue ya ampliamente estudiado por esta Sala de la Corte, en fallo de homologación de 27 de enero de 1961, al revisar el Laudo Arbitral que decidió el conflicto surgido entre los Bancos del país y los empleados bancarios; fallo publicado en la Gaceta Judicial, Tomo XCIV, 723 ss.

2. La Sala al realizar la función que le compete en sede de homologación, de verificar la regularidad del laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que fue convocado mediante resolución del Ministerio de Trabajo, ha efectuado la confrontación entre los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones sometidos a arbitramento, todos de naturaleza económica, y

la solución dada a cada uno de ellos y ha llegado a la conclusión de que aquellas decisiones que se estudian conjuntamente no ofrecen reparos de forma, pues se atemperan al objeto señalado en el acto de convocatoria y han sido proferidas dentro del límite de los poderes o facultades que la ley otorga al Tribunal de Arbitramento.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por el apoderado de la empresa recurrente, resulta plenamente establecido en el proceso que los Arbitros para decidir los puntos relativos a nuevas condiciones de trabajo, como son las relacionadas con el suministro de asistencia médica y farmacéutica a los familiares de los trabajadores, préstamos para la construcción o adquisición de viviendas, fijación de nuevo salario mínimo, aumento de salarios, primas de navidad y de maternidad y efectos y vigencia del Laudo, tuvieron en cuenta no sólo las condiciones de trabajo de los servidores de la empresa y las necesidades que confrontan, sino también, en forma que no admite duda al respecto, la actual situación de la Compañía en sus aspectos económicos, financieros, legales y contractuales, conforme a lo que resulta tanto de los documentos aportados al proceso y de las razones aducidas por las partes, como de lo que pudieron observar personal y directamente, en la diligencia de inspección ocular que practicaron en las dependencias de la Compañía.

De las pruebas aportadas por propia iniciativa de la Compañía, como de las que fueron requeridas de ésta por los árbitros, no resulta, a juicio de la Sala, que las decisiones contenidas en el Laudo, contradigan o estén en pugna manifiesta con los dictados naturales de la equidad. Por el contrario, las cifras tomadas de los balances consolidados de la Empresa, constituyen demostración elocuente de que las decisiones del Tribunal no son confiscatorias, ni conllevan situaciones que atenten contra el capital y la estabilidad misma de la empresa.

3. No puede aceptarse —como lo sostiene la Empresa— que los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones y las decisiones del laudo que extienden a los familiares "inmediatos" del trabajador el goce de algunos de los beneficios de que éstos gozan por mandato de la ley, como son asistencia médica y farmacéutica y auxilio de maternidad, sean materias extrañas a lo que constituye el objeto de las convenciones colectivas y a la decisión arbitral. Por el contrario, y sin lugar a dudas, tales convenciones constituyen instrumentos adecuados de los que se valen los trabajadores para conseguir avances de la legislación laboral y nuevas condiciones en sus relaciones de trabajo que les permitan desarrollar sus funciones de manera más acorde con el decoro y la dignidad de la persona humana, con la adecuada protección de su vida y de su salud, y que la retribución de sus servicios corresponda a lo que en justicia sea necesario para subvenir, normalmente, a sus propias necesidades y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural. Al trabajador no puede considerársele como un ser aislado del núcleo familiar y social. El debe atender tanto a su propia subsistencia y a sus personales necesidades, como también a las de su esposa, hijos, padres y demás familiares para quienes las leyes positivas y morales le imponen deberes de asistencia, ayuda y protección. El cumplimiento de esos deberes, necesariamente incide sobre el salario, que cumple así, una función familiar. Y mediante las primas, bonificaciones, asistencia médica y farmacéutica que los patronos suministren a los familiares del trabajador, se contribuye indirectamente a aumentar las fuentes de su subsistencia y a crear medios adecuados e idóneos para que la retribución por sus servicios corresponda al concepto de un salario real, cuestión ésta que no puede ser extraña a lo que se comprende en el concepto de "condiciones generales de trabajo". Tal finalidad constituye, a juicio de la Sala, el fundamento inmediato, racional y equitativo de la decisión arbitral, a los citados puntos del Pliego de Peticiones.

4. Por lo que hace a los préstamos a los trabajadores, con destino a la construcción o adquisición de viviendas, ni de la petición del Pliego ni de la decisión del Laudo se puede deducir que se trate de anticipo del auxilio de cesantía. Ni el pago anticipado de esa prestación, en los casos previstos por la ley, constituye liberalidad patronal, sino un derecho del trabajador consagrado en la legislación, que por tanto, escapa, en la actualidad, a la materia de una Convención Colectiva. Lo pedido por los trabajadores y concedido por los Arbitros, constituye un beneficio extralegal, de naturaleza distinta al anticipo de cesantía, que puede ser materia de regulación por Convención Colectiva o por Laudo Arbitral.

Ni es verdadero el argumento de la Empresa, respecto a que la decisión recaída al artículo 6º del Pliego de Peticiones, contraríe el mandato contenido en el numeral 3º del artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto en ella no se dispone que los préstamos que se

otorguen deban ser aprobados por el respectivo Inspector del Trabajo. En efecto, la intervención de dicho funcionario, que prevé la norma invocada, se refiere a los casos en que se solicite por el trabajador el anticipo del auxilio de cesantía, o la concesión de préstamos con garantía en la misma prestación, y no al previsto en el caso sub lite, en que se trata de préstamos que, aun teniendo como finalidad la construcción o adquisición de viviendas, se otorgan con garantía real específica, sin comprometer el auxilio de cesantía que corresponde al trabajador.

5. Conforme a la disposición contenida en el ordinal 6º del artículo 57, entre las obligaciones especiales del patrono se establece la de conceder al trabajador las licencias necesarias "para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización" siempre que avise con la debida oportunidad al patrono o su representante y que "el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la Empresa". Y agrega la norma: "En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antes dichas. Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del patrono". Por su parte el artículo 51 ibidem preceptúa: "El contrato de trabajo se suspende: ...4º Por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador...". Y el artículo 53 de la misma obra dispone que durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corre a cargo del patrono, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

El artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo establece que a los sindicatos de base corresponde, de preferencia, la representación de sus afiliados, en todas las relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de peticiones; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos y la de negociadores, dentro de sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores y de árbitros en su caso; y la celebración de contratos sindicales y de convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto deben ser consultados los intereses de las respectivas actividades de los asociados. La norma dispone además que dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de trabajadores; y si por cualquier motivo llegasen a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

Como se aprecia de las disposiciones transcritas, el patrono está obligado a conceder a las comisiones de trabajadores designadas por el sindicato, las licencias necesarias para el desempeño de objetivos sindicales inherentes a la organización. Pero como estas licencias temporales conllevan la suspensión del contrato de trabajo durante el término de las mismas, pues durante ellas el trabajador interrumpe su obligación de prestar el servicio prometido, la ley libera al patrono de la obligación correlativa de pagar los salarios de esos lapsos y los faculta para descontar esos períodos, al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Empero, en el presente caso, el punto relativo a la remuneración de las licencias a los trabajadores comisionados por el Sindicato para el desempeño de funciones inherentes a la organización, es materia que fue regulada por la convención colectiva celebrada el 5 de febrero de 1960, que en su artículo 6º dispone lo siguiente: "La Compañía, con el mismo espíritu de cordialidad y muestra de su deseo de mantener las mejores relaciones con el sindicato, dará gustosamente los permisos remunerados a los delegados para el desempeño de comisiones sindicales inherentes a la organización, siempre que se le avise por escrito con la debida oportunidad y que el número de los que han de disfrutar de tales permisos no sea en cuantía que perjudique el funcionamiento de la Empresa". Seguramente, esta fue la razón que tuvo el Tribunal de Arbitramento, para no contemplar en su decisión, lo relacionado con los permisos remunerados.

6. La Sala no encuentra reparo que formular a lo acordado por los árbitros sobre suministro de pasajes y viáticos a los trabajadores de la Empresa, para el desempeño, dentro del territorio nacional, de comisiones sindicales inherentes a la organización, en los casos previstos por la ley y que se designen por el sindicato de base a que, conforme a la previsión del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde la representación de los trabajadores afiliados. Empero, como la decisión contempla también la posibilidad de que la Empresa asuma el cos-

to de pasajes y viáticos a trabajadores comisionados para asistir a Congresos internacionales, la Sala considera que este evento de la resolución debe revisarse para infirmarla, por tratarse de materia no relacionada con las condiciones generales del trabajo que se persigue mediante las Convenciones Colectivas y Laudos Arbitrales, que solo dentro del ámbito nacional pueden tener operancia y aplicación.

7. La petición de los trabajadores contenida en el parágrafo 2º del artículo 9º del Pliego, está circunscrita a que se reconozca al remplazante temporal el mayor sueldo devengado por el trabajador remplazado. En cambio la disposición del Laudo no se contrae a lo pedido, sino que dispone también sobre aspectos que no fueron sometidos a su consideración, al ordenar la estabilidad del trabajador remplazante, en cuanto a categoría y salario, si el remplazo se mantiene durante seis meses.

Por lo que hace al primer aspecto de la decisión o sea el relativo al salario, que deba pagarse al trabajador remplazante, la Sala estima que lo resuelto se atempera a lo pedido, se conforma a principios doctrinarios y postulados legales sobre la materia y no contradice los dictados de la equidad. En efecto, si el trabajador desempeña transitoriamente y por encargo del patrono, servicios de categoría superior a la suya, es porque se considera habilitado o capacitado para ello. Y si expresa o tácitamente se han modificado espontánea y temporalmente las condiciones de la relación laboral, debe regir el salario correspondiente, puesto que al trabajador se deben retribuír los servicios que efectivamente haya realizado y que se hubieren convenido.

La parte final de la decisión que establece la estabilidad del trabajador remplazante, en cuanto a categoría y salario, excede a las facultades de los Arbitros, por no constituír materia sometida a su decisión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos sesenta y uno.

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

En virtud del recurso de homologación interpuesto por el apoderado general de la Compañía Colombiana de Electricidad, corresponde a esta Sala de la Corte revisar el Laudo de fecha 31 de mayo de 1961, aclarado en providencia del día 5 de junio pasado, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que fue convocado mediante la Resolución número 531 del 6 de mayo de este año, emanada del Ministerio del Trabajo, para dirimir los puntos no resueltos, en las etapas de arreglo directo y conciliación del pliego unificado de peticiones presentado por el Sindicato de Empleados y Trabajadores de la Compañía Colombiana de Electricidad, División Atlántico, División Central y Seccional del Magdalena a la citada Compañía.

ANTECEDENTES

El Sindicato de trabajadores de la Compañía Colombiana de Electricidad, Divisiones Atlántico, Central y Seccional del Magdalena, con fecha 13 de diciembre de 1960, presentó a la consideración de la Compañía del mismo nombre, con sede en Barranquilla, el pliego unificado de peticiones que obra a folios 77 a 79 del cuaderno de pruebas, consistente en quince puntos y destinado a promover la celebración de una nueva Convención Colectiva reguladora de las relaciones laborales entre la Empresa y sus trabajadores, que venían siendo regidas por la celebrada el día 5 de febrero de 1960.

En la etapa de arreglo directo se acordaron soluciones para algunos de los puntos propuestos en el Pliego de Peticiones. En la segunda etapa no fue posible conciliar ninguno de los otros puntos pendientes, razón por la cual, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución 531 ya citada, ordenó la constitución del Tribunal de Arbitramento "para que estudie y falle el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Electricidad y la Entidad del mismo nombre". Dispuso, además, que el Tribunal "decidirá únicamente sobre los puntos a que se refiere el pliego de peticiones no conciliados ni arreglados por las partes en las etapas ya finalizadas".

Conforme a lo dispuesto en la misma Resolución Ministerial y en la número 559 de 12 de mayo de 1961, el Tribunal quedó integrado por los doctores Luis Emiro Valencia, Carlos Daniel Abello Roca y Clemente Salazar Movilla, como Arbitros designados, en su orden, por el Sindicato, la Compañía Colombiana de Electricidad y el Ministerio del Trabajo. El Tribunal, después de oír a las partes, de requerir, de las mismas, los documentos que estimó necesarios y de practicar una inspección ocular a las dependencias de la Empresa para obtener un ma-

yor conocimiento de causa, con fecha 31 de mayo de 1961 profirió el Laudo, que, a solicitud de la Compañía, fue aclarado por providencia del 5 de junio siguiente, en lo que respecta a la decisión del punto 15 del Pliego de Peticiones. El árbitro designado por la Empresa, salvó su voto, en relación con algunas decisiones del Laudo.

La Corte procede a decidir el recurso de homologación a su estudio, mediante las consideraciones que en seguida se expresan.

LA DEMANDA CONTRA EL LAUDO

El apoderado general de la Empresa, en el escrito en que sustenta el recurso, expresa que "El fallo de 31 de mayo, motivo de la homologación, debe revisarse a fin de que se declaren inexequibles las correspondientes decisiones por violatorias de la Constitución Nacional, de ley sustantiva, sea por una infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, así como por falta de apreciación de las pruebas producidas por la Compañía, y error de hecho que aparece manifiesto en el fallo al considerar los balances de la Compañía".

Concreta la acusación, a las decisiones del Tribunal recaídas sobre los siguientes puntos del Pliego de Peticiones: a) la del parágrafo 2º del artículo 2º, sobre reconocimiento de viáticos y pasajes a las comisiones sindicales; b) la del artículo 5º sobre asistencia médica y farmacéutica a los familiares "inmediatos" del trabajador sindicalizado; c) la del artículo 6º, sobre préstamos a los trabajadores sindicalizados, con destino a la construcción o adquisición de viviendas; d) la del artículo 7º, sobre fijación de salario mínimo; e) la del artículo 9º sobre aumento de salarios y la referente al parágrafo 2º del mismo artículo, sobre remuneración del trabajador que reemplace transitoriamente a otro de clasificación superior y de mayor remuneración; f) la del artículo 10, sobre Prima de Navidad; g) la del artículo 11, sobre prima especial de maternidad a la esposa o compañera permanente del trabajador; h) la del artículo 13, en la parte que establece que "en ningún caso la Compañía podrá decretar aumento de tarifas ni aplicarlo en lo futuro a sus trabajadores sindicalizados"; i) la del artículo 15 sobre efectos y vigencia del Laudo.

Respecto al punto a), dice que conforme al artículo 57 ordinal 6º del Código Sustantivo del Trabajo, el patrono está obligado únicamente a conceder las licencias necesarias a las comisiones sindicales para asuntos inherentes a la organización, tales como las de reclamos y las disciplinarias, las que deben actuar en el propio sitio de la Empresa, según las voces del artículo 374 ibídem. Que los representantes natos de los sindicatos son los miembros de la Junta Directiva; que dentro de la Empresa existen los sindicatos de la División Atlántico, el de la División Central, el de la División Magdalena y la Subdirectiva de Palmira, cada uno de los cuales tiene su directiva integrada por el número máximo que permite la ley; que de esta suerte y conforme a la decisión dada en el Laudo al parágrafo 2º del artículo 2º del Pliego de Peticiones, cada directiva de los distintos sindicatos que existen en la empresa podría constituír sus propias delegaciones o comisiones sindicales a las cuales deberá concederse viáticos y darse pasajes, con grave perjuicio para los intereses de la Empresa y con violación de lo preceptuado por el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohibe la coexistencia de dos o más sindicatos de base en una misma Empresa. Que la decisión, en cuanto impone a la Compañía la obligación de asumir tales gastos, en todos los casos que se enumeran en el parágrafo 2º del artículo 2º del Pliego, especialmente para asistencia de comisiones a Congresos Internacionales, trascendería el ámbito propio de la organización sindical, que se confunde con el ámbito nacional de un sindicato colombiano de base.

Con relación al punto b), manifiesta que, además de las razones de orden económico expuestas en el salvamento de voto del Arbitro nombrado por la Empresa, para apartarse de la decisión caída al punto 5º del Pliego de Peticiones, sobre asistencia médica y farmacéutica a los familiares del trabajador, debe anotar que ella viola el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, porque ello "no es condición a regir dentro de los contratos de trabajo", puesto que éstos se celebran con el trabajador y no con su familia. Que para la protección de ésta existen otras instituciones como el subisidio familiar, el seguro de vida y la pensión de jubilación. Que tampoco se fija por el Tribunal Arbitral un límite en cuanto al tiempo, con lo que se obliga a la Empresa a dar a un tercero, más de lo que según la ley corresponde al propio trabajador.

Al punto c) sobre préstamos con destino a construcción o adquisición de viviendas, dice que el artículo 6º del Laudo viola los artículos 91 a 93 de la ley 81 de 1960 que ha creado un impuesto a cargo de las Sociedades Anónimas, destinado a la construcción de viviendas para la

clase media y obrera. Que, además, contraría lo dispuesto por el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, que sólo permite hacer préstamos sobre el auxilio de cesantía para la adquisición de vivienda, previa aprobación del Inspector de Trabajo. Que los Arbitros han establecido una regla según la cual se presupone que la Compañía, debe sacar dinero, cuando no lo tiene, para darlo en préstamo sin garantía de cesantía apropiada, a trabajadores con cinco o más años de servicio. Que un préstamo hasta por treinta salarios mensuales, supone, para que haya equidad, que el trabajador lleve en la empresa treinta años a su servicio y que nunca haya pedido liquidación de cesantía.

En lo referente a los puntos d) y e), manifiesta que los artículos 7º y 9º del Laudo, sobre salario mínimo y aumento de salarios, son violatorios de la ley, como consecuencia de no haberse apreciado por el Tribunal las pruebas oportunamente aducidas por la Compañía, y por errónea apreciación de los balances de la empresa. Al respecto, el impugnador aduce diversas razones legales, económicas y financieras, que pueden resumirse así: que conforme al precepto contenido en el artículo 32 de la Constitución Nacional y, a las leyes 109 de 1936, 126 de 1938 y a los Decretos 1551 de 1931, 1606 y 1717 de 1937; 5 de 1940, 2286 de 1948 y 2976 de 7 de noviembre de 1959, el suministro de energía eléctrica está catalogado como un servicio público, intervenido por el Estado. Que las tarifas y reglamentos de las empresas que prestan el servicio público de energía, están sometidos a la aprobación y vigilancia del Gobierno, por medio de los organismos competentes establecidos por el legislador, como son el Ministerio de Fomento, el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico y la Superintendencia de Regulación Económica. Que la Compañía Colombiana de Energía Eléctrica está cobrando por los servicios que suministra en todas las empresas que tiene en el país, las tarifas que fueron aprobadas oficialmente en el año de 1948, cuando regía el tipo de cambio del 175%, y que, de esa fecha a hoy ha entrado en dificultades de orden económico y financiero por las modificaciones en el cambio de la moneda, aumento de sueldos, salarios y prestaciones que se han creado posteriormente. Que desde el año de 1958 ha pedido al Gobierno la aprobación de nuevas tarifas que le dieran margen para atender a los gastos de operación y mantenimiento, al mayor valor de los materiales, por alza de precios en los mercados de origen y aumento en el cambio internacional. Que el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, previo estudio y revisión de balances y documentos y mediante análisis de los fenómenos determinantes de la elevación de los gastos de operación del servicio y sus pronósticos para lo futuro y, con base en el contrato general celebrado entre el Gobierno Nacional y la Compañía, en noviembre de 1940, conceptuó favorablemente para que se aprobasen las nuevas tarifas solicitadas por la Empresa. Que el Ministerio de Fomento, por medio de las Resoluciones números 270 de 15 de julio de 1960 y 306 de 19 de agosto del mismo año, aprobó nuevas tarifas para los Municipios de Barranquilla, Soledad, Malambo, Puerto Colombia, Palmira, Buga, Cerrito, Ginebra, Candelaria, Guacarí y Buenaventura, pero que estos aumentos fueron posteriormente suspendidos, por tiempo indefinido, por la Superintendencia de Regulación Económica, como se aprecia de las pruebas allegadas al proceso. Que en forma contraria a lo expresado en el Laudo por el Tribunal, los balances sometidos a su consideración muestran una pérdida para la Empresa de $ 1.854.581,55, en el año de 1959, y una pérdida adicional de $ 1.708.001,52, en el año de 1960 y, que el balance de Superávit ganado en años anteriores, quedó reducido a $ 877.772,32, cantidad llamada a desaparecer, si se sufren, como es de presumirse ante la suspensión indefinida de las nuevas tarifas, pérdidas similares a la de los años de 1959 y 1960. Que las facultades de los árbitros están limitadas a las mismas que podrían usar prudencialmente los jueces en caso de juicios similares. Que en el juzgamiento no pueden ellos hacer concesiones graciosas que jamás cabrían dentro del juicio objetivo del juzgador, sobre todo si esas concesiones, además de la extralimitación que envuelve toda liberalidad, van contra lo establecido en documentos públicos allegados al proceso.

Respecto al Parágrafo 2º del artículo 9º, arguye que los árbitros carecen de facultad para modificar las estipulaciones de cada contrato de trabajo y menos para otorgar prerrogativas sin verificar la actitud del presunto beneficiado, esencial en una empresa de servicio público. Que tal ordenación de los árbitros traería consigo la anarquía en la Empresa y proporcionaría estímulo para aspiraciones individuales por puro interés económico personal, en olvido de las condiciones de aptitud, lo que exclusivamente compete a la Empresa, según el Código Sustantivo del Trabajo, pues que a ésta corresponde establecer las funciones y cargos de cada trabajador.

En relación con los puntos f) y g), sobre primas de navidad y maternidad, previstas en los artículos 10 y 11 del Laudo, manifiesta que son violatorias de la Constitución Nacional en sus artículos 30 y 34, puesto que constando en documentos públicos que la Compañía carece de tarifas remuneratorias, que no se le han dado las que tiene derecho para absolver las pérdidas producidas y las que se sigan produciendo, se está tomando la propiedad de la Empresa, o recursos de capital de la misma, para el cumplimiento de liberalidades. Que, por otro lado, las prestaciones, aun siendo extra-legales, deben tener como origen y causa remota y próxima el contrato de trabajo y que éste no existe con la mujer legítima, la compañera permanente o los hijos del trabajador, para quienes se ha instituído el subsidio familiar.

Por lo que hace al punto h), manifiesta que la decisión del Laudo contenida en el artículo 13, sobre rebaja en el servicio de luz, en la parte que establece que "en ningún caso la Compañía podrá decretar aumento de tarifas ni aplicarlo en lo futuro a sus trabajadores sindicalizados", contiene una congelación permanente de tarifas, que ni el legislador podría decretar. Que, además, no es la Compañía la que puede por sí sola decretar los aumentos en las tarifas, puesto que ellas están sometidas a la aprobación del Gobierno y que el Decreto 1551 de 1931 prohibe a las empresas hacer discriminación en sus tarifas.

Finalmente, respecto al punto i), que señala la vigencia del Laudo y sus efectos, manifiesta que el artículo 15 es contrario a la Constitución y a las leyes, en la parte que establece la retroactividad de los aumentos de salarios a partir del 1º de enero de 1961. Que aunque en otras ocasiones se ha aplicado ese criterio dentro de un margen moderado de días, en el presente caso ello no es posible, por falta de recursos, según consta en documentos oficiales que los Arbitros han ignorado, y que la disposición de retroactividad es arbitraria y contraría los artículos 30 y 34 de la Constitución, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 y el 469 del Código Sustantivo del Trabajo, el que dispone que una convención reemplaza a la anterior y que mientras se negocia una nueva, perdura la vigencia de aquélla que se quiere reemplazar.

EXAMEN DE LA DEMANDA

Según se ha visto al hacer la relación de los antecedentes del conflicto, la actividad del Tribunal de Arbitramento quedó limitada, según la resolución ministerial que lo convocó, a decidir sobre los puntos del pliego de peticiones no acordados por las partes o por sus representantes en las etapas de arreglo directo y conciliación.

Los puntos de desacuerdo y las decisiones del Tribunal sobre los mismos, son:

"Artículo 2º ..." (Su texto se transcribe más adelante.

Petición. "Artículo 5º La Compañía reconocerá los servicios médicos a los familiares de los trabajadores a su servicio. Así mismo contribuirá con un cincuenta por ciento (50%) del valor de las medicinas prescritas por el médico.

"Parágrafo. Los beneficios del artículo anterior se harán extensivos a los trabajadores que gozan de pensión de jubilación".

Dice el Laudo:

"La Compañía Colombiana de Electricidad suministrará servicio médico a la familia inmediata del trabajador sindicalizado y establecerá el sistema adecuado y de organización para dar cumplimiento a esta decisión de acuerdo con los considerandos de la misma. La Compañía contribuirá con el veinte por ciento (20%) del valor de las drogas formuladas por el médico designado por la Empresa para la prestación de este servicio".

Petición. "Artículo 6º La Compañía hará préstamos a sus empleados o trabajadores por el término de un año, según calamidad doméstica comprobada. Como también hará préstamos para la construcción o adquisición de viviendas a todos sus empleados o trabajadores que tengan cinco (5) o más años de servicio". La primera parte de esta petición fue objeto de acuerdo, en arreglo directo.

La decisión del Tribunal sobre la segunda parte, es del siguiente tenor:

"Artículo 6º La Compañía Colombiana de Electricidad prestará a sus trabajadores sindicalizados que tengan más de cinco (5) años de servicio, con destino a la construcción o adquisición de vivienda para habitación del trabajador y su familia, exclusivamente. Los préstamos podrán tener límite máximo de treinta (30) salarios mensuales que devengue el trabajador y en ningún caso las cuotas de amortización e intereses, en conjunto, podrán llevar más del veinte por ciento (20%) del ingreso total que por salarios mensuales obtenga el trabajador. Este beneficio excluye a los trabajadores que posean propiedad raíz urbana de cualquier naturaleza y para quienes su familia inmediata,

definida en este Laudo, posea bienes raíces. La Compañía atenderá un límite máximo de préstamos individuales correspondiente al cinco por ciento (5%) del personal sindicalizado y las peticiones anuales serán acumuladas cronológicamente y por riguroso turno con el fin de cumplir en orden a la presentación las demandas de crédito exclusivo para vivienda. El interés no será superior al bancario y la Compañía podrá exigir garantía hipotecaria para seguridad en el cumplimiento de obligaciones".

Petición. "Artículo 7º La Compañía fijará como salario mínimo, la suma de quince pesos ($ 15.00) diarios durante la vigencia de esta Convención".

Decisión. "La Compañía reconocerá a todos sus trabajadores sindicalizados un salario mínimo de once pesos diarios ($ 11.00) moneda legal colombiana".

Petición. "Artículo 9º La Compañía reconocerá la aprobación de los aumentos de sueldos a base de la siguiente escala:

De	$	1.00	a	$ 300.00	x	75%
		301.00	a	500.00		65%
		501.00	a	700.00		50%
		701.00	en adelante			40%

"... Parágrafo 2º (Su texto se reproduce en otro capítulo de este fallo).

Decisión. "La Compañía Colombiana de Electricidad procederá a ajustar los salarios básicos de sus trabajadores sindicalizados, así:

Grupo		*Salarios*			*Aumento*
1º	de $	251.00	a $	300.00	$ 140.00
2º	de	301.00	a	400.00	130.00
3º	de	401.00	a	500.00	120.00
4º	de	501.00	a	600.00	100.00
5º	de	601.00	a	700.00	80.00
6º	de	701.00	a	800.00	50.00
7º	de	801.00	a	900.00	40.00
8º	de	901.00	a	1.000.00	30.00
9º	de	1.001.00	a	1.500.00	25.00

"Se establece como límite máximo para el ajuste un salario mensual de $ 1.500.00 para los efectos de esta tabla. Las fracciones menores de las alícuotas de $ 50.00 y $ 100.00, en su caso, recibirán un aumento proporcional. En todo caso se aplicará el sistema de aumento que más beneficie al trabajador basado en la presente tabla de ajustes de salario y teniendo en cuenta el salario mínimo determinado en este Laudo".

(La decisión del Parágrafo 2º de este artículo, se reproduce más adelante).

Petición. "Artículo 10. La Compañía reconocerá a todos sus trabajadores de nómina regular un aumento en la Prima de Navidad por la suma de trescientos pesos ($ 300.00) moneda legal en efectivo. Esta prima se pagará conjuntamente con la prima de servicios".

Decisión. "La Compañía Colombiana de Electricidad otorgará a los trabajadores de nómina sindicalizados una Prima de Navidad de ciento cincuenta pesos ($ 150.00). Esta prima será pagada conjuntamente con la denominada de servicios".

Petición. "Artículo 11. La Compañía reconocerá a la esposa o compañera permanente del trabajador servicio de maternidad más una prima por cada hijo que nazca, por la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) moneda legal en efectivo".

Decisión. "La Compañía Colombiana de Electricidad pagará al trabajador una prima de doscientos pesos ($ 200.00) como prima especial de maternidad cuando su esposa legítima o compañera permanente, registrada como tal por lo menos seis (6) meses antes, en la empresa, el pago de la prima no podrá hacerse sin la presentación por parte del trabajador del registro notarial de reconocimiento del hijo nacido".

Petición. "Artículo 13. ..." (El texto de la petición y la decisión del Tribunal, se transcriben en otro lugar).

Petición. "Artículo 15. Esta Convención será discutida y presentada dentro de los términos que fije la ley y su vigencia regirá a partir del día 1º de enero de 1961 y tendrá diez meses de vigencia, pero el Punto correspondiente a salarios puede ser susceptible de revisión a partir del 1º de enero de 1961".

"Parágrafo. La Compañía considerará vigentes los puntos o artículos que no sean modificados en el presente pliego, de la Convención Colectiva anterior".

Decisión. "El presente Laudo surte efectos a partir de la fecha de su firma y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 1961. Para efectos de salarios el presente Laudo surte efectos a partir del 1º de enero de 1961. Todos los puntos de la anterior Convención que beneficien a los trabajadores se consideran incorporados al presente Laudo".

Posteriormente y a solicitud de la empresa se aclaró la decisión recaída al punto 15, así:

"El presente Laudo surte efectos a partir del primero (1º) de junio de mil novecientos sesen-

ta y uno (1961) y tendrá vigencia hasta el treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1962). Para efectos de salarios el presente Laudo surte efectos a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961). Todos los puntos de la anterior Convención que beneficien a los trabajadores se consideran incorporados al presente Laudo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Pliego Unificado de Peticiones presentado por el Sindicato de la Compañía Colombiana de Electricidad a la Empresa del mismo nombre, reviste un carácter mixto, pues en él se contienen cuestiones tanto de naturaleza económica, como de derecho o de índole jurídica. Sin embargo, las de esta última clase, como son las referentes a la supresión de las cláusulas de reserva y plazo presuntivo en los contratos de trabajo, que por no haber sido materia de acuerdo en las etapas previas, quedaron también sometidas al arbitraje, fueron negadas por el Arbitro, con apoyo en reciente jurisprudencia sentada por esta Sala de la Corte, al decidir el recurso de homologación interpuesto por los Bancos del país, contra el Laudo que decidió el conflicto surgido entre los mismos y los empleados bancarios.

Infiérese de lo dicho, que el referido conflicto sometido a la decisión de la Corte, en su actual etapa de homologación, ha quedado circunscrito, exclusivamente, a la revisión de cuestiones de naturaleza económica, como se aprecia de la transcripción que antes se ha hecho de los puntos pertinentes del Pliego de Peticiones y de su correspondiente decisión en el Laudo, y sobre los cuales se concreta la impugnación formulada por la Empresa.

Lo anterior conduce, en el presente caso, a que la actividad de la Corte en el examen de los cargos, deba desarrollarse, principalmente, dentro del ámbito que le señala el artículo 143 del Código de Procedimiento del Trabajo, para verificar su regularidad y declararlo exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si las resoluciones del Tribunal no hubieren extralimitado el objeto para el cual se le convocó y no se observaren defectos en la decisión.

Es verdad, según se dijo antes, que el Pliego de Peticiones presentado por los trabajadores comprendía la solución de aspectos económicos y jurídicos. Empero, como las cuestiones de esta última clase fueron negadas por el Tribunal de Arbitramento, el recurso de homologación debe entenderse interpuesto únicamente en lo desfavorable a las pretensiones de la Empresa, por lo que resulta claro que la cuestión *sub-lite* ante la Corte, queda restringida al examen de los puntos aún en conflicto, que son todos de naturaleza económica.

Ahora bien, si los poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento, respecto a los conflictos de carácter económico o de intereses simples, en que éste asume la posición que corresponde al Arbitrador, están circunscritos al *petitum* contenido en los respectivos puntos del Pliego de Peticiones, que por no haber sido materia de acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, se le señalan en el Acto Gubernamental de su convocatoria, tales poderes sólo quedan sujetos a las limitaciones impuestas por los dictados naturales de la equidad.

Este planteamiento, lleva a la Sala, en el enjuiciamiento del tema, a examinar lo referente a las facultades y límites del poder arbitral, al decidir el aspecto económico del conflicto.

Tan importante aspecto fue ya ampliamente estudiado por esta Sala de la Corte, en fallo de homologación de 27 de enero de 1961, al revisar el Laudo Arbitral proferido en el conflicto bancario, a que antes se ha hecho referencia.

Sobre el punto la sentencia antes citada, trae estos conceptos:

"La anterior exposición deslinda con toda claridad la posición del árbitro de la que corresponde al arbitrador. Juzga éste el hecho litigioso según su conciencia; aquél, de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron o no quisieron realizar, sino lo que la ley le manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del juez ordinario, es decir el derecho.

"Marcada la orientación en la materia, se procede al examen de las previsiones legales sobre restricciones al poder de los árbitros. Están contenidas, en lo concerniente al arbitraje obligatorio, en el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo y en el 458 del Estatuto Laboral Sustantivo.

"Dice la primera disposición en lo pertinente:

"El Tribunal de Casación verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anularán en caso contrario.

"Si el Tribunal hallase que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándole plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido".

"Y preceptúa el segundo:

"Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

"Dos son los sistemas de control judicial del laudo que registran las normas legales transcritas: el primero se conforma al fallo decisorio del conflicto económico o de intereses simples, esto es, a la esfera de atribuciones del árbitrador; el segundo se atempera al poder de decisión del conflicto jurídico, es decir, al campo de acción del árbitro.

"Las restricciones a los poderes de los árbitros consagradas en los dos cánones legales rigen para el laudo que define el conflicto jurídico emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria, a vista de lo preceptuado en el artículo 142 del Código de Procedimiento Laboral. Este cuerpo de leyes, promulgado en 1948, separa el laudo que resuelve el conflicto colectivo económico del que decide el conflicto jurídico. Para el primero estableció un control judicial de forma en el artículo 143; para el segundo un control de forma y de fondo en el 142. El Código Sustantivo, promulgado en 1951, sometió el laudo del conflicto económico en empresas de servicio público al mismo régimen previsto para el laudo del conflicto jurídico. La igualdad de tratamiento puede explicarse si se toma en cuenta la modalidad del conflicto mixto, registrada por la jurisprudencia laboral con anterioridad a la expedición del Código de 1961.

"Al tenor de las normas legales en examen, las facultades de los árbitros tienen estas limitaciones: el *petitum* (Pliego de Peticiones) para el arbitrador; el *petitum*, la Constitución, la Ley y las convenciones colectivas vigentes para el árbitro y para el árbitro arbitrador.

"Son más extensas las limitaciones a los poderes del árbitro en el conflicto colectivo mixto que las establecidas para el conflicto económico o de intereses simples. En el primero el árbitro tiene como límite de sus atribuciones toda la legalidad; en el segundo, los dictados de la equidad. El hecho de que en el primer caso el árbitro deba juzgar *secundum ius*, esto es, con facultades iguales a las que corresponden a la jurisdicción ordinaria, obliga al juez del recurso de homologación a revisar su actividad en forma análoga a como procede cuando obra en sede de casación". (*Gaceta Judicial*, XCIV, 723 y siguientes).

Teniendo en cuenta las bases doctrinales y jurisprudenciales expuestas, la Sala examina, en conjunto, las cuestiones propuestas por el acusador, con excepción de las atinentes al parágrafo 2º del artículo 2º, sobre reconocimiento de viáticos y pasajes a las comisiones sindicales, al parágrafo 2º del artículo 9º y al artículo 13 sobre ampliación del beneficio que exonera a los trabajadores del pago del servicio de luz, las cuales serán estudiadas separadamente.

Entre las razones de orden general que el Tribunal consigna en el laudo impugnado, se encuentran las siguientes:

"El Tribunal ha tenido en cuenta el carácter y trascendencia del conflicto encomendado a su fallo y ha observado que la Compañía Colombiana de Electricidad es un establecimiento encuadrado en el concepto de "servicio público" y de que los trabajadores han actuado con discreción en sus demandas. También ha considerado el Tribunal el reflejo de sus decisiones con el fin de que no gravite sobre los consumidores, bajo ningún pretexto el contenido de este fallo. Dentro de este criterio de equidad y justicia el Tribunal ha considerado que el conflicto colectivo materia de esta decisión se halla situado dentro de los conflictos económicos o de intereses.

"El Tribunal procedió en primer lugar a citar en audiencia a las partes. Los representantes de la Empresa y de los trabajadores fueron oídos en sendas y separadas audiencias para que expresaran completamente sus puntos de vista. El Tribunal acordó por unanimidad practicar una visita a las instalaciones y departamentos industriales y administrativos de la Empresa en Barranquilla, para tener un concepto directo y preciso de la dimensión de la Compañía, las condiciones de trabajo de sus obreros y empleados y demás factores de conjunto que intervienen en

el problema. Para la visita a las dependencias de la Compañía el Tribunal acordó que las partes designaran comisiones para practicar dicha inspección conjuntamente con el Tribunal en pleno, como en efecto ocurrió. Además, el Tribunal solicitó a la Compañía el suministro de las declaraciones de renta, balances consolidados de los últimos diez años, estructura y composición de la nómina de trabajadores, nómina privada de la Compañía, naturaleza jurídica y nacionalidad de la Empresa, régimen de exenciones fiscales y aduaneras, sistema tarifario y traslados de costo del combustible a los consumidores del servicio, régimen de participación al Estado, etc., con el propósito de allegar la mayor cantidad de datos estadísticos, contables, financieros, contractuales y legales, con el fin de mantener las decisiones dentro de un terreno permanente de la más estricta equidad, justicia y objetividad en el análisis del problema y sus conclusiones finales.

"El Tribunal dentro del concepto de equidad y justicia que lo informa, se encuentra frente a las solicitudes de los trabajadores tendientes a mejorar sus condiciones de remuneración y seguridad social. Es natural de que no se trata de una simple interpretación de la legislación laboral vigente sino de hallar soluciones adecuadas y posibles dentro de la realidad actual, tanto empresarial como legal y social, en que está situada nuestra tarea específica, con el fin de obtener soluciones positivas al conflicto".

De otra parte, visto el alegato presentado por el apoderado de la recurrente, se aprecia que el ataque fundamental a las decisiones impugnadas del laudo, se hace consistir en la presentación de las razones de orden económico y financiero aducidas por la Empresa para rechazar los mismos puntos del Pliego de Peticiones en las etapas precedentes del conflicto. Se sostiene, en efecto, que la Compañía confronta una desfavorable situación económica y financiera en los últimos años, que ha venido agravándose desde 1959 hasta hoy, debido, principalmente, a los siguientes factores: que viene operando con las mismas tarifas que fueron aprobadas en el año de 1948, cuando regía el tipo de cambio al 175%; que de entonces a hoy, éste se ha elevado considerablemente, se han aumentado sueldos, salarios y prestaciones y han subido los gastos de operación y mantenimiento; que también se ha registrado un mayor valor de los materiales, por alza de precios en los mercados de origen y por aumento en el cambio internacional, el que, a su vez, ha elevado considerablemente los gastos para obtención de divisas; que la Empresa ha solicitado al Gobierno Nacional desde el año 1958, la aprobación de nuevas tarifas, en forma que le permita enjugar las pérdidas producidas hasta hoy y asumir las mayores cargas que implican los fenómenos anotados anteriormente; que ello no se ha conseguido hasta el presente a pesar de las persistentes gestiones realizadas al efecto; que esta situación impide a la Empresa disponer del capital requerido para ampliar sus plantas y equipos y atender adecuadamente a las necesidades que demanda el servicio público que presta; que el Tribunal dejó de apreciar unos documentos y apreció equivocadamente otros, de los que le fueron presentados por la Compañía para acreditar de manera objetiva y real su actual situación financiera. Que por el Laudo se impone a la Compañía sacar dinero, cuando no lo tiene, para darlo en préstamo a sus trabajadores, para aumentar sueldos y salarios, otorgar dádivas y concesiones, sin tener en cuenta que de acuerdo con la ley y la naturaleza de los servicios que presta, ésta sólo puede aumentar sus ingresos mediante nuevas tarifas que, sin exceder los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, sean aprobadas por el Gobierno.

Arguye, además, que las disposiciones del Laudo violan preceptos de orden constitucional y legal, que cita en su alegato, y que se han quebrantado los principios de equidad en que debe inspirarse la solución que corresponde a los Arbitros.

La Sala al realizar la función que le compete en sede de homologación, de verificar la regularidad del laudo, ha efectuado la confrontación entre los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones sometidos a arbitramento y la solución dada a cada uno de ellos y ha llegado a la conclusión de que las decisiones que se estudian conjuntamente, no ofrecen reparos de forma, pues, se atemperan al objeto señalado en el Acto de convocatoria y han sido proferidas dentro del límite de los poderes o facultades que la ley otorga al Tribunal de Arbitramento.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por el apoderado de la recurrente, resulta plenamente establecido en el proceso que los Arbitros para decidir los puntos relativos a nuevas condiciones de trabajo, como son las relacionadas con el suministro de asistencia médica y farmacéutica a los familiares de los trabajadores, préstamos para la construcción o adquisición de viviendas, fijación de nuevo salario mínimo, aumento de salarios, primas de navidad y de maternidad y efectos y vigencia del Laudo, tuvieron en cuenta, no sólo las condiciones de trabajo de los

trato de trabajo se suspende: ...4º "por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador...". Y el artículo 53 de la misma obra, dispone que, durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corre a cargo del patrono, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

El artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que a los sindicatos de base corresponde, de preferencia, la representación de sus afiliados, en todas las relaciones de trabajo; la presentación del Pliego de Peticiones; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos y la de negociadores, dentro de sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores y de árbitros en su caso; y la celebración de contratos sindicales y de convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto deben ser consultados los intereses de las respectivas actividades de los asociados. La norma dispone además, que, dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

Como se aprecia de las disposiciones transcritas, el patrono está obligado a conceder a las comisiones de trabajadores designadas por el sindicato, las licencias necesarias para el desempeño de objetivos sindicales inherentes a la organización. Pero como estas licencias temporales conllevan la suspensión del contrato de trabajo durante el término de las mismas, pues durante ellas el trabajador interrumpe su obligación de prestar el servicio prometido, la ley libera al patrono de la obligación correlativa de pagar los salarios de esos lapsos y los faculta para descontar esos períodos, al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Empero, en el presente caso, el punto relativo a la remuneración de las licencias a los trabajadores comisionados por el Sindicato para el desempeño de funciones inherentes a la organización, es materia que fue regulada por la convención colectiva celebrada el 5 de febrero de 1960, que en su artículo 6º dispone lo siguiente: "La Compañía con el mismo espíritu de cordialidad y muestra de su deseo de mantener las mejores relaciones con el sindicato, dará gustosamente los permisos remunerados a los delegados para el desempeño de comisiones sindicales inherentes a la organización, siempre que se le avise por escrito con la debida oportunidad y que el número de los que han de disfrutar de tales permisos no sea en cuantía que perjudique al funcionamiento de la Empresa". Seguramente, esta fue la razón que tuvo el Tribunal de Arbitramento, para no contemplar en su decisión, lo relacionado con los permisos remunerados.

La Sala no encuentra reparo que formular a lo acordado por los árbitros sobre suministro de pasajes y viáticos a los trabajadores de la Empresa, para el desempeño, dentro del territorio nacional, de comisiones sindicales inherentes a la organización, en los casos previstos por la ley y que se designen por el Sindicato de base que, conforme a la previsión del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponda la representación de los trabajadores afiliados. Empero, como la decisión contempla también la posibilidad de que la Empresa asuma el costo de pasajes y viáticos a trabajadores comisionados para asistir a Congresos internacionales, puesto que en ella se habla de "comisiones o tareas sindicales a las cuales se refiere la petición" y en ésta se contempla ese evento, la Sala considera que este aspecto de la resolución debe revisarse para infirmarla, por tratarse de materia no relacionada con las condiciones generales del trabajo que se persigue mediante las Convenciones Colectivas y Laudos Arbitrales, que solo dentro del ámbito nacional pueden tener operancia y aplicación.

La decisión al parágrafo 2º del artículo 9º del Pliego de Peticiones

En el parágrafo 2º del Pliego de Peticiones, se dijo: "La Compañía reconocerá siempre que un trabajador reemplace por más de quince (15) días a otro de clasificación superior y de más remuneración, el pago al reemplazante del salario correspondiente al cargo que transitoriamente desempeña".

Sobre este punto, dispuso el laudo: "La Compañía de Electricidad reconocerá al trabajador que transitoriamente reemplace por más de quince (15) días, a otro trabajador de clasificación superior y de mayor remuneración el mismo sa-

lario que devengue el trabajador reemplazado. Si dicho reemplazo se mantiene durante seis (6) meses, el trabajador adquirirá la estabilidad, en cuanto a categoría y salario, a la que correspondía al trabajador reemplazado. En caso contrario cuando el trabajador sea reintegrado al cargo primitivo con el salario original no se entenderá en su situación como desmejorado".

Dice el acusador que esta disposición está fuera de las facultades que competen a los Arbitros, porque es a la Empresa a quien corresponde establecer las funciones y cargos del trabajador. Que una falta temporal de un trabajador no puede dar lugar a otorgar las mismas funciones y facultades a aquél que temporalmente haya de reemplazarlo; que en este evento no se opera una verdadera sustitución que haga acreedor al reemplazante para devengar una asignación superior; que la disposición aludida trae consigo la anarquía en la Empresa y viola la Constitución Nacional que garantiza la libre empresa, así como las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, que regulan el período de prueba, el aprendizaje y dan forma a las jerarquías dentro del trabajo.

Observa la Sala:

La petición de los trabajadores contenida en el parágrafo 2º del artículo 9º, está circunscrita a que se reconozca al reemplazante temporal el mayor sueldo devengado por el trabajador reemplazado. En cambio la disposición del Laudo no se contrae a lo pedido, sino que dispone también sobre aspectos que no fueron sometidos a su consideración, al ordenar la estabilidad del trabajador reemplazante, en cuanto a categoría y salario, si el reemplazo se mantiene durante seis meses.

Por lo que hace al primer aspecto de la decisión, o sea el relativo al salario, que deba pagarse al trabajador reemplazante, la Sala estima que lo resuelto se atempera a lo pedido, se conforma a principios doctrinarios y postulados legales sobre la materia y no contradice los dictados de la equidad. En efecto, si el trabajador desempeña transitoriamente y por encargo del patrono, servicios de categoría superior a la suya, es porque se le considera habilitado o capacitado para ello. Y si expresa o tácitamente se han modificado espontánea y temporalmente las condiciones de la relación laboral, debe regir el salario correspondiente, puesto que al trabajador se deben retribuír los servicios que efectivamente haya realizado y que se hubieren convenido.

La parte final de la decisión que establece la estabilidad del trabajador reemplazante, en cuanto a categoría y salario, excede a las facultades de los Arbitros, por no constituír materia sometida a su decisión. Por tanto, debe declararse inexequible.

La decisión al artículo 13 del Pliego de Peticiones

Dice este punto del Pliego:

"Artículo 13. La Compañía reconocerá a todos sus trabajadores de nómina regular, a los trabajadores que gozan de su pensión de jubilación como también a las organizaciones sindicales en todo el país el ciento por ciento (100%) del servicio de luz".

El Tribunal, dispuso:

"La Compañía Colombiana de Electricidad mantendrá el descuento de servicio de luz del sesenta por ciento (60%) que actualmente tiene como beneficio para sus trabajadores. En ningún caso la Compañía podrá decretar aumento de tarifas ni aplicarlo en lo futuro a sus trabajadores sindicalizados".

La acusación se concreta a la última parte de la decisión, que dispone: "En ningún caso la Compañía podrá decretar aumento de tarifas ni aplicarlo en lo futuro a sus trabajadores sindicalizados". Para la Sala, es evidente que el Tribunal extralimitó el campo de sus poderes, pues lo resuelto en la última parte de la disposición impugnada, no se contempla en el Pliego de Peticiones. Por ello, y sin necesidad de entrar en consideraciones de orden constitucional, esta Superioridad estima que el vicio anotado es suficiente para declarar su inexequibilidad.

Por otra parte, y hecha excepción de lo que se deja expuesto sobre las decisiones del parágrafo 2º del artículo 2º, del mismo parágrafo del artículo 9º y del artículo 13, la Sala no encuentra reparos que formular a las demás previsiones contenidas en el Laudo, ni por su aspecto formal, ni en cuanto a su conformidad con preceptos de la Constitución o de la Ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECLARA:

Primero. Es inexequible la decisión del Laudo a la petición del parágrafo 2º del artículo 2º del Pliego de Peticiones, pero sólo en cuanto impone a la Empresa la obligación de suministrar pasajes y viáticos a las comisiones designadas por el Sindicato, para asistir a Congresos Internacionales. Es exequible en lo demás.

Segundo. Es inexequible el fallo arbitral en la decisión que resuelve el parágrafo 2º del artículo 9º del Pliego de Peticiones, pero sólo en el aparte que dice: "Si dicho reemplazo se mantiene durante seis (6) meses, el trabajador adquirirá la estabilidad, en cuanto a categoría y salario, a la que correspondía al trabajador reemplazado. En caso contrario cuando el trabajador sea reintegrado al cargo primitivo con el salario original no se entenderá esta situación como desmejora". Es exequible en lo demás.

Tercero. Es inexequible el fallo arbitral en la decisión que resuelve el punto 13 del Pliego de Peticiones, pero solo en el aparte que dice: "En ningún caso la Compañía podrá decretar aumento de tarifas ni aplicarlo en lo futuro a sus trabajadores sindicalizados". Es exequible en lo demás.

Cuarto. Son exequibles las decisiones del Laudo Arbitral que resuelven los puntos contenidos en los artículos 5º, 6º, 7º y 9º (con excepción de lo referente al parágrafo 2º de este último artículo), 10, 11 y 15 del Pliego de Peticiones.

Quinto. Se homologa el Laudo Arbitral en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia se remitirá al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo.

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

INCONGRUENCIA. RECURSO DE APELACION. CONFESION JUDICIAL. LIQUIDACION DE LA CESANTIA.

1. Si de las dos peticiones —jubilación y cesantía— formulada ésta como subsidiaria de aquélla, se pide en el segundo grado la estimación de la última únicamente, no puede el fallador, sin incurrir en incongruencia, decidir sobre la primera. La relación de apelación tiene el ámbito estricto que le comunica la pretensión procesal autónoma que le da vida. 2. Frente a una prueba plena como la confesión judicial, que ni siquiera se ha intentado rectificar, no es acertado desecharla para atenerse a otra de inferior calidad. — 3. Alcance y sentido del artículo 1º de la Ley 65 de 1946, en orden a determinar la fecha desde la cual debe liquidarse la cesantía.

1: La demanda de instancia del presente juicio contiene peticiones principales y subsidiarias, así: a) Pertenecen a la primera clase las de condena por pensión jubilatoria y cesantía excedente; y b) Pertenecen a la segunda la relativa al reconocimiento de la cesantía por todo el tiempo de servicios (25 años) y la indemnización moratoria. El fallo de primera instancia negó las súplicas principales y acogió las subsidiarias. En cuanto a cesantía dijo que el derecho era procedente pero sólo a partir del 16 de octubre de 1939. De la referida providencia apelaron ambas partes. El mandatario judicial de la demandante lo hizo por escrito en memorial obrante en el proceso, y en la audiencia celebrada ante el Tribunal, expuso: "apelo de la sentencia porque no se hizo la liquidación de la cesantía por el término de 25 años" que la actora trabajó al servicio del demandado "sino sólo a partir de 1939". Agrega que conforme al artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo hay derecho a la cesantía por el tiempo trabajado y según el salario del último mes de servicio. El Tribunal revocó la sentencia del Juzgado y, en su lugar, acogió la súplica sobre pago de la pensión como la relativa a la cesantía excedente, negando las peticiones subsidiarias.

De lo expuesto resulta lo siguiente: No se indicó por la actora el objeto del recurso de apelación al interponerlo, por lo que, conforme al artículo 494 del Código Judicial, debe entenderse que lo concretó a lo desfavorable a sus pretensiones. El agravio ante el Tribunal lo hizo consistir en el hecho de que la condena por cesantía no comprendió todo el tiempo laborado (del 19 de noviembre de 1932 al 21 de diciembre de 1957), esto es, 25 años largos, sino del 16 de octubre de 1939 a la fecha últimamente citada.

Al tenor del artículo 266 del Código del Trabajo, la jubilación excluye la cesantía. Por entenderlo así la demandante dedujo la primera acción como principal y la segunda como subsidiaria. Por tanto, limitada la pretensión a la cesantía, quedaba descartada del debate ante el Tribunal la relativa a la pensión.

El superior ve el recurso dentro de los límites propuestos por las partes, tomando en cuenta las pretensiones objeto de aquél, y la ley material que las regula. Si de las dos peticiones —jubilación y cesantía— formulada ésta como subsidiaria de aquélla, se pide en el segundo grado la estimación de la última únicamente, no puede el fallador, sin incurrir en incongruencia, decidir sobre la primera.

No estudió, pues, el Tribunal el recurso dentro del ámbito que le trazó la parte actora al determinar el objeto. Tal proceder es contrario al artículo 471 del Código Judicial, el cual prescribe que el fallo debe guardar consonancia con lo pedido, y opuesto también al artículo 494 ibídem, conforme al cual la apelación se entiende

interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante. Lo que estimó desfavorable la parte actora fue la decisión del fallo de primer grado a la súplica sobre pago de cesantía durante todo el tiempo de servicios (25 años), pues la resolución de aquél comprende un lapso inferior. El segundo grado ha debido, pues (limitarse al examen de lo decidido por el Juzgado a quo. No fue esta la conducta observada por el Tribunal: cambió la pretensión que como objeto del recurso señaló la demandante, por la jubilación, abandonada por ella, y excluída por tanto de la impugnación. La relación de apelación no tiene siempre el mismo objeto señalado para el primer grado, sino el ámbito estricto que le comunica la pretensión procesal autónoma que le da vida. El error en el cambio de las acciones produjo la violación de dos normas legales citadas, y como consecuencia la del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto que indica el recurrente.

No es admisible el reparo de la parte opositora demandante, de que si se admite la limitación del segundo grado a la cesantía se prohija una renuncia de derechos prohibida por la ley. La jubilación excluye la cesantía, según el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos hechos al trabajador. Este, en tal caso, debe restituír la cesantía con un porcentaje de la pensión. No se deduce del precepto que la cesantía excluya la jubilación, pero escogida aquella para la apelación, el recurso no podía decidir sobre la pensión. Por la razón expuesta, la glosa del opositor no es valedera. Elegida la cesantía puede estimarse subsistente la pensión, pero a condición de restituír lo recibido por la primera prestación, en la forma que la ley determina. El pleito no se planteó sobre tales bases, según las peticiones de su demanda inicial, pues esta deduce como acción subsidiaria la cesantía total, sin lugar a reintegro, y la pensión como acción principal.

2. La discrepancia que resulta entre la confesión del representante de la sociedad en la respuesta a la demanda y el informe rendido al juicio por el Gerente de dicha sociedad, en lo tocante a determinar el monto del salario devengado por la actora durante el tiempo de la relación procesal, ha debido definirse prefiriendo la confesión, y no en la forma como lo resolvió el Tribunal que se atuvo a los datos suministrados en el informe. La confesión, al tenor del artículo 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil tiene fuerza de plena prueba y no puede revocarse sino demostrando el confesante que al rendirla incurrió en error de hecho inculpable o explicable. Y en el juicio no obra prueba alguna aportada por la sociedad destinada a demostrar el error, ni para tal fin tiene eficacia el informe corriente en autos, posterior a la emisión de la confesión. El documento dicho no da explicación alguna que justifique la diferencia entre el número y variedad de salarios allí indicados y los dos que admite la respuesta a la demanda.

Es verdad que el Juez del Trabajo forma libremente su convicción, pues al respecto no está sometido a la tarifa legal. Pero frente a una prueba plena como la de confesión judicial, que ni siquiera se ha intentado rectificar, no es acertado desecharla para atenerse a otra de inferior calidad. El principio legal que le da al Juez libertad para estimar las pruebas no puede servir de fundamento para inclinar su juicio en favor de elementos de convicción de menor fuerza demostrativa que la confesión, de máximo valor probatorio según todos los ordenamientos positivos, así considerada por los doctrinantes y la jurisprudencia. Lo expuesto es suficiente para concluír que el salario básico para la liquidación de la cesantía es el contenido en la confesión judicial de que se ha hecho mérito.

3. Sobre la fecha desde la cual debe liquidarse la cesantía deben tenerse en cuenta las razones que se exponen a continuación: El Decreto 2350 de 1944 otorga el derecho a la cesantía tanto al empleado como al obrero particulares. Sigue el mismo principio la Ley 6ª de 1945, vigente desde el 19 de febrero de ese año. Antes de la expedición de los dos estatutos, el derecho a la prestación fue reconocido únicamente a los empleados particulares por servicios continuos, siempre que no hubieran sido despedidos por mala conducta o incumplimiento del contrato, según prescripciones de la Ley 10ª de 1934. El Decreto 2350 primero (artículo 8º, inciso del ordinal f), y la Ley 6ª después (artículo 12, inciso del ordinal f), modificaron la situación jurídica del empleado particular, otorgándole el auxilio por trabajo continuo o discontinuo, en caso de despido que no hubiera tenido por causa mala conducta o incumplimiento del contrato, sometiendo al obrero particular al mismo régimen.

Una cuestión conviene dilucidar y es la siguiente: El parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispone que para la cesantía del trabajador particular (empleado u obrero) se apliquen los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª. El artículo 12, en las dos reglas de su parágrafo (servicios anteriores a dicha ley) comprende perío-

dos diversos según las causas del retiro (cinco años cuando el contrato termina por despido injustificado del trabajador o por culpa del patrono, y tres años, cuando es distinta la causa de la terminación).

Suprimidas por la Ley 65 las causas de expiración de contrato, para efectos de la cesantía, ¿opera la norma de su artículo 1º respecto de servicios anteriores a su vigencia?

Según principio del derecho del trabajo, que el actual Código recoge en su artículo 16, la ley nueva se aplica a los contratos vigentes a la fecha de su expedición. Con fundamento en esa doctrina habría que concluír que cuando el contrato termina después de la vigencia de la Ley 65 y aun bajo el imperio del Código (que es el caso de autos) los servicios prestados antes de la promulgación de aquella ley deben computarse para liquidar la cesantía.

Sin embargo, no sería esa la solución. Una excepción al principio sobre aplicación inmediata de la nueva ley, debe verse en el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, pues este precepto manda aplicar en cuanto a cesantía para trabajadores que tuvieron restringido el derecho, la legislación anterior. Por lo demás, la excepción la había consagrado la Ley 65, pues el parágrafo de su artículo 1º somete el auxilio al régimen de la Ley 6ª.

Por otra parte, no sólo habría que tomar en cuenta las causas de terminación del contrato sino también el hecho de que la cesantía al obrero particular la estableció el Decreto 2350 de 1944, de manera que si el tiempo servido por el obrero excedió de cinco años, desde la vigencia del nombrado decreto, hacia atrás, aunque hubiera sido despedido por mala conducta o infracción del contrato por parte del patrono, el derecho a la prestación no hubiera podido comprender un lapso de tiempo mayor que el indicado.

Para señalar el 16 de octubre de 1939 (cinco años antes de la vigencia del Decreto 2350), el Juzgado a quo le dio aplicación al artículo 4º del Decreto 1160 de 1947. Al respecto la Sala debe anotar que la citada norma prescinde de las causas de extinción del contrato, tomando de las dos que establece el parágrafo del artículo 8º del Decreto legislativo 2350, la que consagra el mayor lapso de tiempo (cinco años), dejando de lado la que instituye un período de tiempo inferior (tres años). La disposición del Decreto 1160 parte de la base de que la convención laboral termina siempre por la causa que indica la regla primera del parágrafo de la citada disposición del Decreto 2350, lo cual implica extralimitación de funciones, esto es, exceso en la potestad reglamentaria, pues no se aviene, con la debida precisión, a las disposiciones de derecho material que desarrolla.

La Ley 65 olvidó el Decreto 2350. Es obvio que la omisión no puede tener el alcance de extinguir el auxilio otorgado por dicho estatuto, según conocidas reglas de derecho. El Decreto 1160 tuvo el mérito de reparar el olvido en que incurrió la Ley 65, pero al hacerlo incurrió en el defecto que se deja anotado. Por tanto, su artículo 4º no puede ser aplicado sino con sujeción estricta a las reglas primera y segunda del parágrafo del artículo 8º del Decreto 2350.

La jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo no ha sido uniforme. Véase de un lado el fallo de casación del 9 de marzo de 1949, publicado en el Tomo IV de la Gaceta del Trabajo, página 217; y de otro, la sentencia de 15 de septiembre de 1949 (Gaceta del Trabajo, t. IV, pág. 100), cuya doctrina fue reiterada en fallo de 31 de agosto de 1950 (G. del T., t. IV, págs. 670 a 674) y en el de 16 de mayo de 1952 (G. del T., t. VIII, págs. 211 a 214).

De las dos interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo al artículo 1º de la Ley 65 de 1946, esta Sala de la Corte estima que la primera traduce con más fidelidad y exactitud el pensamiento de la norma.

Argumento cardinal de la segunda es el siguiente: La intención del precepto, deducida de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según la cual el propósito del legislador fue colocar al empleado y al trabajador particular en un mismo plano de igualdad.

La Sala observa que ese método de interpretación, de que trata el artículo 27 del Código Civil, rige cuando se trata de fijar la inteligencia de una expresión oscura de la ley.

No es esa la hipótesis que ofrece la norma consagrada en el citado artículo 1º de la Ley 65 de 1946. En efecto, el ordenamiento regula estos puntos: a) La institución del derecho de cesantía en favor del empleado oficial de la Nación y de los pertenecientes a entidades secundarias de derecho público, a partir del 1º de enero de 1942; y b) La concesión del auxilio sin atender a la causa del retiro.

Ahora bien: el parágrafo de la norma extiende el beneficio que ella consagra al trabajador particular, diciendo respecto de éste que, para la cesantía se aplique lo dispuesto en los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª de 1945.

Ocurre preguntar: ¿Cuáles son los beneficios que el artículo 1º establece en favor del trabajador particular? El interrogante no puede ser

contestado diciendo que son dos: la concesión del derecho de cesantía y la supresión de la causa del retiro, porque el trabajador particular no le debe el auxilio al artículo 1º de la Ley 65, pues ya lo tenía de acuerdo con estatutos anteriores a dicha ley. Por consiguiente, la única concesión que le otorga la norma es la eliminación de las causas de terminación del contrato. El beneficio opera, como ella misma lo expresa para el futuro, esto es, desde la fecha de su promulgación.

Conviene observar aquí lo siguiente: El artículo 9º de la Ley 65, último del estatuto, dice que quedan modificados, entre otros, el ordinal f) y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

La declaración legislativa incide en lo que concierne al ordinal f). No puede entenderse que comprende todas las normas del artículo 12. Deben considerarse excluídas de modificaciones las dos reglas de su parágrafo (cesantía por servicios anteriores a la vigencia de la Ley 6ª), pues el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 dispone que para la cesantía del trabajador particular se dé aplicación al artículo 12 precitado. Si se acepta que por obra de la modificación desaparecieron las causas de retiro de que tratan las dos reglas del parágrafo de dicha norma, no resultarían conciliables el artículo 1º (parágrafo) y el 9º de la Ley 65. Sólo dejando a salvo las dos disposiciones de que se ha hecho mérito, se compaginan el artículo 1º y el 9º de esta última ley. Ese es el método de interpretación de la voluntad del legislador, según la enseñanza contenida en el artículo 30 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Materia del pleito.

María del Rosario Correa de Cárdenas, en escrito repartido al Juzgado 4º del Trabajo de Medellín el 31 de mayo de 1958, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Laboratorios Lister", representada por su Gerente, para que por sentencia se la condene a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 12 de julio del año citado, y la cesantía por el tiempo que exceda de veinte años, deducida la suma que la sociedad pruebe haberle pagado como anticipo. En subsidio solicita que la compañía sea condenada a pagarle el auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicios, y la indemnización moratoria.

Refiere la demanda que la señora Correa de Cárdenas le prestó servicios a "Laboratorios Lister" desde el 19 de noviembre de 1932 hasta el 21 de diciembre de 1957 (25 años y unos días) habiéndose retirado del trabajo voluntariamente (hechos 1º, 2º y 5º); que del mes de julio de 1957 a la fecha de su retiro devengó un sueldo mensual de $ 180.00, y de $ 150.00 en el período anterior (hecho 3º); que se le hizo liquidación parcial de cesantía "en época anterior y recibió abono a esta prestación" (hecho 4º); que cumplirá cincuenta años el 12 de julio de 1958, pues nació el 12 de julio de 1908 (hecho 6º); y que la sociedad tiene un capital superior a $ 800.000.00 (hecho 7º).

Como fundamentos de derecho cita los artículos 65, 249, 253, 260 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la respuesta a la demanda la sociedad acepta los hechos 1º a 5º, con la única salvedad de que el contrato de trabajo no comenzó en 1932 sino en 1935. No le consta el hecho 6º y niega el 7º. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación y la funda en que la compañía no tiene el capital que se le atribuye. En segunda instancia (f. 26) alegó la excepción de petición antes de tiempo, y la sustenta en el hecho de que a la fecha de la demanda la actora no había cumplido la edad que para adquirir el derecho a la pensión exige la ley.

Los fallos de instancia.

El de primera rechaza la súplica sobre pago de la pensión, porque el capital de la empresa, según su declaración de renta, es inferior a $ 800.000.00. Examina la petición subsidiaria sobre pago de la cesantía por todo el tiempo de servicios, y concluye que a ella tiene derecho la demandante pero sólo a partir del 16 de octubre de 1939, según las normas legales pertinentes. No encuentra acreditados pagos parciales de cesantía ni en lo concerniente a su monto ni en lo relativo a su destinación. En la parte resolutiva la sentencia condena a la sociedad a pagar a la actora, a título de cesantía, la suma de $ 1.616.17, y a la indemnización por mora, a $ 6.00 diarios, desde el 4 de junio de 1958 hasta el pago de la obligación que le impone, y declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

El de segundo grado, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado *a quo,* dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 15 de octubre de 1958, acoge la súplica sobre condena al pago de la pensión, pues la declaración de renta de la sociedad demuestra que el importe de los ingresos excede de $ 800.000, sin que al juicio se hubiera aducido el certificado de que el pasivo denunciado hubiera tenido aceptación oficial. Rechaza la excepción de petición antes de tiempo, porque la actora cumplió cincuenta años de edad durante el trámite del juicio. Le reconoce a la demandante el derecho a cesantía por el tiempo servido en exceso de 20 años, que comprende el período de 18 de noviembre de 1952 a 13 de enero de 1958, deduciendo de su importe, que fija en $ 747.00, la suma de $ 280.00, por cesantía definitiva, recibida por la actora. Dice el fallo que estando acreditado el derecho a la pensión, no resulta probada la excepción relativa a su inexistencia. La decisión condena a Laboratorios Lister, previa revocatoria de la sentencia de primer grado, a pagar a la señora Correa de Cárdenas la suma de $ 123.75, como pensión mensual de jubilación, a partir del 14 de julio de 1958 (numeral primero). Por el numeral segundo los condena al pago de $ 467.00 "como excedente de cesantía por el tiempo mayor laborado desde el 19 de noviembre de 1952 hasta el 13 de enero de 1958". Por el numeral tercero absuelve a la sociedad de los demás cargos de la demanda; y por el cuarto declara no probadas las excepciones propuestas por aquélla.

Recurrió en casación la parte demandada. Otorgado el recurso y preparado aquí debidamente, la Sala lo decide a continuación.

Persigue el alegato que sustenta el recurso el quebranto de la sentencia recurrida en cuanto condena al pago de la pensión jubilatoria y rechaza las excepciones propuestas por la sociedad, la revocatoria de la de primer grado y, en su lugar, la absolución de la parte demandada de todos los cargos.

Motivos de casación.

Invoca la demanda las causales primera y segunda. Con base en la primera formula siete cargos, según los cuales la sentencia viola la ley sustantiva por distintos conceptos en cuanto a la condena al pago de la pensión de jubilación reclamada en el juicio. El octavo la impugna porque ha debido reconocer la cancelación de la cesantía por todo el tiempo de servicios, absteniéndose de toda condena al respecto.

Primer cargo. Violación de los artículos 471 y 494 del Código Judicial, 50 del Código Procesal Laboral y 260 y 262 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a través de error de hecho.

Consistió el error en que el Tribunal acogió la súplica sobre pago de la pensión, careciendo de competencia, e incurrió en el yerro porque no apreció el fallo de primera instancia (fs. 19 a 21) y el acta de audiencia del 5 de septiembre de 1958 (f. 26). Dice el recurrente que el fallador no considera dichas pruebas, pero que si por haberlas relacionado se acepta que las apreció, el error de hecho se produjo por su indebida estimación.

Expone en apoyo del cargo:

El fallo de primera instancia demuestra que la sociedad fue absuelta de la condena al pago de la pensión. La audiencia de alegaciones ante el Tribunal acredita que la actora concretó la apelación a la cesantía, pues dijo en ella su apoderado que impugnaba dicha providencia porque el auxilio no se reconoció por todo el tiempo servido sino por un lapso inferior. Por tanto, el recurso no se refería a la pensión, por lo lo que al resolver sobre ella el Tribunal lo hizo sin competencia. En tal virtud violó el fallador el artículo 494 del Código Judicial e igualmente el 471 ibídem, pues limitado el recurso de alzada a la cesantía, al condenar la sentencia por jubilación no resulta congruente con la pretensión de la actora. El pronunciamiento, más allá de los límites del recurso, viola el artículo 50 del Código Procesal Laboral, porque de la facultad establecida en esa norma sólo puede usar el Juez de primer grado. Tales violaciones condujeron al Tribunal a la aplicación indebida del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues al producir la condena relativa a la pensión, lo aplicó fuera de los términos del recurso que debía decidir.

Alega la parte opositora que al interponer el recurso de apelación la demandante no lo limitó al auxilio de cesantía; que si a la manifestación de su apoderado en la audiencia surtida ante el Tribunal se le dá ese entendimiento, se prohijaría una renuncia de prestaciones que la ley no consiente, aparte de que dicho apoderado no estaba facultado por la mandante para un acto de tal naturaleza.

Se considera:

La demanda de instancia contiene peticiones principales y subsidiarias, así: a) Pertenecen a

la primera clase las de condena por pensión jubilatoria y cesantía excedente; y b) Pertenecen a la segunda la relativa al reconocimiento de la censantía por todo el tiempo de servicios (25 años) y la de indemnización moratoria.

El fallo de primera instancia negó las súplicas principales y acogió las subsidiarias. En cuanto a cesantía dijo que el derecho era procedente pero sólo a partir del 16 de octubre de 1939.

Como antes se anotó, de la referida providencia apelaron ambas partes. El mandatario judicial de la demandante lo hizo por escrito en memorial obrante al folio 23, y en la audiencia celebrada ante el Tribunal (f.26), expuso: "apelé de la sentencia porque no se hizo la liquidación de la cesantía por el término de 25 años" que la actora trabajó al servicio del demandado "sino sólo a partir de 1939". Agrega que conforme al artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo hay derecho a la cesantía por el tiempo trabajado y según el salario del último mes de servicio.

El Tribunal revocó la sentencia del Juzgado y, en su lugar, acogió la súplica sobre pago de la pensión como la relativa a la cesantía excedente, negando las peticiones subsidiarias.

De lo expuesto resulta lo siguiente:

No se indicó por la actora el objeto del recurso de apelación al interponerlo, por lo que, conforme al artículo 494 del Código Judicial, debe entenderse que lo concretó a lo desfavorable a sus pretensiones. El agravio ante el Tribunal lo hizo consistir en el hecho de que la condena por cesantía no comprendió todo el tiempo laborado (del 19 de noviembre de 1932 al 21 de diciembre de 1957), esto es, 25 años largos, sino del 16 de octubre de 1939 a la fecha últimamente citada.

Al tenor del artículo 266 del Código del Trabajo, la jubilación excluye la cesantía. Por entenderlo así la demandante dedujo la primera acción como principal y la segunda como subsidiaria. Por tanto, limitada la pretensión a la cesantía, quedaba descartada de debate ante el Tribunal la relativa a la pensión.

El superior ve el recurso dentro de los límites propuestos por las partes, tomando en cuenta las pretensiones objeto de aquél, y la ley material qué las regula. Si de las dos peticiones —jubilación y cesantía— formulada ésta como subsidiaria de aquélla, se pide en el segundo grado la estimación de la última únicamente, no puede el fallador, sin incurrir en incongruencia, decidir sobre la primera.

No estudió, pues, el Tribunal el recurso dentro del ámbito que le trazó la parte actora al determinar su objeto. Tal proceder es contrario al artículo 471 del Código Judicial, el cual prescribe que el fallo debe guardar consonancia con lo pedido, y opuesto también al artículo 494 ibídem, conforme al cual la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante. Lo que estimó desfavorable la parte actora fue la decisión del fallo de primer grado a la súplica sobre pago de cesantía durante todo el tiempo de servicios (25 años), pues la resolución de aquél comprende un lapso inferior. El segundo grado ha debido, pues, limitarse al examen de lo decidido por el Juzgado *a quo*. No fue ésta la conducta observada por el Tribunal: cambió la pretensión que como objeto del recurso señaló la demandante, por la de jubilación, abandonada por ella, y excluída por tanto de la impugnación. La relación de apelación no tiene siempre el mismo objeto señalado para el primer grado, sino el ámbito estricto que le comunica la pretensión procesal autónoma que le da vida. El error en el cambio de las acciones produjo la violación de las dos normas legales citadas, y como consecuencia la del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto que indica el recurrente.

No es admisible el reparo de la parte opositora demandante. La jubilación excluye la cesantía, según el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos hechos al trabajador. Este, en tal caso, debe restituír la cesantía con un porcentaje de la pensión. No se deduce del precepto que la cesantía excluya la jubilación, pero escogida aquella para la apelación, el recurso no podía decidir sobre la pensión. Por la razón expuesta, la glosa del opositor de que si se admite la limitación del segundo grado a la cesantía se prohija una renuncia de derechos prohibida por la ley, no es valedera. Elegida la cesantía puede estimarse subsistente la pensión, pero a condición de restituír lo recibido por la primera prestación, en la forma que la ley determina. El pleito no se planteó sobre tales bases, según las peticiones de su demanda inicial, pues ésta deduce como acción subsidiaria la cesantía total, sin lugar a reintegro, y la pensión como acción principal.

El cargo prospera.

Los cargos segundo a séptimo impugnan la sentencia porque reconoció el derecho a la pensión, esto es, persiguen el mismo fin del primero. La prosperidad de éste hace innecesario el examen de los restantes.

Octavo cargo. Violación de los artículos 69, 249 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a través de error de hecho.

Consistió el error en que la sentencia no dio por probado, estándolo, el pago total de la cesantía, y tuvo por causa la mala estimación de una prueba y la falta de estimación de otra, que el cargo individualiza, expresando los fundamentos de la impugnación.

Por su parte, el apoderado del opositor rebate el cargo, exponiendo los argumentos que lo hacen inatendible.

Se considera:

La Sala se abstiene de examinar el cargo en el fondo, por las razones que pasa a exponer:

Otorgada por el Tribunal la pensión jubilatoria, deducida como acción principal, no podía a su vez estimar la subsidiaria por cesantía durante los primeros veinte años de servicios, pues según lo anota la sentencia en su parte motiva, la actora sólo tiene derecho a la cesantía en exceso de veinte años, conforme al artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo. Tomando en cuenta el contenido del fallo impugnado, el cargo no tiene incidencia en la decisión, ya que la cesantía por todo el tiempo servido fue petición rechazada por el sentenciador para acoger en su lugar la súplica relativa a la pensión. La acusación solo podría examinarse en lo concerniente al pago de la cesantía en exceso de veinte años, pero como la Sala ha acogido el primer cargo en cuanto la sentencia decreta la pensión, súplica de la cual es una consecuencia la relativa a cesantía excedente, este aspecto no puede ser examinado en casación sino en la resolución de instancia.

Si la sentencia ha de caer en cuanto condena al pago de la pensión, no podría la Sala acoger el cargo sin incurrir en notoria contradicción.

Fallo de instancia.

Por las razones expuestas en el estudio del primer cargo, la actividad de la Corte como Tribunal de instancia se limitará al examen de la súplica sobre condena por cesantía durante todo el tiempo de servicios. En este orden de ideas, para decidir la cuestión planteada hace las siguientes consideraciones:

a) *Contrato de trabajo y su duración.*

La respuesta a la demanda (f. 8) y el informe del Gerente de la sociedad al Juzgado (fs. 12 y 13) acreditan estos hechos: el contrato de trabajo entre las partes y su vigencia durante el período comprendido entre el 7 de agosto de 1935 al 21 de diciembre de 1957 (22 años, 3 meses, 8 días).

b) *Salario.*

En la respuesta a la demanda la sociedad acepta que la actora devengó un sueldo mensual de $ 150.00 hasta el mes de junio de 1957 y de julio al 21 de diciembre del mismo año, de $ 180.00.

Del informe resulta que el salario de la actora fue variable: de $ 3.50, $ 4.00 y $ 5.00, semanales, de 1938 a 1940; de $ 30, $ 42.00, $ 45.00, $ 60.00 y $ 70.00, de 1941 a 1953; de $ 100.00 y $ 120.00 de 1953 a 1956; de $ 150.00 desde abril de 1956 hasta el 1º de julio de 1957, y de ahí en adelante hasta diciembre del mismo año, de $ 180.00.

La inspección ocular (f. 30) sólo trae el dato de salario del mes de abril de 1956 y del año de 1957. Al respecto concuerda con lo que anota el informe.

En el estudio que hace el fallo de primera instancia sobre la duración del contrato dice que éste se inició desde 1935. Respecto al auxilio de cesantía, expresa que la actora, a la cual califica de "obrera", adquirió el derecho a la prestación desde el 16 de octubre de 1939, según el artículo 4º del Decreto 1160 de 1947. En cuanto al salario para liquidar el auxilio, anota que debe tomarse el devengado desde la fecha citada hasta el 31 de diciembre de 1950, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946. La prestación de servicios —agrega el fallo— del 1º de enero de 1951 en adelante, le da derecho a la demandante a la cesantía conforme a lo dispuesto en el Código del Trabajo (arts. 249 y 253), teniendo en cuenta que el aumento posterior al 30 de junio de 1957 no la afecta. "Lo devengado en junio de 1957 era un sueldo de $ 150.00 y había empezado a devengarlo en tal cuantía a partir del mes de abril de 1956; la cesantía de los tres años anteriores debe liquidarse con esa base. Y en abril de 1953 tenía un sueldo de $ 100.00 habiéndosele hecho el aumento a partir de marzo, luego la cesantía del tiempo restante debe liquidarse con dicho sueldo". Hechas las operaciones, la sentencia fija en $ 1.616.17 el valor del auxilio.

No son aceptables para la Sala las anteriores consideraciones de orden legal, por las razones que pasa a exponer:

Base salarial.

De 1935 a junio de 1957 fue de $ 150.00 y de julio a diciembre de este último año, de $ 180.00, según confesión del representante de la sociedad en la respuesta a la demanda. De conformidad con el informe rendido al juicio por el Gerente de Laboratorios Lister, fueron distintos los salarios devengados por la actora de 1938 a 1957. A los contenidos en tal documento se atuvo el fallo de primera instancia.

Observa la Sala: la discrepancia entre las dos pruebas ha debido definirse prefiriendo la de confesión. Esta, al tenor del artículo 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil tiene fuerza de plena prueba y no puede revocarse sino demostrando el confesante que al rendirla incurrió en error de hecho inculpable o explicable. Y en el juicio no obra prueba alguna aportada por la sociedad destinada a demostrar el error, ni para tal fin tiene eficacia el informe corriente en autos, posterior a la emisión de la confesión. El documento no da explicación alguna que justifique la diferencia entre el número y variedad de salarios allí indicados y los dos que admite la respuesta a la demanda.

Es verdad que el Juez del Trabajo forma libremente su convicción, pues al respecto no está sometido a la tarifa legal. Pero frente a una prueba plena como la de confesión judicial, que ni siquiera se ha intentado rectificar, no es acertado desecharla para atenerse a otra de inferior calidad. El principio legal que le da al Juez libertad para estimar las pruebas no puede servir de fundamento para inclinar su juicio en favor de elementos de convicción de menor fuerza demostrativa que la confesión, de máximo valor probatorio según todos los ordenamientos positivos, así considerada por los doctrinantes y la jurisprudencia.

Lo expuesto es suficiente para concluír que el salario básico para la liquidación de la cesantía es el contenido en la confesión judicial de que se ha hecho mérito.

La asignación en el presente caso fue uniforme de 1935 a junio de 1957, y de julio a diciembre del mismo año, lo cual excluye la aplicación dada por el Juzgado *a quo* al Decreto 2567 de 1946 (art. 1º) en relación con el artículo 2º de la Ley 65 de 1946, para el caso de salario variable.

Con fundamento en lo expuesto y en lo establecido por el Decreto 118 de 1957 (art. 6º), del 21 de junio de ese año, sobre congelación de cesantías, la liquidación del auxilio en el presente juicio debe hacerse desde el 16 de octubre de 1941 hasta el 30 de junio de 1957 con salario de $ 150.00 mensuales, descontando el mes de mayo, que la actora no trabajó, según dato de la inspección ocular, y con salario de $ 180.00, desde julio hasta el 21 de diciembre del año expresado.

Hechas las correspondientes operaciones aritméticas, vale el auxilio de cesantía la suma de $ 2.439.00.

Tiempo de servicio.

El prestado por la actora, aceptado por la parte demandada en la respuesta al libelo inicial, comprende el período del 7 de agosto de 1935 al 21 de diciembre de 1957.

Para la sentencia de primera instancia la demandante adquirió el derecho al auxilio desde el 16 de octubre de 1939, según el artículo 4º del Decreto 1160 de 1947. Lo estima así porque trabajó en calidad de obrera, calificación que le da el patrono en el informe de folios 12 y 13, la cual habrá de aceptarse porque no ha sido materia de discusión en el juicio.

Conviene precisar desde qué fecha debe liquidarse la cesantía en el presente juicio, pues sobre el punto no ha sido uniforme la jurisprudencia laboral. Para su mejor inteligencia deben darse a conocer las leyes y decretos que antes del actual Código regían el derecho de que se trata.

Decreto legislativo 2350 de 1944.

El ordinal f) de su artículo 8º dispone que para liquidar el auxilio por tiempo anterior al decreto y siempre que la extinción del contrato sea posterior a su promulgación, se apliquen estas reglas:

1ª "En caso de despido del trabajador sin justa causa comprobada o cuando se retire por falta grave comprobada del patrono, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por cinco años.

2ª "En los demás casos de extinción del contrato, se tomará en cuenta el tiempo anterior de servicios, pero solamente hasta por tres años".

Ley 6ª de 1945

El artículo 12, perteneciente a la Sección II, que lleva por título "De las prestaciones patronales", en el parágrafo del literal f), consagra

el mismo principio contenido en el parágrafo del artículo 8º del Decreto 2350 citado, con dos reglas iguales a las que se dejan transcritas. La segunda tiene una adición que no figura en la del decreto, y es la de que a la cesantía están obligadas las empresas con capital que exceda de $ 125.000,00.

Ley 65 de 1946

El artículo 1º establece el derecho al auxilio de cesantía en favor de los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación por todo el tiempo trabajado, continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942, cualquiera que sea la causa del retiro.

El parágrafo de la norma reza: "Extiéndese este beneficio... a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1º y 36 de la misma ley". (La 6ª de 1945).

Dice el artículo 9º que quedan modificados, entre otros preceptos, los del ordinal f) y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

Decreto 1160 de 1947

Reglamenta normas de las Leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946 y del Decreto 2350 de 1944.

Preceptúa el artículo 4º que la cesantía a que tienen derecho los obreros particulares se liquide a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, desde el 16 de octubre de 1944, fecha de la vigencia del Decreto 2350 del mismo año, cualquiera que sea la fecha de terminación del contrato, pero solamente a partir del 16 de octubre de 1939.

La breve historia que antecede sirve de base a las razones que se exponen a continuación:

El Decreto 2350 otorga el derecho a la cesantía tanto al empleado como al obrero particulares. Sigue el mismo principio la Ley 6ª de 1945, vigente desde el 19 de febrero de ese año. Antes de la expedición de los dos estatutos, el derecho a la prestación fue reconocido únicamente a los empleados particulares por servicios continuos, siempre que no hubieran sido despedidos por mala conducta o incumplimiento del contrato, según prescripciones de la Ley 10ª de 1934. El Decreto 2350 primero (artículo 8º, inciso del ordinal f) y la Ley 6ª después (artículo 12, inciso del ordinal f), modificaron la situación jurídica del empleado particular, otorgándole el auxilio por trabajo continuo o discontinuo, en caso de despido que no hubiera tenido por causa mala conducta o incumplimiento del contrato, sometiendo el obrero particular al mismo régimen.

Una cuestión conviene dilucidar y es la siguiente:

El parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 dispone que para la cesantía del trabajador particular (empleado u obrero) se apliquen los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª. El artículo 12, en las dos reglas de su parágrafo (servicios anteriores a dicha Ley) comprende períodos diversos según las causas del retiro (cinco años cuando el contrato termina por despido injustificado del trabajador o por culpa del patrono, y tres años, cuando es distinta la causa de la terminación).

Suprimidas por la Ley 65 las causas de expiración del contrato, para efectos de cesantía, ¿opera la norma de su artículo 1º respecto de servicios anteriores a su vigencia?

Según principio del derecho del trabajo, que el actual Código recoge en su artículo 16, la Ley nueva se aplica a los contratos vigentes a la fecha de su expedición. Con fundamento en esa doctrina habría que concluír que cuando el contrato termina después de la vigencia de la Ley 65 y aun bajo el imperio del Código (que es el caso de autos) los servicios prestados antes de la promulgación de aquella Ley deben computarse para liquidar la cesantía. Sin embargo, no sería esa la solución. Una excepción al principio sobre aplicación inmediata de la nueva ley, debe verse en el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, pues este precepto manda aplicar en cuanto a cesantía para trabajadores que tuvieron restringido el derecho, la legislación anterior. Por lo demás, la excepción la había consagrado la Ley 65, pues el parágrafo de su artículo 1º somete el auxilio al régimen de la ley 6ª.

Por otra parte, no solo habría que tomar en cuenta las causas de terminación del contrato, sino también el hecho de que la cesantía al obrero particular la estableció el Decreto 2350 de 1944, de manera que si el tiempo servido por el obrero excedió de cinco años, desde la vigencia del nombrado Decreto, hacia atrás, aunque hubiera sido despedido por mala conducta o infracción del contrato por parte del patrono, el derecho a la prestación no habría podido comprender un lapso de tiempo mayor que el indicado.

Según lo expuesto, en el caso de autos rigen las normas antes transcritas del Decreto 2350, es decir, la cesantía debe liquidarse desde el 16 de octubre de 1941, tomando en cuenta los servicios anteriores pero sólo por tres años, en vis-

ta de que la relación de trabajo terminó por retiro voluntario de la trabajadora.

Para señalar el 16 de octubre de 1939 (cinco años antes de la vigencia del decreto 2350), el Juzgado *a quo* le dio aplicación al artículo 4º del Decreto 1160 de 1947. Al respecto la Sala debe anotar que la citada norma prescinde de las causas de extinción del contrato, tomando de las dos que establece el parágrafo del artículo 8º del Decreto legislativo 2350, la que consagra el mayor lapso de tiempo (cinco años), dejando de lado la que instituye un período de tiempo inferior (tres años). La disposición del Decreto 1160 parte de la base de que la convención laboral termina siempre por la causa que indica la regla primera del parágrafo de la citada disposición del Decreto 2350, lo cual implica extralimitación de funciones, esto es, exceso en la potestad reglamentaria, pues no se aviene, con la debida precisión, a las disposiciones de derecho material que desarrolla.

La Ley 65 olvidó el Decreto 2350. Es obvio que la omisión no puede tener el alcance de extinguir el auxilio otorgado por dicho estatuto, según conocidas reglas de derecho. El Decreto 1160 tuvo el mérito de reparar el olvido en que incurrió la Ley 65, pero al hacerlo incurrió en el defecto que se deja anotado. Por tanto, su artículo 4º no puede ser aplicado sino con sujeción estricta a las reglas primera y segunda del parágrafo del artículo 8º del Decreto 2350.

La jurisprudencia

La sentada por el extinguido Tribunal Supremo no ha sido uniforme, según resulta de lo que a continuación se expone:

a) Dice la contenida en fallo de casación del 9 de marzo de 1949 (G. del T., t. IV, pág. 217):

"Esta Corporación considera que el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, lejos de derogar el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, que en la parte final de su único parágrafo introdujo una reforma de grande importancia para los empleados particulares, como fue la de reconocerles auxilio de cesantía a aquéllos que lleven más de diez años de servicio, por todo el tiempo del mismo, en caso de retiro voluntario, expresamente lo dejó a salvo. Otro tanto hizo con el artículo 36 de la citada Ley 6ª, en el que se recoge uno de los principios básicos del método de interpretación del derecho del trabajo, según el cual, cuando concurren varias disposiciones relativas a una misma materia, ha de aplicarse la más favorable al trabajador, si bien lo limita a las Secciones Segunda y Tercera del referido estatuto".

Transcribe la providencia el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y el artículo 3º del Decreto 1160 de 1947, y agrega: "El recurrente cita en apoyo de su tesis este precepto reglamentario, quizá por equivocación, porque de su texto no puede deducirse que el auxilio de cesantía se reconozca a los empleados particulares en caso alguno a partir del 1º de enero de 1942, fecha que sólo es preciso tener en cuenta respecto de dicha prestación social en tratándose de trabajadores oficiales, como lo expresa claramente el artículo 1º de la Ley 65 citada.

"Equivocación semejante es la de suponer que el artículo 9º de la Ley 65 de 1946, al incluír entre las disposiciones modificadas la del parágrafo del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, derogó la regla consignada en su parte final, puesto que el alcance obvio de tal modificación no es otro que el de establecer que si el empleado particular se retira voluntariamente, sin haber cumplido 10 años de servicio, tiene también derecho al auxilio de cesantía por el tiempo respectivo".

La Sala debe anotar que aunque el caso a que se refiere la sentencia en los apartes transcritos, contempla la situación del empleado particular, la tesis que expone tiene aplicación respecto del obrero particular en el pasaje en que hace la afirmación de que no se puede deducir del artículo 3º del Decreto 1160 que la cesantía se reconozca al empleado particular a partir del 1º de enero de 1942, pues el precepto del artículo 1º de la Ley 65 comprende al trabajador particular, sin distinguir entre empleado y obrero.

b) En sentencia del 15 de diciembre de 1949 (G. del T., t. IV, pág. 100) modifica el Tribunal Supremo la doctrina anterior. De su contenido se toman estos apartes:

"El artículo 1º de la Ley 65 de 1946 eliminó para el reconocimiento de la cesantía la causa del retiro del trabajador; y al modificar el ordinal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 en la parte que establece los períodos trienales de consolidación del derecho a la cesantía, definió claramente que toda prestación de servicios realizada con posterioridad a la vigencia de la Ley 6ª se tomará en consideración sin tener en cuenta tales períodos trienales que, se repite, únicamente se refieren a los servicios prestados con posterioridad a dicha ley.

"En cuanto a los servicios prestados con anterioridad a la misma, y de que trata el parágrafo del artículo 12 la situación es distinta. Se extiende el beneficio de la eliminación de la causa de retiro a los trabajadores particulares, pero de acuerdo con lo establecido en el artículo citado, es decir, que lo deja vivo en lo tocante al tiempo anterior a la vigencia de la Ley 6ª con la variación consistente en que el punto de partida para el cómputo en los casos de extinción del contrato contemplados en el numeral 2º del parágrafo, es el 1º de enero de 1942".

La sentencia hace la historia de la expedición de la Ley 65 de 1946 en busca de su verdadero sentido, y concluye así:

"No queda, pues, duda alguna de que la intención del legislador, claramente manifestada en el proyecto de ley respectivo, fue el de colocar tanto a los trabajadores particulares como a los oficiales en un mismo plano de igualdad para efecto del reconocimiento de la cesantía, eliminando las causas de retiro no imputables al patrono, pero condicionando la nueva situación a un lapso determinado hacia el pasado, que se extiende hasta el 1º de enero de 1942".

Reitera la doctrina anterior las contenidas en fallo del 31 de agosto de 1950 (G. del T., t. IV, págs. 670 y 674) y en el de 16 de mayo de 1952 (G. del T., to. VIII, págs. 211 a 214).

De las dos interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo al artículo 1º de la Ley 65, esta Sala de la Corte estima que la primera traduce con más fidelidad y exactitud el pensamiento de la norma.

Argumento cardinal de la segunda es el siguiente:

La intención del precepto, deducida de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según la cual el propósito del legislador fue colocar al empleado y al trabajador particular en un mismo plano de igualdad.

La Sala observa que ese método de interpretación, de que trata el artículo 27 del Código Civil, rige cuando se trata de fijar la inteligencia de una expresión oscura de la ley.

No es esa la hipótesis que ofrece la norma. En efecto, el ordenamiento regula estos puntos: a) la institución del derecho de cesantía en favor del empleado oficial de la Nación y de los pertenecientes a entidades secundarias de derecho público, a partir del 1º de enero de 1942; y b) la concesión del auxilio sin atender a la causa del retiro.

Ahora bien: el parágrafo de la norma extiende el beneficio que ella consagra al trabajador particular, diciendo respecto de éste que, para la cesantía se aplique lo dispuesto en los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª de 1945..

Ocurre preguntar: ¿Cuáles son los beneficios que el artículo 1º establece en favor del trabajador particular? El interrogante no puede ser contestado diciendo que son dos: la concesión del derecho de cesantía y la supresión de la causa del retiro, porque el trabajador particular no le debe el auxilio al artículo 1º de la Ley 65, pues ya lo tenía de acuerdo con estatutos anteriores a dicha Ley. Por consiguiente, la única concesión que le otorga la norma es la eliminación de las causas de terminación del contrato. El beneficio opera, como ella lo expresa para el futuro, esto es, desde la fecha de su promulgación.

Conviene observar aquí lo siguiente:

El artículo 9º de la Ley 65, último del estatuto, dice que quedan modificados, entre otros, el ordinal f) y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

La declaración legislativa incide en lo que concierne al ordinal f). No puede entenderse que comprende todas las normas del artículo 12. Deben considerarse excluídas de modificaciones las dos reglas de su parágrafo (cesantía por servicios anteriores a la vigencia de la Ley 6ª), pues el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 dispone que para la cesantía del trabajador particular se dé aplicación al artículo 12 precitado. Si se acepta que por obra de la modificación desaparecieron las causas de retiro de que tratan las dos reglas del parágrafo de dicha norma, no resultarían conciliables el artículo 1º (parágrafo) y el 9º de la Ley 65. Sólo dejando a salvo las dos disposiciones de que se ha hecho mérito, se compaginan el artículo 1º y el 9º de esta última Ley. Ese es el método de interpretación de la voluntad del legislador, según la enseñanza contenida en el artículo 30 del Código Civil.

De conformidad con el parágrafo del precepto, para la cesantía deben aplicarse los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª de 1945. Para saber cuál es el tiempo anterior que se debe computar, todo se reduce a indagar la causa del retiro: si éste se debió a despido injusto del trabajador o a terminación del contrato por culpa del patrono, ese tiempo es el de cinco años, desde la vigencia de la Ley 6ª (19 de febrero de 1945) contados hacia atrás; si el contrato terminó por causas distintas a las enunciadas, v. gr., por retiro voluntario, el tiempo anterior es sólo de tres años, contados de la misma manera que para el caso anterior. Todo lo dicho debe entenderse sin perjuicio de lo prescrito en la última

norma del artículo 12 de dicha Ley respecto del empleado particular.

El artículo 36 de la Ley 6ª establece el principio, dominante en el derecho social, según el cual cuando varias leyes rigen la misma materia, se aplica la más favorable al trabajador. Doctrina igual recibe el Código del Trabajo en su artículo 21, en caso de duda o conflicto entre leyes vigentes. Enfrentada la Ley 65 a la Ley 6ª, aquélla, con el entendimiento que a su artículo 1º le da el Tribunal Supremo en la doctrina que se comenta, resulta más desfavorable al trabajador que la Ley 6ª, parágrafo de su artículo 12, pues para liquidar el auxilio prescinde de parte del tiempo servido bajo el imperio de dicho estatuto. En la hipótesis que contempla la regla primera del citado parágrafo, el tiempo anterior se computa desde el 19 de febrero de 1940.

En vista del principio sobre interpretación de la ley del trabajo de que se ha hecho mérito, habría sido más adecuado, si se estimaba que la Ley 65 ofrecía expresiones oscuras, apelar al método que consagra el artículo 32 del Código Civil, al tenor del cual, los pasajes de la ley con tal defecto se deben interpretar "del modo que más conforme aparezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

El espíritu que informa el derecho social es el de protección al trabajador, como resulta de expresos mandatos de la Carta Política. Es el que se observa en la evolución histórica de esta rama de la legislación. Las leyes posteriores a la 10ª de 1934 hasta las que hoy rigen, han venido eliminando los motivos de restricción de algunos derechos, como el concerniente a la cesantía, de lo cual es prueba elocuente la Ley 65, y concediéndole nuevos derechos, garantías y prerrogativas.

En todo caso, si el artículo 1º de la Ley 65, respecto de contratos de trabajo iniciados bajo el imperio de la Ley 6ª de 1945 y aun del Decreto 2350 de 1944, y concluídos después de la expedición de la primera de dichas leyes, se prestaba para darle distintas interpretaciones en cuanto al cómputo del tiempo para liquidar la cesantía, los mismos contratos, terminados durante la vigencia del actual Código, que es el caso *sub júdice*, quedaron sometidos, por mandato de su artículo 252, al régimen instituído en los citados estatutos de 1944 y 1945.

c) *Pagos de cesantía*

Sobre el punto trae estas consideraciones el fallo del Juzgado *a quo*.

"Confesó la demandante que se le había liquidado parcialmente la cesantía, pero no dijo en qué oportunidad, en qué cuantía ni por qué causa. Y lo mismo afirmó el demandado en la contestación de la demanda, también sin determinar la causa, cuantía ni fecha de la liquidación". Anota la providencia que el Gerente de la sociedad, en el informe de folios 12 y 13, expresó que en 1953 se había liquidado la compañía y que por tal causa fue cancelado el auxilio a todo su personal, afirmación sin respaldo en el proceso, pues el pago es una excepción que debe probar quien lo alega.

En la inspección ocular practicada en segunda instancia, (f. 30) inserta el Tribunal las manifestaciones del Gerente de Laboratorios Lister. Estos —dicen las manifestaciones— se constituyeron como sociedad anónima en 1935, transformada después en compañía de responsabilidad limitada, dando lugar a una sustitución patronal sin solución de continuidad, previa liquidación de la primera; que el patrono le pagó a la actora la cesantía definitiva hasta el 31 de marzo de 1953 por un valor de $ 250,00, como la causada del 1º de abril de 1953 al 31 de marzo de 1956, que ascendió a la suma de $ 30,00, agregando que en tal fecha la trabajadora se retiró definitivamente del servicio; que del 5 de abril de 1956 al 31 de diciembre de 1957, a la demandante se le deben prestaciones, cuyo importe fue consignado judicialmente. La parte demandada —reza el acta— deja la constancia de que no hubo anticipos de cesantía sino pagos definitivos, ya por liquidación de la sociedad, ora por retiro voluntario de la actora, por lo que no era necesaria autorización del Inspector del Trabajo.

La Sala observa: la respuesta a la demanda admite la vigencia del contrato de trabajo, sin solución de continuidad, desde 1935 hasta el 21 de diciembre de 1957. La razón expuesta antes al examinar la confesión espontánea de la compañía, basta para el rechazo de la alegación sobre extinción del contrato de trabajo el 31 de marzo de 1953. No habiéndose producido el hecho, carecía de base legal la liquidación y pago de la cesantía. El otro motivo determinante de la liquidación del auxilio —la sustitución patronal— es inaceptable. Se debe anotar que no fue alegado en la respuesta a la demanda, por una parte, y, por la otra, que la constitución de una sociedad como su transformación son actos solemnes. Para demostrar la existencia del contrato social como la de cualquier reforma o alteración del mismo, se requiere escritura pública (art. 465 del C. de Co.), aparte de otras formalidades que no son del caso puntualizar. Y es bien sabido que cuando la ley exige una solem-

nidad para la validez del acto jurídico, no puede ser sustituída por prueba distinta, sin excluír la de confesión. El derecho del trabajo, en el estatuto de procedimiento (art. 61 del C. P. L.) acoge el principio de que se ha hecho mérito. No resulta, pues, establecida la sustitución patronal alegada por la sociedad en la inspección ocular, por lo que la cesantía que se dice pagada con base en tal fenómeno, no surte ningún efecto legal.

Sobre el punto el fallo de primer grado hace estas consideraciones: "...los pagos parciales de cesantía están prohibidos según el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo y antes de la vigencia del Código también existía prohibición legal al respecto, según lo determinado por el artículo 1º del Decreto 530 de 1947, con excepción, bajo la vigencia de ambas legislaciones, de que la cesantía que se liquidaba parcialmente fuese destinada para financiación de vivienda o de terreno destinado a ella, y ello no se estableció tampoco en el juicio, razón por la cual en caso de que se hubiese demostrado la cuantía de la liquidación parcial de la cesantía, tampoco tendría ningún valor su pago frente a las disposiciones últimamente citadas".

Los pagos de la prestación de que habla la inspección ocular, en cuantía de $ 280,00, no tienen, pues, el valor de parciales ni de definitivos, ya que los hechos que le sirven de sustento no resultan establecidos en el proceso, ni pueden darse por demostrados con simples alegaciones del patrono. En cambio debe tomarse en cuenta la partida de $ 277,50, consignada judicialmente por la empresa (fs. 10 y 22) con destino al pago de prestaciones sociales. En vista de que no existe prueba de su recibo por la demandante, se facultará al Juzgado para que se la entregue, a la vez que se autorizará al patrono para que, efectuada la entrega, descuente dicha suma del valor de la cesantía a su cargo.

d) *Excepciones*

La de petición antes de tiempo se refiere al derecho a la jubilación. Por no haber sido éste objeto de la relación de segundo grado, no es del caso pronunciamiento alguno al respecto. La de inexistencia de la obligación, referida a la cesantía, se halla justificada en cuanto al período de tiempo anterior al 16 de octubre de 1941.

c) *Costas*

En vista de que no era del caso decisión alguna en relación con la pensión jubilatoria, por una parte, y no habiendo prosperado la demanda inicial sino parcialmente, por la otra, con la circunstancia de que la sociedad hizo pagos de cesantía, a los cuales no se les reconoce efecto legal, estima la Sala suficientes esos motivos para eximir a los Laboratorios Lister de la condena en costas en ambas instancias.

La resolución recaída a la súplica sobre condena al pago de la indemnización moratoria, de la cual absolvió el Tribunal a la sociedad demandada, no juega en casación, por lo cual habrá de ser mantenida por la Corte.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia recurrida en los numerales primero y segundo de su parte resolutiva (condena al pago de pensión de jubilación y cesantía excedente); en el tercero, por el cual absuelve a Laboratorios Lister de todos los cargos de la demanda; y en el cuarto, relativo a la declaración de no estar probadas las excepciones propuestas por dicha entidad, y, en su lugar, confirma la sentencia de primera instancia en la condena por cesantía, con la modificación de que su valor no es la cifra que ella indica sino la de dos mil cuatrocientos treinta y nueve pesos ($ 2.439,00) moneda legal. Además, revoca la sentencia del Juzgado *a quo* en cuanto declara no probadas las excepciones propuestas por la sociedad y, en su lugar, dispone:

Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto al auxilio de cesantía pero solo respecto del tiempo servido con anterioridad al 16 de octubre de 1941.

Facúltase al Juzgado 4º del Trabajo de Medellín para entregar a la demandante la suma de $ 277,50 de que trata el título de depósito Nº 54135, de fecha 11 de junio de 1958, expedido por el Banco de la República. Efectuada la entrega, autorízase a Laboratorios Lister para deducir la suma expresada del valor de la condena por cesantía.

NO CASA en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

CONTRATO DE TRABAJO. AUXILIO DE CESANTIA. PRIMAS DE SERVICIO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. El elemento subordinación es el que en definitiva sirve para determinar si se está o no en presencia de un contrato de trabajo. El mandato muchas veces es un medio para realizar el contrato de trabajo. — 2. Auxilio de cesantía y prima de servicios. — 3. Liquidación de la cesantía cuando el trabajo es discontinuo. — 4. Base para liquidar las primas de servicios. Cómo se liquida cuando no se determinó en el juicio el salario devengado en determinado período. — 5. Técnica del recurso de casación. Violación directa y violación indirecta.

1. En lo que concierne a las cartas obrantes en autos como pruebas, el recurrente se limita a observar que ostentan un carácter estrictamente comercial y que las instrucciones en ellas impartidas no son las de un superior a un empleado subalterno, sino las de un mandante a un mandatario, sobre un negocio mercantil. Mas no indica dato alguno del que pueda inferirse la autonomía del actor o el mero interés de resultado que en la gestión encomendada tuviese el recurrente.

El argumento así presentado carece de eficacia, pues es bien sabido que desde hace no poco tiempo la ley laboral colombiana ha extendido su ámbito a numerosas relaciones comerciales (empleados de comercio, agentes de seguros, representantes y agentes viajeros), a condición de que haya subordinación o dependencia, adecuada a la naturaleza de tales relaciones.

Es, pues, el elemento subordinación el que en definitiva sirve para determinar si en un caso dado se está o no en presencia de un contrato de trabajo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia. En el asunto que se examina, el Tribunal halló comprobado ese elemento con las cartas obrantes en el expediente de modo especial en la de 25 de agosto de 1952, en la que el demandado G. le señala al demandante R. las condiciones conforme a las cuales habría de llevar a cabo las compras de tabaco en la región señalada, condiciones aceptadas por el destinatario con su firma, puesta al margen de la misma carta.

En el mencionado documento, G. se reservó la facultad de indicarle a R., a medida que avanzara la cosecha, los precios de compra del tabaco; la de exigirle informes constantes acerca del desarrollo del mercado, el envío de volantes cada diez días sobre las compras efectuadas, la relación pormenorizada de éstas, en fin, cuanto estimó necesario para asegurar un control efectivo por parte de la Oficina principal. "Sobra decir que usted se ceñirá a las instrucciones que posteriormente le vaya suministrando, ya por teléfono, ya por correspondencia, ya por conducto de mis colaboradores que lo visitarán oportunamente", reza un punto del referido documento. Además, G. asumió la obligación de hacer las remesas de dinero para efectuar las compras de tabaco y la de atender a todos los gastos que ocasionara el negocio, "como local, clasificación, alise, obreros para arrumar el tabaco, embalaje, etc.", básculas, libretas de compras, máquina fumigadora.

Las cartas posteriores a la en que se fijaron las condiciones del contrato, constituyen el desarrollo práctico de éstas. En dichas cartas, G. hace uso de la facultad de dar órdenes a su agente R. sobre la manera como debía ejecutar la labor.

Como se ve claramente del examen y lectura de tal correspondencia, trátase de órdenes o instrucciones, que por su continua ocurrencia y carácter obligatorio, no obstante el tono cortés en que aparecen formuladas, bien pueden tenerse

como constitutivas de la subordinación propia del contrato de trabajo.

Pero ni aun aceptando la hipótesis de que el demandante hubiese sido un mandatario comercial del demandado, cabría descartar la existencia del contrato de trabajo, porque de un lado, éste, en los términos del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, no pierde su naturaleza cuando se presenta involucrado con otros contratos, y de otro, el mandato muchas veces es un medio para realizar el contrato de trabajo, según lo anotan la doctrina y la jurisprudencia.

Por tanto, dada la amplia libertad de que en materia laboral goza el fallador para la apreciación de las pruebas, esta Sala no encuentra demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia acusada, tanto menos cuanto que el ataque parte del supuesto equivocado de que las relaciones entre los litigantes, por haber tenido índole comercial, escapan al imperium del Derecho Laboral. En consecuencia, el cargo no prospera.

2. El auxilio de cesantía y la prima de servicios son dos prestaciones cuyo pago está regulado de manera distinta por la ley, pues al paso que la primera no se causa sino a la terminación del contrato, la segunda debe cubrirse dentro de su ejecución.

3. Conforme al artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año. Para liquidar el auxilio, se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador o el promedio de lo devengado en un año (art. 253).

La unidad de medida es, pues, el año de trabajo, entendiéndose por tal, el período continuo o discontinuo que equivalga a un año calendario. De tal manera que en tratándose de las labores llamadas de temporada o estacionales, como en el caso de autos, y siempre que sean objeto de una misma relación jurídica, deberán sumarse los respectivos períodos o fracciones para saber el tiempo total de actividad efectiva.

Por tanto, si el demandante prestó sus servicios al demandado dentro de un solo contrato, durante 16 meses (en dos lapsos diferentes el uno entre el 1º de agosto de 1952 y el 28 de febrero de 1953, y el otro, entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954), según lo da por sentado el Tribunal con base en el material probatorio, éste es el tiempo total sobre el cual debe computarse el auxilio de cesantía. Y si en lo tocante a remuneración sólo obra la prueba de que la que recibió globalmente en los últimos nueve meses de trabajo alcanzó a la suma de $ 6.496.00, no resulta desacertado el que se haya tomado el promedio mensual de $ 721.77 para liquidar el referido auxilio.

4. La prima de servicios es una prestación que, de acuerdo con el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, se causa el último día de junio y en los primeros 20 días del mes de diciembre de cada año, a favor de quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hayan servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no se les despida por justa causa. Dicha prima se reconoce a razón de una quincena o de una semana por semestre, según el capital de la empresa.

Del modo de pago establecido en la ley se deduce que las primas han de cubrirse sobre la base del salario devengado en los correspondientes períodos, ya sea cuando se cancelan oportunamente o cuando el pago se haga fuera de tiempo, por cualquier circunstancia. Así lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia de esta Sala.

En el asunto que se examina, como no se tiene el dato acerca del salario que devengó el trabajador en el segundo semestre de 1952 el Tribunal fallador evidentemente se apartó de la ley al condenar al pago de la prima proporcional en ese período sobre la base del salario que devengó el trabajador en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954. Por tal motivo habrá de casarse parcialmente la sentencia, para decidir en instancia lo que sea legal.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que el demandante trabajó bajo la dependencia del demandado durante cinco meses en el segundo semestre de 1952. Tiene derecho, por consiguiente, a la prima de servicios de que trata el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo en proporción a ese tiempo.

Aunque el capital del patrono se presume superior a $ 200.000.00 conforme al artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, como no se acreditó el salario que devengó el trabajador en ese período de tiempo, la condena respectiva sólo podrá hacerse sobre la base del salario mínimo, que en aquella época era de $ 2.00 diarios, según el Decreto 71 de 1950.

Por tanto, corresponde al actor por este concepto, proporcionalmente a los cinco meses de servicio, la suma de $ 25.00.

5. También se acusa la sentencia del Tribunal por haber infringido, en forma directa y a causa de errónea interpretación, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al condenar en salarios caídos a la parte demandada.

Sostiene el recurrente que no procedía tal condena porque la verdadera naturaleza de la relación que vinculó a las partes, fue objeto de intensa discusión en la litis; que el propio Juez del conocimiento consideró que no había existido contrato de índole laboral, justificando así la posición de la parte demandada; que la sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que invoca el fallador, se refiere a un caso excepcional que ninguna similitud tiene con el de autos, y que en cambio, el ad quem desechó todo el copioso acervo jurisprudencial que ofrecen los anales de la justicia del trabajo, en que se ha fijado el alcance de la citada norma, por todo lo cual solicita que sea casada parcialmente la sentencia para que en su lugar se confirme el fallo de primera instancia en cuanto absolvió de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estudia el cargo.

El sentenciador de segunda instancia estima que el trabajador demandante tiene derecho a indemnización moratoria, por no haber hecho el patrono oportunamente el pago de las prestaciones sociales ni consignado su valor sin que mediara duda justificada sobre la obligación que tenía de hacerlo. Se apoya en una sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, de fecha 4 de octubre de 1954, que en su parte esencial expresa lo siguiente:

"Se ha afirmado también que la duda en el ánimo del patrono sobre el derecho del trabajador puede llegar a establecer buena fe en su conducta de aparente incumplimiento. Pero tal duda debe ser plenamente justificada, en razón de lo que antes se dijo, o bien, porque las circunstancias de hecho originarias de la obligación no sean suficientemente claras para configurarla, como cuando por ejemplo, se dilata el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo sosteniendo con fundadas razones que el trabajador provocó deliberadamente el insuceso. De otra suerte, sería suficiente que el patrono manifestara tener dudas en cuanto al derecho reclamado para que su pago se pospusiera hasta la terminación de la litis y someter así, calculadamente, al trabajador, a una espera indefinida y contra el querer y la finalidad protectora del derecho del Trabajo".

Se considera:

Es obvio que el fallador, al acoger la tesis jurisprudencial, que por lo demás se ha mantenido por esta Sala, no puede incurrir en interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en torno al cual se elaboró aquélla.

Otra cosa es que los supuestos de hecho del caso de autos sean distintos a los que sirvieron de base a la tesis mentada, como lo pretende el recurrente, y esto no podría establecerse sino por vía indirecta, a través del examen concreto de las pruebas correspondientes. Se rechaza la acusación.

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

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Leopoldo S. Ricardo, por conducto de apoderado, demandó ante el Juez Unico del Circuito de Corozal a Vicente Gallo para que fuera condenado a pagarle auxilio de cesantía, compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas, primas de servicio, remuneración de trabajo en días de descanso obligatorio, preaviso e indemnización moratoria.

Dijo en la demanda que durante cuatro "años cosechas" tuvo a su cargo la agencia de compra de tabaco del señor Gallo en la población de Ovejas; que el último de esos años fue el comprendido entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954; que por cada bulto de 65 kilos netos (66 ks. brs.) debía pagársele una suma que oscilaba entre $ 4.00 y $ 1.50, según las calidades del tabaco comprado, habiendo recibido por concepto de remuneración en los últimos 8 meses de servicio la cantidad de $ 6.496.00, o sea, un promedio mensual de $ 812.00; que el señor Gallo le impartía órdenes en relación con los precios de compra y con la calidad del tabaco que debía adquirir por cuenta y con dinero de dicho señor; que cada diez días le enviaba al demandado relaciones pormenorizadas de las compras y de los gastos efectuados en la Agencia a su cargo, y que, en fin, se ceñía a las instrucciones que le daba el señor Gallo, ya por teléfono o por correspondencia o por conducto

de empleados suyos que vigilaban el desarrollo de la labor del demandante; que fue retirado de la agencia de manera imprevista y sin previo aviso, y que el patrono no cumplió con el deber legal de pagarle las prestaciones sociales que le adeudaba, no obstante los reclamos personales que le formuló sobre el particular.

En derecho se fundó en los artículos 23, 249, 186, 306, 174, 177 y demás concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

El demandado presentó un escrito a manera de respuesta, en el que califica de mandato al vínculo jurídico que tuvo con el demandante y propone las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia de derecho para pedir.

El Juzgado del conocimiento, en su sentencia resolvió "No hacer las declaraciones que pide el demandante".

Apelado por la parte actora el fallo de primer grado para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, éste lo revocó, y, en su lugar, condenó al señor Vicente Gallo a pagar la suma de $ 2.165.28 por concepto de cesantía, vacaciones y primas de servicio, y, además, el valor de los salarios comprendidos entre el 1º de mayo de 1954 y la fecha en que se pague al demandante o se consigne a su favor, ante autoridad competente, el monto del auxilio de cesantía, con costas a cargo de la parte vencida.

Contra esta sentencia, el apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación que va a decidirse, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Persigue, "en primer lugar, la casación total del fallo de segunda instancia, a fin de que, convertida la honorable Sala Laboral en Tribunal de instancia, se confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado. En subsidio, se persigue la casación parcial del mencionado fallo, para que se hagan los pronunciamientos que se indicarán al puntualizar cada una de las impugnaciones".

Los cargos.

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, el recurrente formula cinco cargos, de los cuales el tercero y el quinto son subsidiarios del segundo y del cuarto, respectivamente.

Primer cargo.

Acusa por violación de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente de los artículos 249, 253, 306 y 65 del mismo Código, por aplicación indebida, a causa de error de hecho proveniente de equivocada apreciación de las pruebas.

Sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador incurrió en notorio y evidente error de hecho al dar por probada la existencia de una relación laboral entre las partes, porque confundió un contrato de mandato comercial con un contrato de trabajo. Hace provenir el error de hecho en la equivocada valoración de los siguientes elementos probatorios:

a) Carta visible al folio 68 del primer cuaderno del proceso, dirigida, con fecha 25 de agosto de 1952, por el señor Gallo al señor Ricardo, en la que quedaron consignadas las condiciones en que aquél encargó a éste de las compras de tabaco en rama;

b) Las declaraciones de los señores Gabriel H. García, Medardo Mendoza y José Rafael Velilla; y

c) Las cartas que obran a folios 68 a 89 del primer cuaderno, dirigidas por el señor Gallo al demandante.

Respecto a las cartas mencionadas en los puntos a) y c), dice que sus términos son estrictamente comerciales y que su contenido "evidencia que las relaciones entre las partes eran las de mandante a mandatario y no las de patrono a trabajador".

En cuanto a los testimonios, observa que García, a tiempo que manifiesta tener conocimiento de que el señor Ricardo negociaba con el señor Gallo, que compraba el tabaco por comisión y no estaba sujeto a horario, afirma otros hechos incongruentes o desprovistos de sentido; que Mendoza dijo no saber cómo se remuneraban las actividades del actor ni si el demandante, al fijar horario para las compras, lo hacía por su propia iniciativa o para obedecer órdenes del demandado, y que otro tanto cabe anotar sobre lo dicho por Velilla; de todo ello infiere que el Tribunal no analizó esas declaraciones, como era su ineludible obligación. "Si lo hubiera hecho —agrega— con la aplicación de las reglas de crítica de las pruebas, hubiera tenido que concluír bien que ellas venían a respaldar la existencia del mandato o que, por contradictorias, tenían que ser rechazadas y, en tal supuesto, no podía estimarse como existente la demostración de la relación de índole laboral".

El opositor replica que el señor Ricardo fue un trabajador dependiente del señor Gallo —a quien éste llamaba su agente— y no un mandatario comercial, ya que él no podía deliberar sobre las órdenes e instrucciones impartidas por el recurrente, sino que debía ejecutarlas. Se refiere luégo a las pruebas que obran en el expediente, destacando los datos que en su concepto demuestran sin lugar a duda los tres elementos que configuran el contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la subordinación o dependencia y la remuneración.

Se considera:

El sentenciador, después de transcribir el texto de la carta de fecha 25 de agosto de 1952, dirigida por Vicente Gallo a Leopoldo Ricardo y el de las declaraciones de Gabriel H. García, Medardo Mendoza y José Rafael Velilla, expresa lo siguiente:

"Haciendo un estudio de estas pruebas allegadas al juicio por la parte actora, el funcionario de primer grado considera en el fallo que se revisa, que de ellas no surge la comprobación de todos los elementos que tipifican el contrato laboral al tenor de lo que disponen los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que sólo se demostró la actividad personal del trabajador y el salario como retribución del servicio pero no el otro elemento esencial, esto es, la subordinación "ya que para hacer efectivo el demandante el contrato celebrado con el señor Gallo era menester ceñirse a lo estipulado en el referido contrato cuya actividad se cumplió por parte del actor en armonía o consonancia con las estipulaciones contractuales".

"El Tribunal comparte el criterio del Juzgado de instancia cuando afirma que vienen demostrados de manera evidente los elementos configuradores del contrato laboral, es decir, la actividad personal y el salario, pero difiere del concepto de que no se demostró la subordinación".

"Veamos: obran en el expediente varias cartas allegadas al juicio por el actor y que fueron dirigidas al demandante por el señor Vicente Gallo. En todos estos documentos, corrientes a folios 68 hasta folios 89 del cuaderno principal, el señor Gallo dá órdenes al señor Leopoldo S. Ricardo acerca de la manera como ha de actuar para el mejor resultado de las compras de tabaco y le hace observaciones acerca del modo de proceder o defenderse de la competencia de otros compradores de tabaco que actúan en la misma plaza. El Tribunal considera que del documento carta-contrato que viene transcrito en el cuerpo del presente fallo se demuestra claramente que existió a través de la duración del contrato, el elemento subordinación.

"En el numeral 8º de ese documento se dice: 'Sobra decir que usted, se ceñirá a las instrucciones que posteriormente le vaya suministrando ya por teléfono, ya por correspondencia, ya por conducto de mis colaboradores que lo visitarán oportunamente; empero, para evitar malas inteligencias, le sugiero exigir que las indicaciones o instrucciones que le dieren mis colaboradores lo hagan por escrito'.

"Esta situación, que a nuestro juicio, implica claramente subordinación del empleado para con el empleador, se mantuvo a todo lo largo de las relaciones contractuales de los litigantes, que configura, con los elementos que lo integran y que también fueron demostrados como se ha visto, un contrato laboral al tenor de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo".

El criterio del *a quo*, a que alude el sentenciador de segunda instancia, en lo que se refiere a la actividad personal y a la remuneración, está expuesto así:

"La actividad personal del trabajador y el salario como retribución del servicio, están acreditados en el expediente, como pasa a verse. En el equipo de pruebas que presentó el doctor Jaime Espinosa Ricardo, apoderado del demandante, obran varias cartas firmadas por el señor Vicente Gallo, indicadoras todas ellas de la actividad desarrollada por el señor Leopoldo Ricardo. En la carta de fecha 18 de septiembre de 1952, del señor Gallo para el señor Ricardo, se lee lo siguiente: 'con su atenta del 13 del presente mes han llegado las cuentas de compras y otros volantes en que constan las actividades desarrolladas por usted desde el 1º de los corrientes, fecha en que usted inició las compras de tabaco por cuenta de esta su casa'. Las otras cartas también dicen relación a la labor realizada por el señor Ricardo en la compra de tabaco para el señor Gallo. En cuanto al salario como retribución del servicio prestado, basta leer la carta-contrato a que se refiere el doctor Jaime Espinosa Ricardo, para comprobar que la remuneración convenida viene estipulada en el punto sexto que lleva fecha 25 de agosto de 1952. Además, en la copia de la liquidación que obra en autos dice que a dicho señor Ricardo se le pagó la comisión correspondiente, que dió un total de $ 6.496.00".

En lo tocante a la subordinación o dependencia, el *a quo* no la halló acreditada con la carta-

contrato ni con las otras que obran en el expediente, como tampoco con las declaraciones de los testigos García, Mendoza y Velilla, pues, en su sentir, éstas nada dicen en concreto con relación a dicho elemento.

Pero como ocurre que la discrepancia del Tribunal respecto del fallo de primer grado no reside en la apreciación de la prueba testimonial sino en la de las cartas, la impugnación por ese aspecto cae en el vacío, y de consiguiente no es necesario estudiarla.

Ahora bien, en lo que concierne a las cartas, el recurrente se limita a observar que ostentan un carácter estrictamente comercial y que las instrucciones en ellas impartidas no son las de un superior a un empleado subordinado, sino las de un mandante a un mandatario, sobre un negocio mercantil. Mas no indica dato alguno del que pueda inferirse la autonomía del actor o el mero interés de resultado que en la gestión a él encomendada tuviese el señor Gallo.

El argumento así presentado carece de eficacia, pues es bien sabido que desde hace no poco tiempo la ley laboral colombiana ha extendido su ámbito a numerosas relaciones comerciales (empleados de comercio, agentes de seguros, representantes y agentes viajeros), a condición de que haya subordinación o dependencia, adecuada a la naturaleza de tales relaciones.

Es, pues, el elemento subordinación el que en definitiva sirve para determinar si en un caso dado se está o no en presencia de un contrato de trabajo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia.

En el asunto que se examina, el Tribunal halló comprobado ese elemento con las cartas de folios 68 a 89 del primer cuaderno, dirigidas por Gallo al demandante, de modo especial en la de fecha 25 de agosto de 1952, en la que aquél señala a éste las condiciones conforme a las cuales habría de llevar a cabo las compras de tabaco en la región de Ovejas, condiciones aceptadas por el destinatario y autorizadas con su firma, puesta al margen de la misma carta (folio 69).

En el mencionado documento, Gallo se reservó la facultad de indicarle a Ricardo, a medida que avanzara la cosecha, los precios de compra del tabaco; la de exigirle informes constantes acerca del desarrollo del mercado, el envío de volantes cada diez días sobre las compras efectuadas, la relación pormenorizada de éstas, en fin, cuanto estimó necesario para asegurar un control efectivo por parte de la Oficina de Cartagena. "Sobra decir que usted se ceñirá a las instrucciones que posteriormente le vaya suministrando ya por teléfono, ya por correspondencia, ya por conducto de mis colaboradores que lo visitarán oportunamente", reza el punto octavo. Además, Gallo asumió la obligación de hacer las remesas de dinero, para efectuar las compras y la de atender a todos los gastos que ocasionara el negocio, "como local, clasificación, alise, obreros para arrumar el tabaco, embalaje, etc." (folio 69), básculas (folio 79), libretas de compras (folio 87), máquina fumigadora (folio 85).

Las cartas posteriores a la en que se fijaron las condiciones del contrato, constituyen el desarrollo práctico de éstas. En dichas cartas, Gallo hace uso de la facultad de dar órdenes a su agente Ricardo sobre la manera como debía ejecutar la labor. "...Le remito los tres cheques abajo detallados por valor de $ 15.000.00 moneda corriente, cheques estos que se servirá usted poner en circulación uno a uno, es decir a medida que el proceso de las compras lo requieran". "Sería muy interesante que usted lograra alguna combinación con el señor Anaya de Guaimaral, pues tengo entendido que en esa región se produce tabaco de buena calidad" (folio 72). "...Deseo manifestarle que debe usted enviar cualquier comprobante que por determinada circunstancia haya tenido que anular". "...confío en que usted pondrá el mayor cuidado en la fermentación y selección del tabaco. En cuanto a la alisada, estimo que debemos adelantarla en forma que a fines de enero la descontinuemos". "Mucho le agradeceré que me tenga al corriente de las actividades de la competencia" (folio 74). "De todos modos, creo que con la autorización que le he dado puede usted incrementar las compras, de suerte que el promedio mensual alcance unos 50.000 kilos". "Con respecto a los volantes de compra,... le ruego remitírmelos cada tres días" (folio 76). "Con respecto al sueldo del señor Zota, le confirmo la autorización que por teléfono le he dado en el sentido de elevarlo a $ 200.00 mensuales" (folio 80). "Lo menos que podemos hacer (se refiere al Banco de Bogotá en Corozal)... es que usted le retire la cuenta, pues no veo francamente ninguna ventaja en tenerla en Corozal, en circunstancias de que cargan 0.25 sobre $ 100.00, cuando en Sincelejo el cargo es tan solo de 0.12-½". Folio 82. "...Es necesario que en cada ocasión haga constar en la carta de porte el valor del flete contratado". "...solo debe usted empacar cuando el tabaco esté bien fermentado. De lo contrario es preferible aplazar los envíos" (folio 83). "...He de reiterarle mi recomendación de alisar y enviarme la mayor cantidad de alisados, aunque para ello tenga

que recurrir al socorrido sistema del agua en proporciones mínimas" (folio 85). "...Los dineros que usted va a anticipar (a diversos clientes) han de devengar intereses o, en sustitución de ellos, recibirá usted los tabacos con alguna bonificación de precio sobre el que rija el día del recibo del artículo" (folio 86). "Me permito observarle que a pesar de tener los comprobantes de compra un espacio para la firma del vendedor, éste no es utilizado en la agencia a su buen cargo. Ojalá atienda esta nota, haciendo firmar a los que sepan" (folio 88).

Como se vé claramente, trátase de órdenes o instrucciones, que por su continuada ocurrencia y su carácter obligatorio, no obstante el tono cortés en que aparecen formuladas, bien pueden tenerse como constitutivas de la subordinación propia del contrato de trabajo.

Pero ni aun aceptando la hipótesis de que el demandante hubiese sido un mandatario comercial del demandado, cabría descartar la existencia del contrato de trabajo, porque de un lado, éste, en los términos del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, no pierde su naturaleza cuando se presenta involucrado con otros contratos, y de otro, el mandato muchas veces es un medio para realizar el contrato de trabajo, según lo anotan la doctrina y la jurisprudencia.

Por tanto, dada la amplia libertad de que en materia laboral goza el fallador para la apreciación de las pruebas, esta Sala no encuentra demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia acusada, tanto menos cuanto que el ataque parte del supuesto equivocado de que las relaciones entre los litigantes, por haber tenido índole comercial, escapan al *imperium* del Derecho Laboral.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo Cargo

Está enunciado así: "Para el caso, que en verdad considero improbable, de que no sea casada totalmente la sentencia, como consecuencia de la prosperidad de la impugnación precedente, formulo esta segunda acusación, sobre la base de la violación directa de los artículos 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo".

Dice el recurrente que el fallador, habiendo tenido por probada la existencia del contrato de trabajo en dos lapsos diferentes, comprendido el uno entre el 1º de agosto de 1952 y el 28 de febrero de 1953, y el otro, entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954, no podía tomar como base para condenar por cesantía ni por prima de servicios en los dos períodos, el salario promedio del segundo, anotando que no se estableció la prueba del promedio relativo al primero.

Solicita, en consecuencia, que se case parcialmente el fallo recurrido para, en su lugar, absolver por cesantía y prima de servicios por el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1952 y el 28 de febrero de 1953.

Se considera:

El auxilio de cesantía y la prima de servicios son dos prestaciones cuyo pago está regulado de manera distinta por la ley, pues al paso que la primera no se causa sino a la terminación del contrato, la segunda debe cubrirse dentro de su ejecución. Por ello, los dos aspectos de la acusación se estudiarán separadamente.

Auxilio de cesantía. Conforme al artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año. Para liquidar el auxilio, se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador o el promedio de lo devengado en un año (artículo 253).

La unidad de medida es, pues, el año de trabajo, entendiéndose por tal, el período continuo o discontinuo que equivalga a un año calendario. De tal manera que en tratándose de las labores llamadas de temporada o estacionales, como en el caso de autos, y siempre que sean objeto de una misma relación jurídica, deberán sumarse los respectivos períodos o fracciones para saber el tiempo total de actividad efectiva.

Por tanto, si el demandante prestó sus servicios al demandado dentro de un solo contrato, durante 16 meses (del 1º de agosto de 1953 al 30 de abril de 1954), según lo dá por sentado el Tribunal con base en el material probatorio, este es el tiempo total sobre el cual debe computarse el auxilio de cesantía. Y si en lo tocante a remuneración solo obra la prueba de que la que recibió globalmente en los últimos nueve meses de trabajo alcanzó a la suma de $ 6.496.00, no resulta desacertado el que se haya tomado el promedio mensual de $ 721.77 para liquidar el referido auxilio.

Prima de servicios. Esta prestación, de acuerdo con el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, se causa el último día de junio y en los primeros 20 días del mes de diciembre de cada año, a favor de quienes hubieren trabaja-

do o trabajaren todo el respectivo semestre o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hayan servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no se les despida por justa causa. Dicha prima se reconoce a razón de una quincena o de una semana por semestre, según el capital de la empresa.

Del modo de pago establecido en la ley se deduce que las primas han de cubrirse sobre la base del salario devengado en los correspondientes períodos, ya sea cuando se cancelan oportunamente o cuando el pago se haga fuera de tiempo, por cualquier circunstancia. Así lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia de esta Sala.

En el asunto que se examina, como no se tiene el dato acerca del salario que devengó el trabajador en el segundo semestre de 1952 el Tribunal fallador evidentemente se apartó de la ley al condenar al pago de la prima proporcional en ese período, sobre la base del salario que Ricardo devengó en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954.

Por este motivo habrá de casarse parcialmente la sentencia, para decidir en instancia lo que sea legal.

Este cargo prospera parcialmente.

Tercer Cargo

Se presenta como subsidiario del anterior, por errónea interpretación de los artículos 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice el recurrente que "si no se produjo la infracción directa de las citadas normas, entonces a ello llegó el *ad quem* mediante un equivocado entendimiento de tales preceptos al considerar que para fines de cómputo de cesantía y de prima de servicios se puede adoptar el promedio de un período de servicios distinto de otro anterior al primer lapso, no obstante la circunstancia de transcurrir cuatro meses entre los dos períodos".

Se considera:

Al estudiar la acusación anterior se expuso el recto entendimiento de las normas sobre auxilio de cesantía y prima de servicios, para aplicarlo al caso concreto del litigio, y por ello no es menester estudiar este nuevo planteamiento.

Cuarto Cargo

Acusa la sentencia por haber infringido, en forma directa y a causa de errónea interpretación, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al condenar en salarios caídos a la parte demandada.

Sostiene el recurrente que no procedía la condena por salarios caídos porque la verdadera naturaleza jurídica de la relación que vinculó a las partes, fue objeto de intensa discusión en la litis; que el propio Juez del conocimiento consideró que no había existido contrato de índole laboral, justificando así la posición de la parte demandada; que la sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que invoca el fallador, se refiere a un caso excepcional que ninguna similitud tiene con el de autos, y que en cambio, el *ad quem* desechó todo el copioso acervo jurisprudencial que ofrecen los anales de la justicia del trabajo, en que se ha fijado el alcance de la citada norma, por todo lo cual solicita que sea casada parcialmente la sentencia del Tribunal de Cartagena para que, en su lugar, se confirme el fallo de primera instancia, en cuanto absolvió de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estudia el cargo.

El sentenciador de segunda instancia estima que el trabajador demandante tiene derecho a indemnización moratoria, por no haber hecho el patrono oportunamente el pago de las prestaciones sociales ni consignado su valor, sin que mediara duda justificada sobre la obligación que tenía de hacerlo. Se apoya en una sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, de fecha 4 de octubre de 1954, proferida en el juicio de Julio Pinedo V., contra Ramón Martínez B., que en su parte esencial expresa lo siguiente:

"Se ha afirmado también que la duda en el ánimo del patrono sobre el derecho del trabajador puede llegar a establecer buena fe en su conducta de aparente incumplimiento. Pero tal duda debe ser plenamente justificada, en razón de lo que antes se dijo, o bien, porque las circunstancias de hecho originarias de la obligación no sean suficientemente claras para configurarla, como cuando, por ejemplo, se dilata el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo sosteniendo con fundadas razones que el trabajador provocó deliberadamente el insuceso. De otra suerte, sería suficiente que el patrono manifestara tener dudas en cuanto al derecho reclamado para que su pago se pospusiera hasta la terminación de la litis y someter así, calculadamente, al trabajador a una espera indefinida y contra el querer y la finalidad protectora del derecho del trabajo".

Se considera:

Es obvio que el fallador, al acoger una tesis jurisprudencial, que por lo demás se ha mantenido por esta Sala, no pudo incurrir en interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en torno al cual se elaboró aquélla.

Otra cosa es que los supuestos de hecho del caso de autos sean distintos a los que sirvieron de base a la tesis mentada, como lo pretende el recurrente, y ésto no podría establecerse sino por vía indirecta, a través del examen concreto de las pruebas correspondientes.

Se rechaza esta acusación.

Quinto Cargo

En este, que es subsidiario del que precede, se acusa la sentencia por ser indirectamente violatoria, a causa de aplicación indebida, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de error de hecho proveniente de equivocada estimación de pruebas.

Hace consistir el error de hecho en haberse dado por demostrada, sin estarlo, la existencia del contrato de trabajo entre las partes, lo que condujo al fallador a aplicar la sanción contenida en el citado ordenamiento legal.

Al efecto, reseña las mismas pruebas que singularizó en el primer cargo, y repite los argumentos que entonces formuló.

Finaliza la alegación en estos términos:

"En el más favorable de los supuestos, todas estas probanzas que acabo de enumerar demuestran que, *por lo menos era dudosa la naturaleza de la relación jurídica entre las partes.* Y si ello es así, entonces la oposición de la parte demandada es más que justificada, excluye todo principio de mala fe y, por tanto, desplaza toda posibilidad de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. (Subraya el recurrente).

"Fue, pues, en virtud de esta errónea apreciación de pruebas que, por lo menos pone de manifiesto la circunstancia de no ser inequívoca la relación de trabajo entre el demandante y demandado, como el *ad quem* llegó a quebrantar indirectamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicándolo a un caso que no era pertinente. Esta consideración cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el propio Juez de la primera instancia llegó a la conclusión contraria y, por ello, absolvió a mi mandante de los cargos contenidos en la demanda inicial del litigio".

Se considera:

Este nuevo intento encaminado a demostrar que el fallo de segunda instancia, al dar por establecida la relación laboral entre las partes, incurrió en error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de las cartas que Vicente Gallo dirigió a Leopoldo Ricardo y de las declaraciones que rindieron los testigos Gabriel H. García, Medardo Mendoza y José Rafael Velilla, debe correr necesariamente la misma suerte que el primero, por las razones que en su oportunidad expresó la Sala.

Pero conviene observar que la sentencia acusada condenó al pago de indemnización moratoria no solo en atención a que Gallo y Ricardo estuvieron vinculados por un contrato de trabajo, sino por estimar que el patrono incumplió, sin motivo justificado, su obligación de satisfacer, a la terminación del contrato, las prestaciones que le adeudaba al trabajador.

Y ocurre que las pruebas señaladas por el recurrente en este cargo, si bien dan cuenta del modo como se desenvolvieron las relaciones entre las partes, ninguna luz proyectan sobre los motivos que adujera el demandado para desconocer o poner en duda la referida obligación, motivo sin cuyo conocimiento no es posible determinar si en su comportamiento hubo buena fe.

La sola circunstancia de que el *a quo* llegara a la conclusión de que en el caso de autos no se demostró el contrato de trabajo, no justifica la renuencia patronal, porque la buena fe que exime de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo ha exigido reiteradamente la jurisprudencia, supone que la duda sea razonable, y ha de serlo *ab initio,* desde cuando surge la controversia, y no por virtud de una sentencia de instancia absolutoria para el patrono.

No siendo, pues, idóneas las pruebas mencionadas en el cargo para excusar el incumplimiento del patrono, resulta forzoso mantener la condena por indemnización moratoria.

Por lo expuesto, tampoco se admite esta acusación.

Como el segundo cargo prosperó en parte, se procede a dictar el fallo de instancia en lo pertinente.

El demandante Leopoldo S. Ricardo trabajó bajo la dependencia del demandado Vicente Gallo, durante cinco meses en el segundo semestre de 1952. Tiene derecho, por consiguiente, a la prima de servicios de que trata el artículo 306

del Código Sustantivo del Trabajo en proporción a ese tiempo.

Aunque el capital del patrono se presume superior a $ 200.000.00 conforme al artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, como no se acreditó el salario que devengó Ricardo en ese lapso, la condena respectiva solo podrá hacerse sobre la base del salario mínimo, que en aquella época era de $ 2.00 diarios, según el Decreto número 71 de 1950.

Por tanto, corresponde al actor por este concepto, proporcionalmente a los cinco meses de servicio, la suma de $ 25.00 y no la de $ 300.73 a que condenó el fallo de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena en el juicio de Leopoldo S. Ricardo contra Vicente Gallo, en cuanto fijó la cuantía de la prima de servicios en el segundo semestre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) en la suma de trescientos pesos con setenta y tres centavos ($ 300.73), y en su lugar señala como importe de dicha prestación en el indicado período, la suma de veinticinco pesos ($ 25.00). No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

ACLARACION DE SENTENCIAS

No se accede a la solicitud de aclaración respecto de la sentencia que antecede.

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

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

En el juicio de Leopoldo Ricardo contra Vicente Gallo, el apoderado del segundo, diciendo hacer uso del derecho consagrado por el artículo 482 del Código Judicial, solicita aclaración de la sentencia de fecha 5 de agosto último, proferida por esta Sala.

Para fundar su solicitud expone lo siguiente:

"Como arriba lo hemos visto, por las propias transcripciones de los pasajes del fallo de segunda instancia, el señor Ricardo solo trabajaba, según él, ocho meses cada año. Si la condena por salarios caídos pudiera entenderse en el sentido de que ella se causa no en la misma proporción, es decir, en lo correspondiente a ocho meses en cada año, sino en todos los doce meses de cada anualidad, entonces querría decir que Ricardo tendría derecho, al menos entre la fecha de la terminación de sus relaciones con Gallo y la fecha en que se hizo la consignación que ordenó el Tribunal de Cartagena, a salarios completos, lo que daría lugar al monstruoso absurdo de que, ya fuera del supuesto servicio, devengara anualmente más que cuando dizque lo prestaba.

"Como la sentencia de casación que, repito, en esta parte dejó en pie la del *ad quem,* puede dar margen a esa insólita extravagancia, vengo a solicitar, como digo, que se fijen los precisos términos del entendimiento del fallo en este punto. En otras palabras, que la honorable Sala, haciendo mérito de la circunstancia de que el demandante solo trabajaba ocho meses en cada período de doce aclare que los salarios caídos solo pueden causarse dentro de la misma proporción temporal o sea, no doce meses en cada año sino el respectivo tiempo proporcional en cada anualidad.

"A más de lo que se deja expuesto, existen otros fundamentos para que la honorable Sala aclare la mencionada sentencia de casación. Para demostrarlo, principio por transcribir un pasaje de dicho fallo, que es del siguiente tenor:

"Por tanto, si el demandante prestó sus servicios al demandado dentro de un solo contrato, durante 16 meses (del 1º de agosto de 1953 al 30 de abril de 1954), según lo da por sentado el Tribunal con base en el material probatorio, este es el tiempo total sobre el cual debe computarse el auxilio de cesantía. Y si en lo tocante a remuneración solo obra la prueba de que lo recibido globalmente en los últimos nueve meses de trabajo alcanzó a la suma de $ 6.496.00, no resulta desacertado el que se haya tomado el promedio mensual de $ 721.77 para liquidar el referido auxilio".

"La frase explicativa encerrada dentro del paréntesis plantea un dilema inexorable: o el tiempo de servicio a que allí se alude fue efectivamente de diez y seis meses, y entonces no puede ser el transcurrido entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954, porque entre estas dos fechas solo median nueve (9) meses, si es que nos sometemos al calendario gregoriano, o fue efectivamente entre las dos fechas mencionadas, y entonces no se puede hablar de diez y seis, sino de nueve meses.

"Destaco esta equivocación para demostrar cómo, lamentablemente, en este fallo no estuvo tan acertada como en otras ocasiones la honorable Corte Suprema, ya que incurrió en descuido inexcusable. Porque no se trata de una simple cuestión de fechas cronológicas, sino que

la equivocación de la Corte tuvo incidencia en el cómputo que ella hizo en el mismo fállo para calcular el promedio básico de la cesantía, o sea, que un error de calendario dio lugar a una infracción legal, ya que dio lugar a que para sacar o deducir un promedio aritmético se adoptaran factores distintos a los ordenados por el Código que nos rige.

"Resulta imperioso hacer, pues, la pertinente aclaración.

"*Error aritmético.* En segundo término, planteo a esa Superioridad la necesidad de corregir un error aritmético. En efecto, si un trabajador devenga un salario de $ 721.77 al mes, *pero en ocho meses de cada año* no puede sostenerse, para la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo devengaba *por día* era $ 24.06, porque el año consta de 365 días.

"Resulta fraudulenta la operación hecha sin tener en cuenta que el año consta de doce meses y no de ocho, o, en otros términos, de 365 días y no de 240 ó 245, que es lo que correspondiera a esos ocho meses.

"Si aplicamos estas nociones elementales al caso de autos, encontraremos que, para los fines de la condenación por salarios caídos, se incurre en error aritmético cuando se toma el día a razón de $ 24.06, como lo hicieron el Tribunal y la Corte. Lo correcto sería dividir para tales fines, la suma global de $ 6.496.00, que se acepta como devengada por el demandante en los últimos nueve meses de servicios, no por nueve sino por doce, lo que arroja promedio mensual de $ 441.33 y un promedio diario de $ 14.71, en lugar de $ 24.06.

"Como aquí, repito, ha habido condenación por salarios caídos, aspiro a que al menos la injusticia no resulte agravada por las consecuencias de un cómputo aritmético notoriamente equivocado. Y como el error aritmético es enmendable en cualquier tiempo, al tenor del artículo 483 del Código Judicial, ruego en nombre de mi mandante a la honorable Sala, proceder a dicha aclaración".

Se considera:

Auxilio de cesantía. El fallador de segunda instancia anota en relación con este punto: "...se encuentra que el trabajador demandante desempeñó su cargo en un lapso total de 16 meses así: de agosto de 1952 a febrero de 1953 inclusive, y de agosto de 1953 a abril de 1954, inclusive".

"En cuanto al salario que devengara, folios 90 y 91 del cuaderno principal, aparece la liquidación de costos del tabaco producido en la agencia a cargo de Leopoldo Ricardo durante la cosecha de 1953-54 en que se encuentra la cuantía de las comisiones correspondientes al demandante, las que ascienden a la suma de seis mil cuatrocientos noventa y seis pesos ($ 6.496.00) moneda legal. En el Despacho diligenciado por el señor Juez Segundo del Trabajo de esta ciudad, cumpliendo una comisión del Juez de la causa, el señor Vicente Gallo reconoció la autenticidad de este documento al contestar: 'La firma que aparece puesta por mí en cada uno de los documentos que he examinado es la que yo uso en todos mis actos públicos y privados y el contenido de todos los documentos puesto a mi orden es exacto y la firma es puesta de mi puño y letra, a excepción de la carta de 14 de septiembre de 1953 la cual firma Vicente Gallo Jr., y la carta de febrero 5 de 1954 que igualmente firmó Vicente Gallo Jr., pero cuyo contenido es exacto'.

"Por tanto, si durante la cosecha de 1º de agosto de 1953 a 30 de abril de 1954, o sea, 9 meses de trabajo, el actor recibió como remuneración una suma total de $ 6.496.00, proporcionalmente, la remuneración de un mes será la de $ 6.496.00/9 = $ 721.77".

Refiriéndose a las consideraciones y conclusiones transcritas, esta Sala, en su sentencia, dijo:

"...en tratándose de las labores llamadas de temporada o estacionales, como en el caso de autos, y siempre que sean objeto de una misma relación jurídica, *deberán sumarse los respectivos períodos o fracciones* para saber el tiempo total de actividad efectiva. Por tanto, si el demandante prestó sus servicios al demandado dentro de un solo contrato, *durante 16 meses* (del 1º de agosto de 1953 al 30 de abril de 1954), según lo da por sentado el Tribunal con base en el material probatorio, éste es el tiempo total sobre el cual debe computarse el auxilio de cesantía. Y si en lo tocante a remuneración solo obra la prueba de que la que recibió globalmente en los *últimos 9 meses* de trabajo alcanzó a la suma de $ 6.496.00, no resulta desacertado el que se haya tomado el promedio mensual de $ 721.77 para liquidar el referido auxilio". (Subraya la Sala).

La alusión a "los respectivos períodos o fracciones" y la mención de "el tiempo total" de "16 meses" que "da por sentado el Tribunal con base en el material probatorio", persuaden a cualquier lector desprevenido de que la sentencia de casación se remitió inequívocamente a los

dos lapsos que señala dicho Tribunal: "de agosto de 1952 a febrero de 1953 inclusive, y de agosto de 1953 a abril de 1954 inclusive".

Si por una simple inadvertencia se omitió dentro del paréntesis una parte de la frase explicativa, la correspondiente al primero de los citados períodos, ello en manera alguna oscurece el concepto expresado por esta Sala.

Calificar tal inadvertencia de "descuido inexcusable" como lo hace el libelista, implica, por decir lo menos, exageración y destemplanza.

Salarios caídos. La Sala estudió cuidadosamente, como era su deber, la demanda de casación presentada en este asunto, y no encontró en esa erudita pieza ningún cargo dirigido a demostrar la interpretación errónea en que hubiese incurrido el Tribunal al no haber intuído y aplicado, en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la novedosa tesis del memorialista, según la cual la indemnización moratoria debe ser proporcional al tiempo en que se haya prestado el servicio y no de "un día de salario por cada día de retardo", cualquiera que sea la desigualdad entre lo que devengó el trabajador y el eventual monto de la sanción, como lo entendió el sentenciador de segunda instancia.

Desde luego, no es procedente introducir enmiendas a una demanda de casación después de fallado el recurso, así se le asigne ilimitada amplitud al artículo 482 del Código Judicial, que regula la aclaración de la sentencia en la cual aparezcan "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda".

Error aritmético. Es obvio que para que un error aritmético sea susceptible de corrección, tiene que haberse cometido por el mismo Juez o Tribunal que haya pronunciado la sentencia en que se configura el error.

Y ocurre que esta Sala no obró como Tribunal de instancia en lo atinente a indemnización moratoria.

Con todo, quizá no sobre observar que si el fallador de segunda instancia halló demostrado que el último período de servicio del demandante fue de 9 meses y que en ese tiempo recibió un salario global de $ 6.496.00, hubiera sido arbitrario dividir tal suma por los doce meses del almanaque gregoriano, por cuya estricta observancia en el campo jurídico vela el ilustrado memorialista.

En consecuencia, NO SE ACCEDE a la solicitud de aclaración de que se ha hecho mérito.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

USO Y ABUSO DE LA CLAUSULA DE RESERVA

Requisitos de orden externo y de orden interno que limitan la facultad derivada de la cláusula de reserva. Examen de esta facultad en función del principio de la autonomía de la voluntad. Consecuencias del uso indebido de la cláusula de reserva. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige.

El fallador de segunda instancia considera que el preaviso de retiro durante la incapacidad del trabajador, proveniente de una enfermedad no profesional, tiene "operancia válida... porque la terminación del contrato de trabajo en virtud de la cláusula de retracto, estando ella debidamente pactada entre las partes, no incide en manera alguna en las resultas o consecuencias de la incapacidad que sufra el trabajador para lo cual deberá aplicar los textos legales que le impongan al patrono las obligaciones correspondientes. Si, en el caso de autos, el contrato de trabajo terminó en virtud de la cláusula de reserva el día 15 de marzo de 1956, y la incapacidad del trabajador se extendió según certificado médico hasta el día 10 del mes de abril del mismo año, no quiere ello significar un mal uso de la facultad de la reserva, sino simplemente que la empresa quedó obligada a la atención médica, etc., y salarios durante la incapacidad hasta que ésta fuera levantada por el médico de la empresa. Por otra parte, del expediente se deduce que la empresa cumplió con los otros requisitos para la viabilidad de la cláusula de reserva, como son el pago previo y oportuno de todos los salarios, deudas, prestaciones e indemnizaciones correspondientes al trabajador".

Esta Sala de la Corte no comparte la tesis del Tribunal, que acaba de transcribirse. Porque si bien es cierto que la cláusula de reserva, pactada en el contrato escrito, tiene plena validez, ya que la Ley la autoriza de modo expreso, no por ello ha de admitirse que la respectiva facultad contractual pueda ejercerse sin límite alguno ni desligarse del elemento jurídico-personal, inherente al contrato de trabajo, que impone un ineludible deber de protección en favor de la parte económicamente débil, con miras al equilibrio social, que es una de las finalidades primordiales del Código Sustantivo del Trabajo, al tenor de su artículo 1º.

Dicho en otros términos, la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo con invocación de la cláusula de reserva, tiene que sujetarse no solo a los requisitos de forma o externos, sino que también debe atender a las circunstancias especiales en que se halla la parte desahuciada en el momento de ejercer esa facultad, a fin de evitarle perjuicios por su uso indebido.

Sobre el particular, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ya había sentado jurisprudencia que viene al caso. En efecto, en fallo de 12 de mayo de 1955 (Ricardo Salazar Santamaría contra el Banco Comercial Antioqueño), se expresó así:

"Pero se dice que el uso de la cláusula de reserva en la forma como la institución se encuentra consagrada en las leyes vigentes para el tiempo del ejercicio del contrato y aún ahora, es un arbitrio dispensado legalmente sin otros requisitos que los de orden externo preceptuados normativamente. Es decir, el preaviso oportuno dado a la otra parte con antelación de uno de los períodos que regulan el pago del salario o el pago de su equivalente en dinero, previa la satisfacción de todas las prestaciones debidas al trabajador.

"Aun cuando respetable por su origen, es curiosa, por decir lo menos, esta forma de enfoque del problema con olvido de los requisitos de orden interno motivadores de la institución.

Pues no puede suponerse que la facultad de reservarse el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de orden externo preceptuados normativamente, hubiera obedecido a un intento inmotivado y caprichoso del legislador o al móvil increíble de burlar la protección que la Constitución Nacional y la legislación del trabajo predican respecto a la actividad laboral, armando a las partes de la relación de un instrumento prepotente capaz de todos los desafueros y derogando de suyo todas las garantías contenidas en la legislación como condición de posibilidad de paz y de armonía entre las clases que se reparten la dirección y la obediencia en la actividad productora de la riqueza nacional.

"...Si el patrono no se ciñe a estas limitaciones de orden externo de carácter objetivo, sencillamente no puede alegar la rescisión del contrato en uso de la cláusula de reserva por haber omitido los límites objetivos de la facultad jurídica, los presupuestos de orden externo indispensables al uso de la cláusula, y el despido es injusto.

"Pero aun conformándose el patrono a los límites objetivos del ejercicio de la cláusula de reserva, a los presupuestos legales de orden externo, puédese abusar de las facultades emergentes de un derecho subjetivo si su ejercicio, desviado de su finalidad, comporta un perjuicio a otro...".

Además, no hay que perder de vista que la cláusula de reserva entraña una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, constituyendo así una excepción al sistema restrictivo de dicha autonomía, característico de la legislación laboral, tanto de la nuestra como de la de muchos países.

Por tanto, frente a una cláusula de esta especie, al juzgador no ha de bastarle indagar si su ejercicio se ciñe a los requisitos de forma, sino que principalmente debe velar por el imperio de los principios de equidad y buena fe que informan el derecho laboral.

Ahora bien: en el caso de autos, para el patrono tenía que ser evidente, conocido el estado de enfermedad en que se hallaba su trabajador, que su despido en ese estado le acarreaba un forzoso desempleo, sin posibilidad inmediata de buscar y hallar otra ocupación, y como esto implica un perjuicio para el trabajador, no hay duda de que aquél incurrió en abuso del derecho. Ese perjuicio es la resultante de un acto patronal imprudente y, además, contrario a la ley, en cuanto ésta prescribe el otorgamiento de determinadas prestaciones como consecuencia del estado de incapacidad para el servicio, las cuales vendrían a resultar interferidas por el despido, todo lo cual da lugar a la obligación de indemnizar, conforme a las pertinentes normas del estatuto laboral y a las del derecho común concordantes y compatibles con ellas.

La conclusión precedente en nada se afecta por el hecho de que la ley colombiana, a diferencia de la de otros países (v. gr. Méjico, España), no erija en causal de suspensión del contrato de trabajo la enfermedad del trabajador, pues lo que importa considerar es la posibilidad de que se ocasionen perjuicios.

Siendo fundado el cargo por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 y consiguiente falta de aplicación de los artículos 1º, 19, 55 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1604 y 2341 del Código Civil, habrá de casarse la sentencia acusada como en efecto se hace.

Para decidir en instancia, además de las consideraciones expuestas, se tienen en cuenta las siguientes: Está demostrado que la sociedad demandada despidió a su trabajador mientras éste se encontraba incapacitado para trabajar a consecuencia de enfermedad no profesional (fractura en el tobillo del pie derecho), invocando la cláusula de reserva y al propio tiempo la supresión del cargo que él desempeñaba.

La cláusula de reserva se ejerció de modo indebido, como ya se dijo. Y en cuanto al motivo que adujo la empresa, en inexplicable simultaneidad con dicha cláusula, tampoco abona su conducta, pues la supresión del cargo durante la incapacidad del trabajador, no constituye una aplicación regular de dicha cláusula.

Cuando se hace uso indebido de la cláusula de reserva, se incurre en violación de una norma contractual, por lo cual las consecuencias del despido caen dentro del ámbito del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo de fecha 12 de mayo de 1955 este punto fue decidido así:

"...el uso indebido de la cláusula no excusa al patrono de cubrir al trabajador los salarios del término presuntivo, en concurrencia con el resarcimiento de todos los perjuicios que le hubiese causado y que aparezcan demostrados en el juicio".

Esta misma doctrina se había sostenido en sentencia de 24 de marzo de 1952, en la que se dijo: "La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que de-

je de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige".

En consecuencia se condenará al demandado a pagarle al actor el valor correspondiente al tiempo faltante para completar el plazo presuntivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Eusebio Villa Olivares, por conducto de apoderado, demandó a "Compañías Unidas de Combustibles Limitada (Cudecom)", con domicilio en Barranquilla, para que fuera condenada a pagarle, a título de indemnización, la suma de $ 5.298.20, correspondiente a los sueldos dejados de devengar durante el tiempo comprendido entre el 15 de marzo de 1956 y el 9 de septiembre del mismo año.

Relata el libelo que Villa Olivares trabajó al servicio de la sociedad demandada desde el 10 de marzo de 1952 hasta el 15 de marzo de 1956; que por haber sufrido una fractura en el tobillo del pie derecho, estuvo incapacitado para trabajar durante el lapso comprendido entre el 25 de diciembre de 1955 y el 10 de abril de 1956; que no obstante dicha incapacidad, la sociedad notificó al actor, el 30 de enero de este último año, su decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo, contando, a partir de esa fecha, el pre-aviso legal de 45 días; que finalizado ese plazo le fueron liquidadas y pagadas las prestaciones sociales; que mediante tal despido ilegal, la demandada le ocasionó un perjuicio económico y que el sueldo que devengó últimamente fue de $ 908.24 mensuales.

Fundó su derecho en los artículos 1º del Decreto 616 de 1954, 45, 47, 49, 57, ordinal 7º, 66 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo.

En la contestación de la demanda se dice que el despido del trabajador, efectuado el 15 de marzo de 1956, una vez que transcurrió el preaviso de 45 días y previa la cancelación de las prestaciones sociales, fue legal, puesto que en el contrato de trabajo se pactó la cláusula de reserva, que faculta a las partes para darlo por terminado en cualquier tiempo, con sujeción a determinados requisitos que la empresa observó estrictamente. En consecuencia, la parte demandada se opuso a las peticiones del actor, negó los fundamentos de derecho alegados por éste y propuso la excepción perentoria de inexistencia de la obligación.

El juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Barranquilla, absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos de la demanda.

Apelada la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, éste la confirmó en todas sus partes, con costas a cargo del apelante.

Contra el fallo de segunda instancia, la parte demandante interpuso el recurso de casación, que va a decidirse, previo el estudio de la respectiva demanda y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se pide que la Corte infirme la sentencia de segunda instancia, revoque la de primera y, en su lugar, condene al tenor de la súplica de la demanda inicial del pleito, con costas en ambas instancias a cargo de la sociedad demandada.

LA ACUSACION

Apoyándose en el numeral 1º del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula el recurrente un solo cargo dividido en seis partes.

La esencia de la acusación radica en el uso indebido de la cláusula de reserva por parte de la empresa. Al efecto, sostiene el recurrente que la sentencia acusada viola, de modo directo o por errónea interpretación, el artículo 1º del Decreto 616 de 1954 y el 61, aparte g), del Código del Trabajo; que estas normas no pueden interpretarse aisladamente, sino tomando en cuenta la concreta situación litigiosa y armonizándolas con los artículos 1º, 18, 14, 19 y 21 ibídem, los cuales resultan también quebrantados por falta de aplicación; que por el mismo concepto infringe los artículos 55 y 64 del mencionado estatuto y los artículos 1604 y 2341 del Código Civil.

Afirma que la rescisión unilateral, prevista en el artículo 1º del Decreto 616 de 1954, se refiere al contrato en ejecución, al que se encuentre en desarrollo normal, esto es a aquél en que el trabajador está prestando el servicio y el patrono pagando por ese servicio la remuneración pactada; que si la relación de trabajo se halla detenida en su cumplimiento, el uso de la cláusula de reserva resulta contrario al sentido na-

tural y obvio del ordenamiento legal que la instituye; que en el caso de autos, desde antes del pre-aviso y con posterioridad a la fecha de su expiración, el demandante se encontraba enfermo y por tal motivo incapacitado para trabajar y de consiguiente para buscar otra ocupación: y que si bien es cierto que la ley no menciona como causal de suspensión del contrato la enfermedad común del trabajador, la realidad era que el demandante no estaba prestando servicio alguno, porque la enfermedad se lo impedía; "Si el término suspensión, en el caso de que trata —anota el recurrente— no es legalmente adecuado, se le puede sustituír por el de interrupción y se llegará a la misma situación que registra la realidad: un contrato de trabajo en que una de las partes, por imposibilidad física, no está cumpliendo con su principal obligación, o sea, la prestación personal del servicio a que se obligó".

Dice que el Tribunal hace una interpretación textualista, cerrada, de las normas legales citadas, limitándose a efectuar una comparación mecánica entre lo que prescribe el artículo 1º del Decreto 616 y la situación de hecho existente entre las partes, para concluír de allí que el caso específico encaja dentro del precepto objetivo o hipótesis legal, sin consultar otras normas de la ley laboral, el espíritu general que las informa, los mandatos de la equidad, los preceptos de aplicación supletoria y las circunstancias especiales del caso debatido, y que, en síntesis, desatendió la interpretación científica que hoy impera en la doctrina y en la jurisprudencia de casi todos los países, inspiradas en la relatividad de los derechos y su destinación social.

"Coordinación económica y equilibrio social —añade el recurrente— es la finalidad primordial del Código del Trabajo, a términos de lo estatuído en su artículo 1º, y a ese criterio debe ajustarse la interpretación que se haga de sus textos, según mandato de su artículo 18. El artículo 14 declara que sus disposiciones son de orden público e irrenunciables los derechos y prerrogativas concedidos al trabajador; el 19 manda aplicar, en ausencia de norma laboral la que regule materias semejantes, o los principios que se deriven del estatuto, y, entre otras fuentes, los preceptos del derecho común que armonicen con los del trabajo, dentro de un espíritu de equidad; y el 21, en caso de duda o de conflicto, dispone la aplicación de la norma más favorable al trabajador".

Observa que tampoco tuvo en cuenta el fallador el principio según el cual el contrato de trabajo se debe ejecutar de buena fe (artículo 55 C. del T.), pues nadie sería osado a pensar que el patrono que despide al trabajador enfermo obra de buena fe, sino al contrario, de mala fe, y por tanto, incurre en culpa y se hace responsable del daño causado por ella.

Advierte que este principio, aunque establecido por el artículo 2341 del Código Civil, que pertenece al tratado de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, abarca también la responsabilidad contractual, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte.

Reconoce que el patrono hizo uso de un derecho consagrado en el artículo 1º del Decreto 616, pero se pregunta: "¿Puede incurrir en culpa quien ejercita un derecho que la ley le otorga?".

En torno a esta cuestión formula las siguientes consideraciones:

"Sí, es la respuesta. Y es afirmativa porque del propio derecho hay que usar con prudencia. En el caso que se debate fue utilizado por el patrono con notoria desviación de su finalidad social. En otras palabras: hizo uso indebido de su derecho, sin motivo justificado, con excesiva imprudencia. No sería exagerado decir que lo ejercitó con malicia y dañosa intención, pues sabía de sobra cuál era la situación de su trabajador, de aflicción y de pena, reducido a caminar con muletas, como se lo prescribió el médico de la empresa, según reza el certificado que obra a folio 28 del cuaderno principal.

"Como lo sostiene con todo acierto Josserand al estudiar la resiliación del contrato de trabajo de duración indeterminada en la legislación francesa, una cosa es el acto ilegal (violación del preaviso) y otra el acto abusivo: desviación del derecho de su destino.

"En Francia el contrato de trabajo de duración indeterminada puede terminarse unilateralmente por cualquiera de las partes y está previsto en su ordenamiento jurídico la indemnización de perjuicios en el caso de que el patrón despida al trabajador sin motivo justificado. Ocurre lo propio en otras legislaciones foráneas. Pero en ausencia de igual precepto en nuestra ley, no ha de concluírse que no proceda entre nosotros la misma sanción. Si la norma especial no existe, en cambio, todo el derecho común y el espíritu general de la ley del trabajo, imponen dicha solución.

"Bien conocida es la teoría del abuso del derecho. El propio Tribunal Supremo (hoy Sala Laboral de la Corte), admite que esta figura pueda darse en los negocios del trabajo. Ha dicho al efecto lo que paso a transcribir:

" 'Contra la cláusula de reserva sólo es dable invocar por la parte desahuciada el imperativo de normas de superior jerarquía, tales como el abuso del derecho, el uso de la cláusula con propósitos de fraude, de otras normas o de la moral implícita en el ordenamiento jurídico general o especial'. (Sent. Marzo 15, 1955. D. del T. Vol. XXX, Nros. 124, 125).

" 'Josserand, que tiene el mérito de haber sistematizado la teoría, dice que para comprenderla mejor debe tenerse en cuenta la doble acepción del derecho: la de juridicidad, o sea, la de conjunto de reglas sociales, y la de prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares.

" 'Colocándose uno en el criterio de ese ángulo —escribe la Corte, desarrollando el pensamiento del citado autor— es como se ve por qué un mismo acto puede aparecer conforme a un determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad. El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho objetivo, cuyos límites han sido respetados, es sin embargo considerado como cuerpo de reglas sociales obligatorias. Puede uno muy bien tener para sí un derecho determinado y no obstante tener contra sí el derecho entero. El artículo 2341 del Código Civil no distingue si el hecho allí previsto ha sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho'. (Casación, agosto 5, 1937, XLV, 420).

"Por tanto, violó el Tribunal, por falta de aplicación al caso del pleito, el artículo 2341 citado en relación con el 64 del Código del Trabajo y las demás normas legales mencionadas en los apartes anteriores del cargo".

Y más adelante, refiriéndose a los perjuicios debidos, dice:

"Si el despido, en uso de la cláusula de reserva, fue un acto abusivo de la sociedad demandada, la consecuencia lógica ha debido ser la de considerar sin valor ese despido y dejar sujeto el contrato al plazo indeterminado, extremo en el cual su ruptura injustificada da lugar a la condena al pago de los salarios reclamados por el actor".

El opositor critica la demanda de casación por el aspecto técnico en cuanto acusa simultáneamente por violación directa de la ley e interpretación errónea de la misma; estima equivocada la tesis de que la interrupción del contrato es equivalente a la suspensión, porque sus efectos son distintos; dice que en la legislación colombiana no se contempla como causa de suspensión la enfermedad no profesional del trabajador, la que en cambio sí es motivo para la terminación del contrato, con previo aviso, cuando incapacita al trabajador por seis (6) meses, como lo prevé el numeral 5º del artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, circunstancia ésta indicativa de que sí es posible dar el preaviso cuando el trabajador no está prestando el servicio, ni el patrono está pagando la remuneración; que la cláusula de reserva no tiene el objeto previsto en otras legislaciones, en donde el patrono está obligado a permitir que el trabajador disponga de un término dentro de su jornada ordinaria para buscar nueva colocación; que el despido es un derecho inherente a todo contrato de trabajo que se celebre por tiempo indeterminado, y que habiéndose pactado la cláusula de reserva, en su ejercicio no hubo abuso del derecho ni fraude a la ley, tanto menos cuanto que el patrono, cuando dio el pre-aviso a su trabajador, cumplió con todos los presupuestos exigidos por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954; que, por tanto, no hay lugar a indemnización de perjuicios; que no es exacta la afirmación de que quien no procede de buena fe sino de mala fe, incurre en culpa, pues son dos fenómenos distintos que comportan elementos diferentes; que no estando probada la culpa, ni presumiéndose ésta, aun alegando que la mala fe la hace presumir, no puede existir violación del artículo 1604, inciso 3º, del Código Civil ni del 61 del mismo Código; que el artículo 2341 de éste no tiene aplicación sino cuando se trata de responsabilidad extra-contractual directa; que un contrato escrito de plazo indeterminado pero sujeto a la posibilidad de que se dé por terminado mediante el pre-aviso, no puede transformarse en uno de plazo presuntivo, aun en el supuesto de que se haga uso indebido de la cláusula de reserva o no se use de ella. Concluye que el fallo del Tribunal Seccional de Barranquilla se ajusta a la ley, a los principios generales del derecho y a la equidad, y que por consiguiente no debe casarse.

Se estudia la acusación.

El fallador de segunda instancia considera que el pre-aviso de retiro durante la incapacidad del trabajador, proveniente de una enfermedad no profesional, tiene "operancia válida... porque la terminación del contrato de trabajo en virtud de la cláusula de retracto, estando ella debidamente pactada entre las partes, no incide

en manera alguna en las resultas o consecuencias de la incapacidad que sufra el trabajador para lo cual deberá aplicar los textos legales que le impongan al patrono las obligaciones correspondientes. Si el contrato de trabajo terminó en virtud de la cláusula de reserva el día 15 de marzo de 1956, y la incapacidad del trabajador se extendió según certificado médico hasta el día 10 del mes de abril del mismo año, no quiere ello significar un mal uso de la facultad de la reserva, sino simplemente que la empresa quedó obligada a la atención médica, etc., y salarios durante la incapacidad hasta que ésta fuera levantada por el médico de la empresa. Por otra parte, del expediente se deduce que la empresa cumplió con los otros requisitos para la viabilidad de la cláusula de reserva, como son el pago previo y oportuno de todos los salarios, deudas, prestaciones, e indemnizaciones correspondientes al trabajador".

Esta Sala no comparte la tesis del Tribunal, porque si bien es cierto que la cláusula de reserva, pactada en el contrato escrito, tiene plena validez, ya que la Ley la autoriza de modo expreso, no por ello ha de admitirse que la respectiva facultad contractual pueda ejercerse sin límite alguno ni desligarse del elemento jurídico-personal, inherente al contrato de trabajo, que impone un ineludible deber de protección en favor de la parte económicamente débil, con miras al equilibrio social, que es una de las finalidades primordiales del Código Sustantivo del Trabajo, al tenor de su artículo 1º.

Dicho en otros términos, la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo con invocación de la cláusula de reserva, tiene que sujetarse no solo a los requisitos de forma o externos, sino que también debe atender a las circunstancias especiales en que se halle la parte desahuciada en el momento de ejercer esa facultad, a fin de evitarle perjuicios por su uso indebido.

Sobre el particular, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ya había sentado jurisprudencia que viene al caso. En efecto, en fallo del 12 de mayo de 1955 (Ricardo Salazar Santamaría contra el Banco Comercial Antioqueño), se expresó así: "Pero se dice que el uso de la cláusula de reserva en la forma como la institución se encuentra consagrada en las leyes vigentes para el tiempo del ejercicio del contrato y aún ahora, es un arbitrio dispensado legalmente sin otros requisitos que los de orden externo preceptuados normativamente. Es decir, el pre-aviso oportuno dado a la otra parte con antelación de uno de los períodos que regulan el pago del salario o el pago de su equivalente en dinero, previa la satisfacción de todas las prestaciones debidas al trabajador.

"Aun cuando respetable por su origen, es curiosa, por decir lo menos, esta forma de enfoque del problema con olvido de los requisitos de orden interno motivadores de la institución. Pues no puede suponerse que la facultad de reservarse el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de orden externo preceptuados normativamente, hubiera obedecido a un intento inmotivado y caprichoso del legislador o al móvil increíble de burlar la protección que la Constitución Nacional y la legislación del trabajo predican respecto a la actividad laboral, armando a las partes de la relación de un instrumento prepotente capaz de todos los desafueros y derogando de suyo todas las garantías contenidas en la legislación como condición de posibilidad de paz y de armonía entre las clases que se reparten la dirección y la obediencia en la actividad productora de la riqueza nacional".

"...Si el patrono no se ciñe a estas limitaciones de orden externo de carácter objetivo, sencillamente no puede alegar la rescisión del contrato en uso de la cláusula de reserva por haber omitido los límites objetivos de la facultad jurídica, los presupuestos de orden externo indispensables al uso de la cláusula, y el despido es injusto.

"Pero aun conformándose el patrono a los límites objetivos del ejercicio de la cláusula de reserva, a los presupuestos legales de orden externo, puédese abusar de las facultades emergentes de un derecho subjetivo si su ejercicio, desviado de su finalidad, *comporta* un perjuicio a otro...".

Además, no hay que perder de vista que la cláusula de reserva entraña una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, constituyendo así una excepción al sistema restrictivo de dicha autonomía, característico de la legislación laboral, tanto de la nuestra como de la de muchos otros países.

Por tanto, frente a una cláusula de esta especie, al juzgador no ha de bastarle indagar si su ejercicio se ciñe a los requisitos de forma, sino que principalmente debe velar por el imperio de los principios de equidad y buena fe que informan el derecho laboral.

Ahora bien, en el caso de autos, para el patrono tenía que ser evidente, conocido el estado de enfermedad en que se hallaba Villa Olivares, que su despido en ese estado le acarreaba un for-

zoso desempleo, sin posibilidad inmediata de buscar y hallar otra ocupación, y como esto implica un perjuicio para el trabajador, no hay duda de que aquél incurrió en abuso del derecho. Ese perjuicio es la resultante de un acto patronal imprudente y, además, contrario a la ley, en cuanto ésta prescribe el otorgamiento de determinadas prestaciones como consecuencia del estado de incapacidad para el servicio, las cuales vendrían a resultar interferidas por el despido, todo lo cual da lugar a la obligación de indemnizar, conforme a las pertinentes normas del estatuto laboral y a las del derecho común concordantes y compatibles con ellas.

La conclusión precedente en nada se afecta por el hecho de que la ley colombiana, a diferencia de la de otros países (v. gr. México, España) no erija en causal de suspensión del contrato de trabajo la enfermedad del trabajador, pues lo que importa considerar es la posibilidad de que se ocasionen perjuicios.

Siendo fundado el cargo por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 y consiguiente falta de aplicación de los artículos 1º, 19, 55 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1604 y 2341 del Código Civil, habrá de casarse la sentencia acusada, como en efecto se hace.

Para decidir en instancia, además de las consideraciones expuestas en el estudio de la acusación, se tienen en cuenta las siguientes:

Está demostrado que la sociedad demandada despidió a su trabajador Eusebio Villa Olivares, mientras éste se encontraba incapacitado para trabajar a consecuencia de enfermedad no profesional, invocando la cláusula de reserva y al propio tiempo la supresión del cargo que él desempeñaba. (fl. 3 y 28).

La cláusula de reserva se ejerció de modo indebido, como ya se dijo. Y en cuanto al motivo que adujo la empresa, en inexplicable simultaneidad con dicha cláusula, tampoco abona su conducta, pues la supresión del cargo durante la incapacidad del trabajador, no constituye una aplicación regular de dicha cláusula.

Cuando se hace uso indebido de la cláusula de reserva, se incurre en violación de una norma contractual, por lo cual las consecuencias del despido caen dentro del ámbito del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo de fecha 12 de mayo de 1955 este punto fue decidido así:

"...el uso indebido de la cláusula no lo excusa (al patrono) de cubrir al trabajador los salarios del término presuntivo, en concurrencia con el resarcimiento de todos los perjuicios que le hubiere causado y que aparezcan demostrados en el juicio".

Esta misma doctrina, se había sostenido en sentencia del 24 de marzo de 1952, en la que se dijo:

"La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que deje de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige".

El sueldo que devengó el actor fue últimamente de $ 908.24 mensuales y como inició sus servicios el 10 de marzo de 1952, al ser despedido el 15 de marzo de 1956, le faltaban para completar un plazo presuntivo, 5 meses y 24 días, lo que da un total de $ 5.298.20 (Ver certificado 2 Cdno. Nº 1 y respuesta al hecho 3º de la demanda, fol. 16 ibídem). Pero como existe constancia de que el trabajador recibió $ 355.52 como auxilio por enfermedad (F. 30) con posterioridad al despido, dicha cantidad deberá deducirse, quedando el monto definitivo de la condena en $ 4.942.68.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en el juicio de Eusebio Villa Olivares contra la sociedad denominada "Compañías Unidas de Combustibles (Cudecom)", con domicilio en Barranquilla, y en su lugar, revocando la de primer grado, CONDENA a dicha sociedad a pagar al actor la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y dos pesos con sesenta y ocho centavos ($ 4.942.68) moneda corriente.

Las costas de la segunda instancia a cargo de la sociedad demandada.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A.; Diógenes Sepúlveda Mejía, Conjuez; *José Gregorio Díaz-Granados,* Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CORREDURIA Y MANDATO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. El corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario. Diferencias entre la correduría y el mandato. — 2. Importancia decisiva en casación de que el recurrente no omita la cita de las disposiciones legales infringidas.

1. Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del mandato comercial, incluye la correduría como una especie de éste, según lo preceptúa el numeral 3º del artículo 332, es lo cierto que el corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios, está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes. En cambio, en el mandato civil como en el comercial, el mandatario se encarga de gestionar por cuenta y riesgo del comitente, uno o más negocios que éste le confía, para lo cual debe ejecutar determinados actos jurídicos que constituyen el objeto propio del mandato.

2. Si, como se deja visto, la relación jurídica que pudo existir entre las partes contendientes en este juicio, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, es claro que los derechos y obligaciones discutidos sólo podían ser regulados por las normas de naturaleza mercantil, contenidas en el Código de la materia, que reglamenta toda operación de corretaje, y no por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas en su demanda de casación. Tan sustancial omisión por parte del impugnador, hace inestimables las acusaciones formuladas contra la sentencia del Tribunal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes).

José Luis Zapata y Julio Cardona, por medio de apoderado, establecieron demanda contra Jorge De Bedout y Emilia Tamayo de Bedout, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se les condenase solidariamente a pagarles la suma de $ 4.000.00, o cuanto se demuestre, por concepto de comisión en la venta de un inmueble; los intereses legales de esa suma, desde que se hizo exigible la obligación y hasta el día del pago y, por las costas del juicio. Subsidiariamente, pidieron se hicieran las condenas separadamente contra cada uno de los demandados, para el caso de no demostrar la solidaridad invocada en la petición principal.

Los hechos de la demanda, aparecen debidamente sintentizados por el Tribunal, así: "Los demandantes plantean su caso diciendo que los demandados vendieron al señor Fernando Posada un inmueble situado en Medellín por la suma de $ 200.000.00, según consta en escritura pública, y que ellos intervinieron como comisionistas llevando propuestas y contrapropuestas hasta cristalizar el negocio, por lo cual son acreedores a la comisión de $ 4.000.00 pues la costumbre comercial en esta plaza es la de fijar en un dos por ciento el importe de los honorarios, según está dicho por la Cámara de Comercio".

Como fundamento de derecho invocó los Decretos 456 y 931 de 1956; los artículos 1494, 1495, 1502, 1505, 1524, 1602, 1603, 1617, 2142 a 2199 y demás pertinentes del Código Civil y los artículos 333 y ss. del Código de Comercio. En cuanto al procedimiento, el Decreto 2158 de 1948.

Los demandados respondieron separadamente la demanda; se opusieron a que se hicieran las condenas solicitadas y negaron todos los hechos. Propusieron, además, las siguientes excepciones: "a). Indebida acumulación de acciones; b) Ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva de los demandantes; c) Ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva de los demandados; d) Ineptitud sustantiva de la demanda; e) Carencia de acción en los demandantes; f) Prescripción". El demandado Jorge De Bedout propuso, también, la excepción de Cosa Juzgada, y como razones para fundamentar su oposición manifestó: Que no conoce al demandante José Luis Zapata, ni ha tenido negocios de ninguna especie con él, ni ha conversado con el mismo, en relación con la venta del inmueble a que se refiere la demanda. Que respecto a Julio Cardona, éste se presentó una vez a su oficina, como un comisionado de don Fernando Posada, para preguntarle si vendía dicho inmueble y cuál era su precio. Que en ningún momento, ni tácita ni expresamente, le confirió a Cardona el encargo o comisión de venderlo. Que el negocio de venta lo celebró personalmente con el señor Posada y su señora, en su propia oficina y 8 meses después del día en que Cardona se presentó a inquirir si lo vendía y cuál sería su precio.

El Juez Tercero del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimiento, desató la litis por sentencia de fecha 26 de septiembre de 1957, por la cual absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en el libelo inicial.

El apoderado de la parte vencida interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia, que resolvió el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por sentencia de 7 de noviembre de 1957, confirmatoria, en todas sus partes, del fallo apelado.

El mismo apoderado de los demandantes interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que le fue concedido. Admitido y tramitado legalmente, la Corte va a decidirlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación. Aspira el recurrente a que la Corte case totalmente la sentencia acusada, para que, convertida en Tribunal de Instancia, revoque la del *a quo* y decida favorablemente las súplicas contenidas en la demanda inicial.

Al efecto, con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula dos cargos, que la Sala estudiará conjuntamente, en consideración a que en ambos se invoca un mismo concepto de infracción de la ley —violación indirecta a través de errores de hecho en la estimación probatoria— y se señalan como infringidas unas mismas normas, existiendo, además, una estrecha relación entre ellos.

Primer Cargo

Acusa la sentencia de violar la ley en forma indirecta, por haber dejado de aplicar, cuando era el caso de hacerlo y a causa de errores de hecho, los artículos 604, 606, 696 y 697 del Código Judicial, y el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral y consecuencialmente los artículos 1494, 1495, 1502, 1505, 1524, 1602, 1603, 1617, 2142, 2143, 2149, 2150, 2152 y 2184 ordinal tercero, del Código Civil.

Que las normas sustantivas civiles que cita no fueron aplicadas por el *ad quem* al caso de autos, por la errónea apreciación de pruebas, que lo llevó a la conclusión de que ninguno de los demandados comisionaron a los demandantes para la venta del inmueble. Cita y analiza el contenido de los artículos 2142, 2143, 2149, 2148 del Código Civil y apartes de una jurisprudencia de la Corte del año de 1945.

Agrega que la aquiescencia tácita de Jorge De Bedout, en su propio nombre y en representación de Emilia Tamayo de Bedout, en la gestión o encargo que ejecutaron los demandantes, resalta en los autos con la prueba de confesión y con la testimonial, ya que a los actores se les entregó una "carta opción" del doctor Eliseo Velásquez, se les dió el precio del inmueble y las condiciones de pago, mostraron la casa, llevaron y trajeron propuestas y contrapropuestas, pero que el error en que incurrió el Tribunal, no le dejó ver las pruebas que militan en los autos, demostrativas del contrato de mandato entre demandantes y demandados. Dice que ese error consistió en no aceptar el *ad quem* que los demandantes obraron como mandatarios y comisionistas de los demandados en la venta del tantas veces citado inmueble, por lo que se les negó el pago de la remuneración o comisión correspondiente.

Como pruebas equivocadamente apreciadas señala: a) La contestación que a la demanda dio el señor De Bedout (fs. 10 y 11 del expediente) y la respuesta que el mismo había dado al libelo del primer juicio que cursó ante el Juzgado

Primero del Trabajo de Medellín (fls. 19 vlto. y ss.). Dice que tanto en una como en otra de las anteriores piezas, el demandado Jorge De Bedout acepta que Cardona se presentó en su oficina para inquirirle sobre la venta del inmueble, y que aquél le manifestó que efectivamente tenía para vender la citada propiedad, le fijó el precio y condiciones de pago y le entregó además una carta-oferta del doctor Eliseo Velásquez en la cual hacía una propuesta sobre compra del inmueble, pero que, no obstante lo anterior, el Tribunal afirma en la sentencia impugnada que los demandados niegan en forma rotunda los hechos de la demanda, sin tener en cuenta las confesiones citadas.

b) El testimonio rendido por Fernando Posada en el primer juicio seguido por los actores contra Jorge De Bedout, a que se ha hecho referencia (fls. 21 y ss.) y que fue ratificado en el presente (fls. 68 y ss.). Cita algunos apartes de ese testimonio en el que se narra la intervención de los actores en la venta del inmueble.

c) La declaración de Guillermo Restrepo Escobar y su ratificación de folios 23, 23 vuelto, 45 vuelto y ss. Agrega el recurrente, que el Tribunal solo acepta de los testimonios citados, aquellos apartes que favorecen a los demandados, siendo que por los mismos aparecen claramente demostrados los extremos del contrato de mandato, que ligó a los actores como comisionistas para la venta del inmueble de los demandados, ya que fueron Cardona y Zapata quienes intervinieron, desde la presentación de los contratantes hasta la cristalización del negocio.

d) Las posiciones rendidas por Jorge De Bedout (fls. 15 a 18 y 45 y ss.).

e) Las confesiones de José Luis Zapata y Julio Cardona, que resultan de las posiciones absueltas por ellos (fls. 33 y ss.), que el Tribunal interpretó en forma contraria a lo afirmado por los absolventes.

El *ad quem* en su fallo, dice el recurrente, expresa que los demandantes reconocen que el señor Posada les encargó conseguirle una casa y que de éste partió la iniciativa, pero esto no tiene importancia, pues obvio que en comercio de inmuebles existan el comprador y el vendedor como factor esencial que permite la transacción. Además, una vez que el señor Posada les encargó la búsqueda de una casa, el señor De Bedout les ofreció en venta la residencia ya mencionada y los autorizó para que propusieran la negociación en la forma ya detallada. Agrega que fue el mismo Tribunal, quien en la sentencia, reconoció que la gestión de los actores fue útil para los demandados. Para finalizar este cargo, afirma que el error de hecho con relación a las pruebas que se apreciaron equivocadamente, es manifiesto e incide en el fallo, pues no de otra manera se explica la absolución de los demandados.

Segundo cargo

Dice el impugnador que la sentencia violó en forma indirecta, por error de hecho proveniente de la no apreciación de varias pruebas, los artículos 604, 606, 696 y 697 del Código Judicial, y los artículos 1494, 1495, 1502, 1505, 1524, 1602, 1603, 1617, 2142, 2143, 2149, 2150, 2152 y ordinal 3º del artículo 2184 del Código Civil.

Como en el caso anterior, el recurrente afirma que el Tribunal negó el carácter de comisionistas de los actores en el negocio de venta de la casa de propiedad de Jorge De Bedout y de Emilia Tamayo de De Bedout al señor Fernando Posada, lo que en su concepto constituye error de hecho manifiesto, al que llegó el sentenciador por la no apreciación de las siguientes pruebas:

a) Declaración de Elisa Palacio de Posada (fl. 22 y ss.) y su ratificación de folio 53 y ss. Agrega el recurrente que el Tribunal ignora el anterior testimonio, siendo que el es concreto y de gran importancia, para fundamentar los hechos del litigio.

b) Testimonio de Fernando Posada y su ratificación (fls. 21 y ss. y 68 y ss.).

c) Escritura pública número 600 de 12 de febrero de 1956, otorgada en la Notaría 6ª del Circuito de Medellín, en donde consta la venta del inmueble, hecha por los demandados al señor Fernando Posada, negocio en el cual intervinieron los actores.

d) La escritura pública número 6227 de 18 de diciembre de 1953, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín (fls. 43 y ss.), la cual contiene el poder general que doña Emilia Tamayo de De Bedout le confirió a su esposo Jorge De Bedout, para la venta de la casa a que se refiere el hecho primero de la demanda.

e) Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín que obra a folios 20 vuelto y 52 vuelto, para establecer el valor de la comisión que correspondió a los demandantes.

Dice el impugnador que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta las pruebas anteriormente citadas, en relación con las señaladas en el primer cargo, no habría incurrido en el error de

hecho que determinó la absolución de los demandados.

Se considera:

El punto fundamental de la litis está circunscrito a saber si efectivamente los demandados Jorge De Bedout y Emilia Tamayo de De Bedout, encargaron, o nó, a los demandantes Julio Cardona y José Luis Zapata la intermediación para la venta, al señor Fernando Posada O., de la casa ubicada en Medellín, de que da cuenta la escritura número 600 de 17 de febrero de 1956, pasada en la Notaría 6ª de esa ciudad (folios 2 a 4 del expediente).

La intervención de los demandantes en ese negocio aparece detallada en los hechos de la demanda y principalmente en el punto 4º, en que se expresa lo siguiente: "En el negocio de la venta de la casa relacionada o de que dan cuenta los hechos anteriores, intervinieron los señores Julio Cardona y José Luis Zapata, quienes en su orden conversaron con don Jorge De Bedout y don Fernando Posada O., respectivamente, haciéndoles propuestas y contrapropuestas, ofreciéndoles permutas, y en fin acercándolos y poniéndolos en contacto hasta que se cerró en definitiva el negocio".

Tal actividad que los demandantes se atribuyen como realizadas por ellos y que, según afirman, culminó en la venta de la casa hecha por los esposos De Bedout a don Fernando Posada, sólo revela la ejecución, por su parte, de una serie de actos u operaciones de índole material, encaminadas a acercar a los contratantes, a fin de facilitarles, a éstos, el que por sí mismos perfeccionaran el negocio.

Síguese de lo anterior que, de acuerdo con los fundamentos en que se sustenta la acción incoada, la relación jurídica-contractual que pudo existir entre las partes contendientes, de haberse demostrado tales hechos, sería la de una intermediación para vender, que se comprende dentro de la figura jurídica de la Correduría, conforme a lo preceptuado por el artículo 65 del Código de Comercio que dice: "Son *corredores*, los agentes intermediarios entre el comprador y el vendedor, que, por su especial conocimiento de los mercados, acercan entre sí a los negociantes y les facilitan sus operaciones".

La razón principal que tuvo en cuenta el Tribunal para confirmar la sentencia absolutoria proferida por el *a quo*, fue la de que en el *sub-lite* no aparecía comprobada la existencia de un mandato conferido por los demandados a los demandantes Cardona y Zapata en virtud del cual éstos hubiesen intervenido en el negocio de compra-venta que relaciona la demanda.

Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del Mandato Comercial, incluye la Correduría como una especie de éste, según lo preceptúa el numeral 3º del artículo 332, es lo cierto que el Corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte, en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios, está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes. En cambio, en el mandato civil como en el comercial, el mandatario se encarga de gestionar por cuenta y riesgo del comitente, uno o más negocios que éste le confía, para lo cual debe ejecutar determinados actos jurídicos que constituyen el objeto propio del mandato. De esta suerte, la intervención que los demandantes dicen haber tenido en el negocio celebrado entre los esposos De Bedout y Fernando Posada, relativo a la compraventa de una casa, es la que corresponde a meros agentes o intermediarios entre las partes negociantes, por lo que tales actividades no podían involucrarse o confundirse con las que son propias del mandatario en el mandato civil o en el mandato-comisión.

Si como se deja visto la relación jurídica que pudo existir entre las partes contendientes en este juicio, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, es claro que los derechos y obligaciones discutidos solo podían ser regulados por las normas de naturaleza mercantil, contenidas en el Código de la materia, que reglamenta toda operación de corretaje, y nó por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas, en los cargos que se estudian. Omisión tan sustancial por parte del impugnador, hace inestimables las acusaciones formuladas contra la sentencia del Tribunal.

No obstante esta grave omisión del recurrente, por lo que hace al contenido de la proposición jurídica que ha debido formular, la Sala, por amplitud, ha verificado el examen de las piezas señaladas en los cargos como erróneamente apreciadas y como dejadas de estimar por el Tribunal y de las cuales se pretende deducir la comisión del error de hecho que se atribuye a la sentencia impugnada. La conclusión a que ha llegado, es la de que no existe ese error, ni menos con el carácter de evidente o manifiesto. De las pruebas indicadas no resulta demostrado que los demandados comisionaron a los demandantes

para realizar gestiones en el negocio que efectuaron aquellos con el señor Fernando Posada, y que culminó con la celebración del contrato de compra-venta de que da cuenta la demanda inicial. Ninguna prueba demuestra que los demandados De Bedout le hubiesen conferido al demandante José Luis Zapata la comisión o encargo de vender el inmueble que adquirió Fernando Posada. Y por lo que respecta al otro demandante, Julio Cardona, sólo resulta acreditado que Jorge de Bedout se limitó a comunicarle su intención de vender dicho inmueble, para responder a la pregunta o requerimiento que éste le hizo y por razón del interés que en esa operación tenía el señor Posada, que así lo había hecho saber a Zapata y a Cardona. "Yo les había dicho a los señores Zapata y Cardona (dice Fernando Posada en su declaración que obra a folios 21 y 22 del cuaderno principal) que me consiguieran una casa en la misma cuadra donde estaba ubicada la de don Jorge, o esa y entonces ellos me dijeron que en la casa de don Jorge vivía un amigo de ellos llamado Enrique Guzmán y que éste les había dicho que don Jorge vendía esa casa y entonces me dijo José Luis que él no iba donde don Jorge, sino que iba su compañero Cardona que era más conocido de él".

No apareciendo demostrado el error de hecho que se afirma en los cargos, ni la consiguiente violación de las normas que el recurrente considera infringidas por la sentencia impugnada, debe mantenerse esta. No prosperan las acusaciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en el presente negocio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

SENTENCIAS QUE NO ADMITEN RECURSO DE CASACION.

Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva. Cuáles tienen este carácter. Las que no deciden definitivamente la controversia, aunque adopten la forma de sentencia, no son actos procesales de tal índole. Si la demanda no está en debida forma no es posible el pronunciamiento judicial de mérito. Si el auto admisorio del recurso de casación no se ajusta a la ley, ésta no puede impedirle a la Corte la rectificación del error cometido.

Al examinar la Sala el recurso para su decisión, encuentra que la situación procesal es la siguiente: Se concedió por el Tribunal y fue admitido por la Corte el recurso de casación contra una sentencia que no decidió las pretensiones objeto del pleito por ausencia de un presupuesto procesal.

Ahora bien: según el estatuto de procedimiento laboral (artículo 86), modificado por el 9º del Decreto legislativo 1762 de 1956, están sujetas al recurso extraordinario las sentencias definitivas (subraya la Sala) dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (hoy Tribunales Superiores, Sala Laboral) en los juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.00.

El Código de Procedimiento Civil (artículo 466-2) denomina sentencia, la resolución que decide definitivamente la controversia que constituye la materia del juicio o lo principal de éste. Por tanto, una providencia que no tenga ese alcance, aunque adopte la forma de la sentencia, no es un acto procesal de tal naturaleza.

Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva. Por tal ha entendido la doctrina y la jurisprudencia la que estima o desestima las pretensiones materia del juicio, declarando, en todo o parte, en el primer caso, la existencia de la voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia, en todo o parte, de esa voluntad, en favor del demandado, en el segundo caso.

El proveído que se limite a poner de presente la ausencia de un presupuesto procesal, no afirma ni niega la existencia de los derechos reclamados en el juicio. Incide en la relación procesal únicamente y tiene el mérito de extinguirla, dejando subsistente la relación jurídico-sustancial, que puede ser materia de otro juicio. La providencia que se examina tiene apenas el valor de cosa juzgada formal, pero no la virtualidad de conducir a la cosa juzgada material.

Sobre el tema en estudio dice el autorizado tratadista Giuseppe Chiovenda (Instituciones del Derecho Procesal Civil, t. I, p. 69): "Negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega la existencia de la acción, que permanece imprejuzgada. Se niega que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer en este proceso; pero no se niega que pueda hacerse valer a continuación en el mismo o en otro proceso. La sentencia, pues, que pronuncia sólo sobre los presupuestos procesales, es decir, que declara que no se puede resolver sobre la demanda o que absuelve de la prosecución del juicio, no es favorable ni al actor ni al demandado; no concede ni niega ningún bien; por esto veremos que no debe contener, por regla general, condena en costas y que no produce cosa juzgada material".

La demanda que no está en debida forma ha sido considerada por la jurisprudencia como impedimento procesal capaz de impedir el pronunciamiento judicial de mérito, en forma similar a lo que ocurre cuando falta uno de los tres presupuestos procesales clásicos (competencia del juzgador, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para estar en juicio) asig-

nándole el mismo efecto atribuído a estos últimos, con la única diferencia de que respecto de ellos lo procedente es el decreto de nulidad. Es esta la doctrina que sostiene la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de julio de 1954 (LXXVIII, págs. 98 a 105), reiterada en decisiones posteriores, la cual, por referirse a la estructura del proceso es de aplicación general.

Se sigue de lo expuesto que no ha debido el Tribunal conceder el recurso ni la Corte admitirlo.

La equivocación en tal sentido no vincula a la Corporación, pues las únicas providencias del proceso que tienen ese alcance son las sentencias. Si el auto de admisión del recurso no se ajusta a la ley, ésta, suprema reguladora de la actividad del juez, no puede impedirle la rectificación del error en acatamiento a los mandatos de aquélla.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, deja sin efecto su providencia calificadora del recurso, de que antes se hizo mérito, y en su lugar, lo declara inadmisible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Francisco Evelio Huertas promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra el Municipio de Guateque, ante el Juez Unico Civil del Circuito de dicha ciudad, por el cual persigue la condena de la entidad Municipal al pago de obligaciones derivadas de un contrato de trabajo entre las partes.

El Juzgado del conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda relativas al pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos, preaviso y plazo presunto, por un total de $ 6.384.00.

No habiendo sido apelada la sentencia por ninguna de las partes, el Juzgado ordenó su consulta ante el superior y, en consecuencia, remitió los autos al Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral. El sentenciador de segundo grado revocó la sentencia del inferior y, en su lugar, se declaró inhibido para pronunciar fallo de fondo por ausencia del presupuesto procesal denominado "demanda en forma", pues según explica la decisión en su parte motiva, el juicio se inició sin haberse agotado previamente la vía gubernativa.

La parte demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, para cuya decisión envió el expediente a esta Superioridad. Aquí fue admitido el recurso, en providencia del 9 de abril de 1959 (f. 5 del cuaderno de la Corte) y se le dio la tramitación legal correspondiente.

El personero de la parte actora sustentó oportunamente el recurso, en escrito de fecha 11 de junio de 1959. Se ordenó el traslado a la parte opositora y venció el término correspondiente sin haberlo utilizado.

Al examinar la Sala el recurso para su decisión, encuentra que la situación procesal es la siguiente:

Se concedió por el Tribunal y fue admitido por la Corte el recurso de casación contra una sentencia que no decidió las pretensiones objeto del pleito por ausencia de un presupuesto procesal.

Ahora, bien: según el estatuto de procedimiento laboral (art. 86), modificado por el 9º del Decreto legislativo 1762 de 1956, están sujetas al recurso extraordinario las *sentencias definitivas* (subraya la Sala) dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (hoy Tribunales Superiores, Sala Laboral) en los juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.00.

El Código de Procedimiento Civil (art. 466-2) denomina *sentencia,* la resolución que decide definitivamente la controversia que constituye la materia del juicio o lo principal de éste. Por tanto, una providencia que no tenga ese alcance, aunque adopte la forma de la sentencia, no es un acto procesal de tal naturaleza.

Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva. Por tal ha entendido la doctrina y la jurisprudencia la que estima o desestima las pretensiones materia del pleito, declarando, en todo o parte, en el primer caso, la existencia de la voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia, en todo o parte, de esa voluntad, en favor del demandado, en el segundo caso.

El proveído que se limite a poner de presente la ausencia de un presupuesto procesal, no afirma ni niega la existencia de los derechos reclamados en el juicio. Incide en la relación procesal únicamente y tiene el mérito de extinguirla, dejando subsistente la relación jurídico-sustancial, que puede ser materia de otro juicio. La providencia que se examina tiene apenas el

valor de cosa juzgada formal, pero no la virtualidad de conducir a la cosa juzgada material.

Sobre el tema en estudio dice el autorizado tratadista Giuseppe Chiovenda (Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. I, p. 69): "Negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega la existencia de la acción, que permanece imprejuzgada. Se niega que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer en este proceso; pero no se niega que pueda hacerse valer a continuación en el mismo o en otro proceso. La sentencia, pues, que pronuncia sólo sobre los presupuestos procesales, es decir, que declara que no se puede resolver sobre la demanda o que absuelve de la prosecución del juicio, no es favorable ni al actor ni al demandado; no concede ni niega ningún bien; por esto veremos que no debe contener, por regla general, condena en costas y que no produce cosa juzgada material".

La demanda que no esté *en debida forma* ha sido considerada por la jurisprudencia como impedimento procesal capaz de impedir el pronunciamiento judicial de mérito, en forma similar a lo que ocurre cuando falta uno de los tres presupuestos procesales clásicos (competencia del juzgador, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para estar en juicio) asignándole el mismo efecto atribuído a estos últimos, con la única diferencia de que respecto de ellos lo procedente es el decreto de nulidad. Es esta la doctrina que sostiene la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de julio de 1954 (LXXVIII, págs. 98 a 105), reiterada en decisiones posteriores, la cual, por referirse a la estructura del proceso es de aplicación general.

Se sigue de lo expuesto que no ha debido el Tribunal conceder el recurso ni la Corte admitirlo.

La equivocación en tal sentido no vincula a la Corporación, pues las únicas providencias del proceso que tienen ese alcance son las sentencias. Si el auto de admisión del recurso no se ajusta a la ley, ésta, suprema reguladora de la actividad del juez, no puede impedirle la rectificación del error en acatamiento a los mandatos de aquélla.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte deja sin efecto su providencia calificadora del recurso, de que antes se hizo mérito, y, en su lugar, lo declara inadmisible.

En firme esta resolución, devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

CONTRATO DE TRANSPORTE, CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE OBRA. Cuáles son contratistas independientes. La obligación de entregar la mercancía a la persona que el remitente indique, no convierte al porteador en trabajador dependiente, ni al remitente en patrono.

La discrepancia entre las partes radica en que para el actor fue de trabajo dependiente el servicio que le prestó a la compañía como transportador, en tanto que para ésta el demandante obró con autonomía en calidad de contratista independiente. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, que no puede definirse sino a través de las pruebas del proceso. Si la cuestión jurídica debatida en el pleito cae bajo el dominio del artículo 34 del Código del Trabajo, normativo del contrato de obra, la Sala debe concretar su atención primordialmente al examen de ese texto.

Dice la norma en lo pertinente: "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlas con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva".

Al tenor del precepto, contratista independiente es el que reúne estas condiciones: a) La ejecución por su parte de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo todos los riesgos; b) La de que realice la obra o labor con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva; y c) La de que el beneficiario de la obra o labor pague por ella un precio determinado.

Ahora bien, la prueba testimonial disponible permite establecer lo siguiente: que el demandante efectuaba el transporte de mercancías de la sociedad en un vehículo del cual era dueño; corrían de su cargo los gastos de funcionamiento de dicho vehículo; para su manejo disponía de un ayudante, como dependiente suyo; por algún tiempo tuvo un chofer como conductor del camión, y por cada viaje recibía un precio determinado. En otras palabras, los testimonios demuestran de manera fehaciente estos hechos: que el demandante ejecutó una labor de transportador en beneficio de la sociedad, con sus propios medios, asumiendo los riesgos y recibiendo por ella un precio determinado.

El porteador debía conducir la mercancía al lugar designado por el remitente. De este hecho, resultante de la prueba testimonial, deduce el Tribunal en la sentencia acusada, que el actor prestó el servicio bajo la subordinación de la sociedad. Estima la Sala equivocado este concepto, pues en el contrato de transporte quien se encarga de conducir la mercancía de un lugar a otro, contrae la obligación de entregarla a la persona a quien el remitente indique, conforme a lo previsto en el artículo 258 del Código de Comercio. La ejecución de una obligación de tal especie no convierte al porteador en trabajador dependiente ni al remitente en patrono.

Dos de los declarantes manifiestan que para el actor el camión en que realizaba el transporte era una herramienta de trabajo. Con referencia a este punto, dice el sentenciador que no vale la pena tomarlo en consideración, porque según los artículos 57-1ª y 58-3ª del Código Sustantivo del Trabajo, se puede estipular "que el trabajador ponga las herramientas de trabajo y no el patrono". A lo cual la Sala observa: Si es lícita una estipulación en tal sentido, de acuerdo con el primero de los textos legales citados, no aparece demostrada en el proceso con las pruebas que el Tribunal analiza ni resulta

de ningún otro elemento de convicción. Trátase, pues, de afirmación sin respaldo probatorio en el juicio.

La calificación de que el automotor era una herramienta de trabajo no tiene el mérito de arrebatarle la calidad de medio propio utilizado por el demandante para el desempeño de su función. Por lo demás, en la actividad del transporte, el automotor no es un instrumento cualquiera, sino elemento esencial para su ejecución.

La prueba testimonial descubre una labor de resultado, ejecutada por el demandante con libertad. La remuneración dependía de su realización periódica. Su estimación por el fallador de instancia no fue, pues, acertada.

Robustece la prueba mencionada, la confesión provocada del demandante, pues en ella acepta que cumplió la labor de porteador con sus propios medios y con entera libertad. Tampoco fue, pues, correcta la valoración de esta prueba por el sentenciador.

Lo propio cabe decir de la significación que le da la sentencia al informe del contador de la sociedad, en el cual se funda para sostener que el demandante fue trabajador bajo la dependencia de la compañía. Ya se anotó que la obligación del porteador relativa a la conducción de la mercadería al lugar indicado por el remitente —de que habla el informe— emana del contrato de transporte, sin que su satisfacción por aquél lo coloque dentro de la órbita del contrato de trabajo.

Según lo expuesto, se reúnen en el caso de autos las notas dominantes del contrato de obra, conforme a lo previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Así las cosas, durante el período en que el actor prestó a la compañía el servicio de que se viene tratando, fue trabajador autónomo, sustraído por tanto de la relación de trabajo dependiente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

José Duque Z. demandó, por medio de apoderado, a la Compañía de Gaseosas Posada Tobón, sociedad anónima, en juicio ordinario laboral, para que por sentencia se la condene a pagarle: cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria.

Refierè la demanda, en su relación de hechos, que el demandante Duque le prestó servicios a la sociedad, de manera exclusiva, como distribuidor de sus productos en varias zonas del Departamento de Antioquia, en vehículo de propiedad del trabajador; que trabajó a órdenes directas de los administradores de la compañía, hasta el 17 de junio de 1957, habiéndosele retribuído la labor por viaje efectuado, alcanzando mensualmente un rendimiento aproximado de $ 600.00; que de la fecha expresada al 13 de septiembre de 1958 continuó prestándole servicios personales a la sociedad como celador, primero con sueldo de $ 8,00 diarios y después de $ 10,20, mediante contrato de trabajo consignado por escrito. Que le fueron cubiertas las vacaciones y primas correspondientes al segundo período, pero no las causadas mientras ejerció el cargo de distribuidor, ni la cesantía por todo el tiempo servido.

Corrido el traslado de la demanda, la sociedad le dio respuesta por medio de apoderado. En ella expresa que cuando Duque trabajó como empresario particular, "devengaba por tarea o por obra ejecutada"; que se le pagaron prestaciones sociales por el período en que fue asalariado, negando el contrato de trabajo mientras su actividad fue la de distribuidor, pues su actividad como tal fue la de contratista independiente. Como excepciones perentorias propuso las de prescripción, pago y la que denomina genérica.

El Juzgado 5º del Trabajo de Medellín, que conoció del juicio en primera instancia, lo decidió por sentencia de fecha 9 de febrero de 1959, por la cual condena a la sociedad a pagar al demandante Duque: $ 1.516,62 por cesantía, $ 320,70 por vacaciones, $ 659,40 por primas de servicio y $ 263,76 a título de indemnización moratoria, o sea un total de $ 2.769.48. Se abstuvo de condenar en costas.

Apelaron ambas partes. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín resolvió el recurso de alzada por sentencia de fecha 6 de marzo de 1959. Confirma en ella la de primer grado, con la reforma de que las condenas son las siguientes: $ 1.408,98 por cesantía, $ 459,45 por vacaciones, $ 459,45 por primas de servicio, y $ 234,83 por concepto de indemnización moratoria. No hace condena en costas.

El Tribunal *ad quem* le concedió a la parte demandada el recurso de casación contra la providencia anterior. Remitidos los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y rituado aquí en legal forma, la Sala lo decide a continuación.

La demanda de casación

Persigue el quebranto de la sentencia impugnada y, en su reemplazo, la absolución de la sociedad de todos los cargos que le formula el libelo inicial.

Alega la primera causal del recurso extraordinario y con base en ella formula tres cargos contra el fallo de segunda instancia.

Primer cargo. Violación de los artículos 5º, 22, 23 y 24, y 34 del Código Sustantivo del Trabajo a causa de errores de hecho evidentes en la estimación de unas pruebas, y violación consiguiente de los artículos 186, 249 y 306 ibídem.

Las pruebas mal apreciadas son las siguientes: demanda y respuesta (fs. 2 y 9); declaraciones de Carlos Uribe (f. 18), de Luis Cifuentes (f. 18 v.) y de José D. Hurtado (f. 21); absolución de posiciones del actor (f. 22) y comunicación del Contador de la sociedad (f. 26).

Dice el recurrente que las pruebas demuestran estos hechos: Que era de propiedad del demandante el camión en que transportaba los productos de la sociedad y los envases vacíos; que aquél tenía un chofer y un ayudante para el manejo del camión, bajo su dependencia, cuyos salarios corrían de su cuenta, como también los gastos de operación del vehículo; que gozaba de autonomía en la prestación del servicio, como él mismo lo reconoce en la absolución de posiciones.

La errónea estimación de las referidas pruebas dio por resultado los siguientes errores de hecho:

Considerar como trabajo dependiente el que Duque realizó en beneficio propio y de la sociedad, violando así el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo, pues le impone a la compañía obligaciones de patrono que no le corresponden.

Estimar que Duque fue trabajador asalariado de la empresa, acreditando las pruebas que aquél no estuvo bajo su continuada subordinación o dependencia. Tal error implica infracción del artículo 22 del citado Código.

Duque fue independiente en cuanto al modo, tiempo y cantidad de los servicios de transporte que prestó a la sociedad, pues no estuvo sujeto a jornada fija ni a reglamento y para la labor disponía de equipo industrial y personal subalterno, asumiendo los riesgos, por lo cual no se reunieron los elementos del contrato laboral de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que, por consiguiente, viola la sentencia. Las pruebas mencionadas dejaron sin efecto la presunción del artículo 24 ibídem, por lo que también fue infringido por el sentenciador.

Por último, los preceptos que establecen el auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio, los cuales consagran derechos en favor de trabajadores asalariados, fueron aplicados por la sentencia al caso de persona vinculada por un contrato de naturaleza diferente.

Se estudia el cargo:

Según la sentencia, la prueba testimonial que obra en autos y los informes del Contador de la sociedad (fs. 26 y 28) acreditan una sola relación de trabajo dependiente, dividida en dos períodos así: la primera como distribuidor de productos de la empresa, iniciada el 16 de enero de 1954 y concluída el 17 de junio de 1957; y la segunda como celador, empezada en la última fecha anotada y terminada el 25 de agosto de 1958.

Con referencia al primer período de labores dice el sentenciador, comentando la actividad del demandante: Se trataba de un transportador de bebidas gaseosas a los depósitos que ordenaba el patrono, sin que pueda hablarse de que asumía riesgos por el hecho de que debía responder de todo envase perdido, menos de un contrato de transporte. "Tampoco vale hacer hincapié en que ponía un vehículo de su propiedad para el transporte de las gaseosas, porque según los artículos 57 y 58, reglas 1ª y 3ª del Código Sustantivo del Trabajo, puede estipularse que el trabajador ponga las herramientas de trabajo y no el patrono".

Al estudiar la confesión provocada del demandante anota el Tribunal que se observa una contradicción aparente en las respuestas a las preguntas 7ª y 9ª del cuadro de posiciones, que por fortuna previó el artículo 609 del Código Judicial, cuando hizo indivisible la confesión, pues ésta ha de tomarse en su integridad y no por partes.

El contenido de las pruebas a que la acusación se refiere es el siguiente:

1. *Los testimonios.*

Dice el declarante Carlos Uribe (f. 18) que fue empleado de la sociedad por cinco años, hasta el 20 de agosto de 1956. Que Duque era propietario de un camión de carga en que transportaba bebidas a depósitos de la sociedad, la cual le reconocía el valor de los viajes, actividad que cumplió por espacio de tres años, sin que le sea posible fijar la fecha en que se iniciaron y terminaron los servicios, habiendo sido éstos continuos. Que Duque utilizaba el camión como he-

rramienta de trabajo, acarreando las mercancías personalmente, sin sujeción a horario, pero obligado a conducir la bebida que se le encomendaba, según las órdenes que al efecto recibía. Que Duque gozaba de libertad para hacer o no un viaje, cosa que no ocurrió mientras el testigo fue trabajador de la empresa. Las reparaciones del camión, el pago de los repuestos como la pérdida de bebidas eran de cargo del demandante. Ignora si éste estaba sometido a horario, a jornada continua o si prestó igual servicio a otras entidades o personas.

El testigo Luis Cifuentes expresa en su declaración (fs. 18 v. y 19), que por cuatro años fue empleado de la sociedad, hasta el 28 de febrero de 1957, como mecánico, por lo cual fue compañero de trabajo del actor, cuya actividad en la empresa consistía en el transporte de gaseosas en un camión de su propiedad, diciendo que no le es posible afirmar "por cuánto tiempo lo hizo"; que Duque recibía órdenes de Hernán Mesa como la de indicarle el depósito a donde debía conducir la mercancía y la de reclamar envases. No sabe quién suministraba gasolina y repuestos para el camión, pero sí vio que Duque se encargaba de repararlo, afirmando que hacía los viajes con su ayudante. No sabe si Duque contrajo compromisos de transportes con otras personas ni si contrataba de antemano el precio de cada viaje.

José Duval Hurtado hace en su declaración (f. 21) rendida en diciembre de 1958, estas afirmaciones: Es empleado de la sociedad hace seis años; el actor era propietario de un camión, que afilió a la compañía con el fin de transportar sus productos, entendiendo que cobraba por el trabajo un precio por tonelada, anotando que los pagos no obedecían a período determinado. No sabe si le prestó servicios de transporte a otras personas y le parece que en esa actividad estuvo un año al servicio de la compañía, sin sujeción a reglamento, pero recibiendo órdenes de ella para el acarreo de la mercancía, impartidas por el Jefe del Departamento de Depósitos. No sabe si Duque era empresario de transportes y si tenía el camión como herramienta de trabajo, como tampoco si en los viajes de regreso transportaba mercancía ajena; tuvo conocimiento de que despidió a un chofer por el hecho de haber regresado con mercancía ajena. El demandante era independiente en su oficio y podía transportar o nó carga a la empresa y era él quien atendía los gastos y administración de su vehículo, incluyendo entre aquellos el de un ayudante o fogonero. "En un principio tenía un chofer" y entonces no viajaba, "pues tenía un taller de mecánica en compañía de otro". Duque era transportador independiente, pues la empresa no podía exigirle el transporte de mercancía "cuando a ello había lugar", aunque estaba en la obligación de conducir la bebida a los depósitos que le indicara.

II. *La confesión del actor* (f. 22).

Se destacan las preguntas con incidencia en los hechos del pleito. A la 7ª, que dice: "¿Cómo es cierto, si o nó, usted era un empresario particular, tenía el negocio de transportar independientemente mercancía con su vehículo? Contestó: "El vehículo sólo estaba al servicio de la compañía". A la 9ª, concebida en estos términos: "¿Cómo es cierto, si o nó, usted tenía en el manejo de su vehículo toda la autonomía y era usted verdadero empresario particular, pues estaba en libertad de aceptar o no trabajo y una vez aceptado el transporte de la mercancía usted la llevaba a su destino con sus propios medios, con su sola dirección, en camión propio, haciendo sus gastos y sin la intervención de nadie, ni siquiera del dueño de la mercancía?". Contestó: "Sí es cierto".

III. *El informe del Contador de la Empresa* (f. 26).

Se dice allí que en los archivos de la compañía figura José Duque como un trabajador desde el 17 de junio de 1957 hasta el 25 de agosto de 1958, fecha de su retiro; que respecto de los servicios que le prestó como transportador, "sólo existe constancia del primer pago" por transportes de gaseosas a distintos depósitos, efectuado el 23 de enero de 1954; que recibía órdenes de salida para los diferentes depósitos y ejecutaba el trabajo de acarreo ordinariamente, regresando el mismo día, "a excepción de los casos imprevistos por accidentes, etc.".

IV. *La demanda y su respuesta* (fs. 2 y 9).

Afirma dicha pieza (hecho 2º) que el demandante en su actividad de transportador utilizó un vehículo de su propiedad, en lo cual estuvo de acuerdo la sociedad demandada.

Consideraciones de la Corte:

1. El artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo define el trabajo humano y lo somete a sus regulaciones, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato laboral. La norma no estatuye derecho prestacional alguno cuya violación incida en casación, por lo cual no es el ca-

so de examinar si resulta o no infringido por la sentencia.

2. No dio el Tribunal aplicación al artículo 24 del citado Código, pues halló demostrado el contrato de trabajo con las pruebas de que hace mérito, es decir, no dedujo la convención de la presunción establecida en dicha norma, sino directamente de los elementos de convicción que sirven de fundamento a la sentencia. Por tal motivo la Sala no se detiene a examinar el cargo por quebranto del citado precepto.

3. La sentencia no hace estudio especial de la demanda en lo relativo a los hechos que afirman la ejecución de la labor en vehículo de propiedad del demandante y a su forma de retribución. El ataque no es, pues, pertinente por errónea estimación de esa pieza.

4. Sostiene el recurrente que por equivocada estimación de las pruebas a que se refiere en el cargo, el Tribunal infringe los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues lo que ellas demuestran es que José Duque, en su función de transportador de mercancías de la sociedad, fue contratista independiente y no trabajador asalariado.

No discuten las partes que el demandante estuvo vinculado a la compañía por contrato de trabajo durante el tiempo en que le prestó servicios como Celador, o sea, del 17 de junio de 1957 hasta el 13 de septiembre de 1958. Así lo acepta la sociedad en la respuesta al hecho 4º de la demanda (f. 9). La discrepancia entre ellas radica en que para el actor también fue de trabajo dependiente el servicio que le prestó a la compañía como transportador durante el primer período de labores, que para el Tribunal se inició el 16 de enero de 1954 y terminó el 17 de junio de 1957, en tanto que para la Compañía de Gaseosas, Duque obró con autonomía en calidad de contratista independiente.

Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, que no puede definirse sino a través de las pruebas del proceso. Si la cuestión jurídica debatida en el pleito cae bajo el dominio del artículo 34 del Código del Trabajo, normativo del contrato de obra, debe la Sala concretar su atención primordialmente al examen de ese texto.

Dice la norma en lo pertinente:

"Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlas con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva".

Al tenor del precepto contratista independiente es el que reúne estas condiciones: a) La ejecución por su parte de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo todos los riesgos; b) La de que realice la obra o labor con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva; y c) La de que el beneficiario de la obra o labor pague por ella un precio determinado.

5. Los testigos Carlos Uribe, Luis Cifuentes y José D. Hurtado, afirman a una, como lo dice la propia demanda inicial en el hecho segundo, que el demandante efectuaba el transporte de mercancías de la sociedad en un vehículo del cual era dueño. Corrían de su cargo, según los declarantes Uribe y Hurtado, los gastos de funcionamiento del vehículo. Para su manejo disponía de un ayudante, aseveran los testigos Cifuentes y Hurtado, como dependiente suyo, y por algún tiempo, como conductor del camión, un chofer, como lo expresa el segundo de dichos testigos. Por cada viaje recibía un precio determinado, dicen los deponentes Uribe y Hurtado.

Los testimonios demuestran de manera fehaciente, estos hechos: que el demandante ejecutó una labor de transportador en beneficio de la sociedad, con sus propios medios, asumiendo los riesgos y recibiendo por ella un precio determinado.

El porteador debía conducir la mercancía al lugar designado por el remitente. De ese hecho, resultante de la prueba testimonial, deduce el Tribunal *ad quem* que Duque prestó el servicio bajo la subordinación de la sociedad. Estima la Sala equivocado el concepto, pues en el contrato de transporte quien se encarga de conducir la mercancía de un lugar a otro, contrae la obligación de entregarla a la persona a quien el remitente indique, conforme a lo previsto en el artículo 258 del Código de Comercio. La ejecución de una obligación de tal especie no convierte al porteador en trabajador dependiente ni al remitente en patrono.

Dos de los declarantes manifiestan que para el actor el camión en que realizaba el transporte era una herramienta de trabajo. Con referencia a este punto, dice el sentenciador que no vale la pena tomarlo en consideración, porque según los artículos 57-1ª y 58-3ª, del Código Sustantivo del Trabajo, se puede estipular que "el trabajador ponga las herramientas de trabajo y no el patrono". A lo cual la Sala observa: Si es lícita una estipulación en tal sentido, de acuerdo con el primero de los textos legales citados, no aparece demostrada en el proceso con

las pruebas que el Tribunal analiza ni resulta de ningún otro elemento de convicción. Trátase, pues, de afirmación sin ningún respaldo probatorio en el juicio.

La calificación de que el automotor era una herramienta de trabajo no tiene el mérito de arrebatarle la calidad de medio propio utilizado por el demandante para el desempeño de su función. Por lo demás, en la actividad del transporte, el automotor no es un instrumento cualquiera, sino elemento esencial para su ejecución.

La prueba testimonial descubre una labor de resultado, ejecutada por el demandante con libertad. La remuneración dependía de su realización periódica. Su estimación por el fallador no fue, pues, acertada.

6. Robustece la prueba mencionada, la confesión provocada del demandante, pues en ella acepta que cumplió la labor de porteador con sus propios medios y con entera libertad. Así lo expresa en la respuesta a la novena pregunta del cuadro de posiciones. Tampoco fue, pues, correcta la valoración de esta prueba por el sentenciador.

Lo propio cabe decir de la significación que le da la sentencia al informe del Contador de la sociedad, en el cual se funda para sostener que Duque fue trabajador bajo la dependencia de la compañía. Ya se anotó que la obligación del porteador relativa a la conducción de la mercadería al lugar indicado por el remitente —de que habla el informe— emana del contrato de transporte, sin que su satisfacción por aquél lo coloque dentro de la órbita del contrato de trabajo.

7. Según lo expuesto, se reúnen en el caso de autos las notas dominantes del contrato de obra, conforme a lo previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Así las cosas, el de trabajo sólo rigió entre las partes desde el 17 de junio de 1957 en adelante, y no a partir del 16 de enero de 1954. De esta fecha al 17 de junio de 1957, el actor fue trabajador autónomo, sustraído por tanto de la relación de trabajo dependiente.

Prospera, pues, el cargo.

Fallo de instancia:

Según la demanda inicial (hecho sexto) el actor recibió lo correspondiente a vacaciones y primas de servicio durante el tiempo en que fue trabajador asalariado de la empresa. Así lo admiten los falladores de instancia, pues no condenan a dichas prestaciones por el tiempo de servicios posterior al 17 de junio de 1957.

Con relación a la cesantía, Juzgado y Tribunal imputaron el tiempo servido como transportador al trabajo prestado por Duque como Celador. La liquidación sólo es procedente por el tiempo que abarca el segundo período de labores. Comprende éste, según el Tribunal, del 17 de junio de 1957 al 25 de agosto de 1958. Es el mismo que admite el fallo de primer grado.

La respuesta a la demanda acepta como fecha inicial la mencionada antes y como final la del 13 de septiembre de 1958. Opta la sentencia recurrida por la del 25 de agosto del año citado con base en informe del Contador de la empresa (f. 28). De las dos pruebas, no hay duda que prevalece la de confesión espontánea rendida por el mandatario judicial de la sociedad (art. 607 del C. J.). Sin embargo, como lo decidido al respecto fue aceptado por el actor, pues sólo recurrió en casación la parte demandada, la Sala no hará modificación alguna sobre el particular.

El tiempo servido comprende, pues, el período de tiempo ya indicado: un año, dos meses, ocho días.

El informe de la compañía (f. 28) fija en 435 los días trabajados, y en $ 370.29 el valor de la cesantía, que es el que le corresponde por dicha prestación al demandante. La referida suma fue consignada por la empresa ante el Juzgado 4º del Trabajo de Medellín el 17 de septiembre de 1958 (f. 12). Como no hay constancia de que el trabajador la haya recibido, se condenará a su pago autorizando al Juzgado para que se la entregue y a la empresa para que la impute al importe de la prestación.

La condena por cesantía se limitará a la suma que se deja anotada, reformando en tal sentido el fallo del Tribunal.

No ha sido materia de debate en casación la condena al pago de indemnización moratoria, por lo que habrá de mantenerse.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto a las condenas por vacaciones y primas de servicio, revoca sobre tales puntos y el relacionado con la cesantía el fallo de primera instancia y reforma el de segunda en la condena por dicha prestación, cuyo importe fija en la suma de trescientos setenta pesos veintinueve centavos ($ 370.29) en vez

de la de $ 1.408.98 señalada por la sentencia del Tribunal *ad quem*. No la casa en lo demás.

Se autoriza al Juzgado 4º del Trabajo de Medellín para que entregue al demandante la suma de $ 370.29. Hecha la entrega facúltase a la sociedad para imputar esa suma al valor de la condena contenida en esta sentencia.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ADVERTENCIA

La Sala de Casación Laboral, durante los meses de junio, julio y agosto de 1961, a más de los fallos anteriores, profirió también los que se relacionan a continuación, y que no se publican por falta de espacio.

Recurso de casación y auto para mejor proveer. Ineficaz acusación de un fallo que absolvió a la Empresa de Transportes demandada, del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamados por un conductor de bus. El recurrente pidió que previo auto para mejor proveer, la Corte revocara el fallo de primer grado y condenara a la Empresa según lo pedido en la demanda original. Por sentencia de 2 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Absalón Peñaloza contra "Flota Magdalena S. A.". Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Pensión de jubilación. El demandante, trabajador al servicio de una empresa ferroviaria, no fue favorecido por la sentencia del Tribunal. Cómo se debe probar el tiempo servido, según el artículo 15 de la Ley 64 de 1946. Cuándo es procedente la prueba supletoria. Condiciones legales para que sea estimable. Principio de inmediación y comisión para práctica de pruebas. Por sentencia de 5 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Joaquín Sánchez Arredondo contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Recurso de homologación contra el arbitraje agrario que reconoció y ordenó pagar unas mejoras. Improcedencia del referido recurso a partir de la vigencia del Decreto 0291 de 1957 que lo suprimió. Principio que rige el tránsito de legislación procedimental. Aplicabilidad inmediata de las leyes que cambian la competencia. Efectos de la derogatoria del Decreto 0893 de 1955, en relación con la competencia y el recurso de homologación de que allí se trata. Principios que rigen la competencia de los funcionarios. Por providencia de 5 de junio de 1961, la Corte declara que carece de competencia para conocer del recurso de homologación propuesto contra el fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, en el proceso sobre reconocimiento y pago de mejoras promovido por José María Nava contra Luis Jorge Fajardo y otro. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Salarios, prestaciones e indemnizaciones. La demandante, recurrente en casación, no encontró suficientes las condenas proferidas a su favor por la sentencia acusada. Apreciación de pruebas por el Juez Laboral. Régimen probatorio de los libros de comercio, referido al proceso laboral. Error de derecho en la casación del Trabajo. Por sentencia de 15 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Marta Tobón Campuzano contra Esther Londoño v. de Vélez y otros. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Seguro de vida. Acusación de la sentencia que condenó al Hotel Tequendama a pagar un seguro de vida. Según la Empresa demandada, para la fecha del fallecimiento de su empleado

ya había terminado el contrato de trabajo. No se configuraron los pretendidos errores manifiestos de hecho alegados en casación. Por sentencia de 16 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Halina Blaszkowska v. de Playner, como única beneficiaria y en su calidad de viuda de Franky J. Playner, contra el Hotel Tequendama. Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.

Cláusula de reserva. Condición resolutoria tácita. No prospera ninguno de los cargos formulados contra la sentencia que reconoció algunas peticiones del actor y denegó otras. Requisitos de validez de la cláusula de reserva. Aparente contradicción entre los artículos 48 de una parte y 254 y 189 de otra, del Código Sustantivo del Trabajo. Condición resolutoria tácita en el Derecho Laboral frente a la misma figura en el Derecho Civil. Compatibilidad de las sanciones que consagran los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por sentencia de 16 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Gustavo Duque Hurtado contra la Editorial "El Globo S. A.", La República. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Licencia exigida a los agentes vendedores. Técnica de casación. Ineficaz acusación contra la sentencia que condenó al pago de ciertas prestaciones reclamadas por un agente vendedor de clubes. Alcance jurídico de la licencia exigida a esta clase de empleados. Defectuosa formulación de cargos. El motivo de la errónea interpretación de la ley. Por sentencia de 23 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Braulio Giraldo González contra Marco Londoño Saldarriaga. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez.

Presunción de contrato de trabajo. Liquidación de cesantía. Indemnización moratoria. No tuvieron éxito los varios cargos formulados contra la sentencia acusada, por medio de la cual se ordenó el pago de sueldos insolutos, prestaciones e indemnizaciones en favor del administrador de una hacienda. El demandado alegó, pero no probó, que no fue un contrato laboral sino una sociedad de hecho lo que vinculó a los dos hermanos litigantes. Por sentencia de 27 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Jorge Isaza Román contra Víctor Isaza Román. Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C.

Recurso de casación sobre condena en costas. Fecha de la consignación. 1. La materia de condena en costas no es susceptible de recurso de casación. 2. Diferencia entre consignación bancaria y consignación judicial a efectos de la sanción moratoria. Por sentencia de 5 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Ricardo Samudio contra la sociedad "Creaciones Francine Limitada". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Técnica de casación. 1. Jurídicamente no es adecuado acusar cuestiones de hecho por la vía de la infracción directa. 2. Formulación incompleta de cargos en casación, cuando no se señalan las normas sustanciales infringidas por el fallo. Por sentencia de 12 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por José Suri Díaz contra Fernando Núñez Infante. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Contrato de trabajo y relación laboral. Son cuestiones distintas la convención laboral y la relación de trabajo. El simple acuerdo de voluntades, aunque conste por escrito, no es prueba ni de la prestación del servicio ni de su ejecución conforme a las estipulaciones pactadas. Por sentencia de 18 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por Roque Trímboli contra "Transportes Industriales". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Reclamación de prestaciones e indemnizaciones por el trabajador reintegrado a la Empresa. Técnica de casación. 1. Necesidad de motivar las afirmaciones que se hacen en la demanda de casación. 2. Efectos jurídicos del reintegro del trabajador en virtud de sentencia judicial. Falta de interés procesal. Por sentencia de 25 de

julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por José Pulido Alba contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Ferroconcreto". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Técnica del recurso de casación. Cada uno de los conceptos de violación de la ley por la causal primera, son independientes y deben alegarse con la debida separación. Por sentencia de 28 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Manuel Castillo Vargas contra "Embotelladora Kist de Bogotá Limitada". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Ruptura unilateral del contrato de trabajo. Preaviso. Técnica del recurso de casación. Incompleta formulación de cargos en casación. Desistimiento del impugnador con relación a determinado cargo. Por sentencia de 31 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario laboral adelantado por José J. Bernal Bernal contra "Textilera del Valle Limitada". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Terminación del contrato por renuncia verbal del trabajador. Prueba del error de hecho. Por sentencia de 31 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Maruja González Hidalgo contra "Hein, Lehmann & Co. A. G.". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Reclamación de honorarios profesionales. Técnica de casación. Ineficacia de la acusación por no citar las disposiciones sustanciales infringidas. Por sentencia de 31 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Miguel Angel García contra Ramón Torres A. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Horas extras. Recurso de casación. Enfermedad no profesional. 1. Prueba del trabajo suplementario. 2. El petitum con que se traba la litis no es susceptible de modificación en la etapa de la casación. 3. Auxilio por enfermedad no profesional. Distinción entre disfrutar de vacaciones el trabajador y tener que someterse a una cura de reposo. Por sentencia de 9 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por Oscar Osio Noguera contra Pinturas Ico, S. A. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Prueba del contrato de trabajo. Indemnización moratoria. Técnica de casación. 1. Pruebas ineficaces para demostrar la inexistencia del contrato de trabajo. 2. Técnica del recurso de casación especialmente referida a la violación directa y a la indirecta. Por sentencia de 9 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Juan Manuel Samper contra "Construcciones Tissot y Cía". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Trabajo dominical. Indemnización moratoria. 1. Necesidad de precisar si se trabaja toda o parte de la jornada laborable del domingo o día festivo. 2. Retardo en la consignación e indemnización moratoria. Por sentencia de 14 de agosto de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el ordinario laboral adelantado por José María Iragorri Díez contra el "Club Popayán". Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

Ostensible error de hecho por falta de estimación de pruebas. Por sentencia de 21 de agosto de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Abelardo Ardila Roa contra "Acerías Paz de Río". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Pago por consignación. Retención de la cesantía. 1. Cómo se establece si la consignación

hecha por el patrono es pura y simple o condicional. 2. La consignación a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene eficacia si se hace de manera condicional. 3. La retención de la cesantía por acto delictuoso del trabajador (artículo 250), no puede ejercitarse si no se presenta denuncio criminal. Tal norma autoriza la retención de la cesantía únicamente, no de otras sumas de dinero. Por sentencia de 22 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Aristóbulo Blanco Abril contra "Acerías Paz de Río". Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez.

Evidente error de hecho al examinar la prueba. Técnica del recurso de casación. Necesidad de indicar las normas de derecho indemnizatorio que se consideren violadas. Por sentencia de 28 de agosto de 1961, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario laboral adelantado por Otoniel Vanegas contra el Colegio de San Simón. Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

Exequibilidad del artículo 6º y del inciso 3º del artículo 15 de la Ley 81 de 1960, "Reorgánica del Impuesto sobre la Renta".—Las disposiciones legales demandadas se ciñen de manera estricta al espíritu de la Constitución.—El Sistema de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, que establece el artículo 11 de la Carta, se refiere a la igualdad de derechos civiles.—Los derechos y obligaciones civiles difieren de los fiscales tanto por la índole de la relación jurídica como por el carácter de uno de los sujetos, que es el Estado. La equidad tributaria no se logra sino mediante la discriminación cuando las circunstancias o condiciones de los contribuyentes son diversas.—Por sentencia de 3 de julio de 1961 la Corte declara exequibles el artículo 6º y el inciso 3º del artículo 15 de la Ley 81 de 1960. — Magistrado Ponente, doctor Simón Montero Torres... 3

La Corte se abstiene de decidir en el fondo la demanda de inexequibilidad propuesta contra los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Extraordinario número 3519 de 9 de noviembre de 1949.—A partir de la vigencia de la Ley 2ª de 1958, se operó el fenómeno de la sustracción de materia.—Por sentencia de 15 de julio de 1961, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña... 6

Inexequibilidad parcial del Decreto número 12 de 4 de junio de 1959.—El artículo 1º del Decreto, en cuanto a las atribuciones que concede a los Jueces de Instrucción Criminal, es violatorio de los artículos 61 y 26 de la Carta.—2. Extensión y límites de las facultades extraordinarias del Gobierno en lo tocante a expedición, reforma y suspensión de códigos.—3. La simplificación o aceleración de los trámites procesales (art. 3.) no implica desconocimiento del derecho de defensa del procesado.—4. En cuanto el artículo 8º del Decreto desconoce la revocabilidad del mandato judicial, deja de garantizar suficientemente el derecho de defensa.—5. Inexequibilidad de los incisos b), c) y d) del artículo 10º, por cuanto desconocen el principio de la aplicabilidad preferente de le ley favorable.—6. No obstante las restricciones procesales establecidas en los artículos 5º, parágrafos 6º, 7º, 14, 15 y 16 del decreto acusado, subsiste garantizado el derecho de defensa.—7. En qué sentido son exequibles y en cuál inexequibles los artículos 11, 12 y 13, relacionados con el juzgamiento de menores.—8. El artículo 26 del Decreto, sobre captura de delincuentes, no viola el artículo 23 de la Carta.—9. Al autorizar recompensas a los particulares que colaboren en la captura de delincuentes, el artículo 27 del Decreto no quebranta la Constitución.—Por sentencia del 24 de julio de 1961, la Sala Plena de la Corte declara parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º. 3º, 8º, 10º, 11 y 24 del Decreto Legislativo número 12 de 4 de junio de 1959, en cuanto a las expresiones de que allí se habla; exequibles en todo lo demás las referidas normas; y, finalmente, también se declaran exequibles en su integridad, el parágrafo del artículo 5º, los artículos 6º y 7º, 12 a 23, 26 a 28, 30 y 32 del mismo Decreto.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 8

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ramiro Araújo Grau, José J. Gómez R., Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad y Luis Carlos Zambrano, en el fallo de que trata el punto anterior de este Indice 26

Salvamento de voto del Magistrado doctor E-

Páginas

frén Osejo Peña, en el mismo fallo a que antes se alude 31

Aclaración de sentencias.—Jurisdicción Constitucional de la Corte.—Mayoría requerida para decidir.—Aplicación del artículo 50 del Código Judicial al dictar la sentencia que decidió sobre la demanda de inexequibilidad formulada contra el Decreto 12 de 1959.—Decretos Extraordinarios elevados a la categoría de normas legales por virtud de la Ley 2ª de 1958.—Sustracción de materia para resolver sobre demandas de inexequibilidad de tales decretos.—Sentencia inhibitoria y no de mérito la que decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad del Decreto 3519 de 1949, limitativo de la jurisdicción constitucional de la Corte.—Por sustracción de materia no prospera la aclaración pedida.—Por providencia de 23 de agosto de 1961, la Sala Plena de la Corte resuelve que, por sustracción de materia, no procede aclarar la sentencia de 24 de julio de 1961.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 37

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 39

Delito de concusión.—Juzgamiento del Presidente de la República.—1. La concusión, como delito consumado, como tentativa y como delito imposible.—2. La concusión como delito plurisubsistente.—3. Competencia de la Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento por delitos imputados al Presidente de la República u otros altos funcionarios del Estado.—4. Análisis de los elementos tipificadores del delito de concusión.—En qué consiste el abuso del cargo o de las funciones.—Concusión explícita y concusión implícita.—Concusión consumada y tentativa de concusión.—Por providencia de 14 agosto de 1961, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia llama a responder en juicio criminal de única instancia, por la vía ordinaria, al señor Gustavo Rojas Pinilla, quien ejerció la Presidencia de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957, por el delito de concusión.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez... 42

Aclaración que los Magistrados doctores Luis Fernando Paredes A. y José J. Gómez R., hacen al suscribir la anterior providencia ... 68

Páginas

Salvamento de voto del Magistrado doctor Julio Roncallo Acosta en la providencia de 14 de agosto de 1961 68

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada en la providencia de 14 de agosto de 1961 69

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de la Pava y José Hernández Arbeláez, en la providencia de 14 de agosto de 1961 71

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en la providencia de 14 de agosto de 1961. 72

Se impone una sanción disciplinaria a un Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial. — Por sentencia de 28 de agosto de 1961, así lo resuelve la Corte respecto del Magistrado de Tribunal Superior doctor Servando Gutiérrez Aragón.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 81

SALA DE CASACION CIVIL

Documentos públicos.—Promesa de contrato. Pretende el recurrente que la sentencia que declaró resuelto el contrato de autos incurrió en errores de estimación probatoria.—El lote materia del negocio resultó estar congelado por la Oficina del Plan Regulador.—Valor probatorio de los certificados expedidos en las oficinas públicas.—Facultades de los jueces de instancia en la interpretación de los contratos.—Por sentencia de 23 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta promovido por Jorge Chávez Luque contra Gundisalvo Rodríguez Páez. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 86

Rendición de cuentas.—Nulidades.—Presupuestos procesales.—Medios nuevos.—Ilegitimidad de la personería en el apoderado.—Facultades de la Corte en relación con nulidades adjetivas del proceso.—Demanda en forma.—Legitimación en causa.—Medios nuevos.—Errores de hecho en la sentencia acusada, en el presente juicio de cuentas.—Por sentencia de 23 de junio de 1961, se casa la proferida por el

Páginas

Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario sobre rendición de cuentas promovido por Pabla Cárcamo de Rueda contra Carmelo Cárcamo Benavides.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 95

Acumulación de acciones.—Filiación natural.—Técnica de la casación.—Ineficaz acusación contra la sentencia que despachó favorablemente las peticiones sobre declaración de filiación natural y petición de herencia.—Acumulación de acciones de filiación natural y petición de herencia.—Nulidades procesales como motivo de casación.—Técnica del recurso extraordinario.—Por sentencia de 23 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia promovido por Telmo Enrique León Alvarez y otros contra Fernando León Díaz y otros. Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 104

Excepción de declinatoria de jurisdicción.—Prórroga de competencia.—Hubo error del Tribunal cuando se consideró incompetente para decidir esta litis, relacionada con la pérdida de unas mercaderías destinadas al transporte.—Pérdida de mercancías y Juez competente.—Prórroga de jurisdicción.—Oportunidad legal de ejercitar la excepción.—Por sentencia de 28 de junio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de perjuicios promovido por "Leonidas Lara e Hijos Ltda." contra "Rápido Antioquia Limitada".—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón... 110

Separación de bienes.—Paz y sosiego domésticos.—Arbitrio judicial al respecto.—Por sentencia de 3 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre separación de bienes promovido por Helena Rivas Gutiérrez contra Guillermo Lehder.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 115

Aclaración de sentencia.—Es recurso de carácter eminentemente estricto y atañe a lo que ofrezca verdadero motivo de duda en la ejecución del fallo.—Por providencia de 14 de agosto de 1961, se deniega la aclaración de la sentencia a que alude el aparte inmediatamente anterior de este Indice.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 121

Partición.—Pérdida del interés jurídico para atacar en casación la nueva partición.—Por sentencia de 5 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el sucesorio de José Clemente Bustamante.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada... 122

Filiación natural.—La condición de hijo no se extingue por la muerte del padre, ni por ello tampoco la acción que permite declarar judicialmente la paternidad natural.—En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero iure proprio sino iure hereditario.—Cuándo la prueba de la calidad de heredero corresponde al presupuesto procesal de capacidad para ser parte.—Por sentencia de 6 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural promovido por Saúl y Santos Rivera o Herrera contra Lorenzo Herrera y otros.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... ... 126

Usufructo.—El usufructuario es mero tenedor frente al nudo propietario, quien ejerce la posesión de la cosa por conducto de aquél.—Por sentencia de 7 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio promovido por Mercedes Ruiz viuda de Herrera y otros contra Ana María Gaviria viuda de Uribe y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava... 131

Aclaración de sentencia.—Es inadmisible, so pretexto de aclararla, pretender su reforma. Por providencia de 4 de agosto de 1961, se deniega la aclaración del fallo a que alude el aparte inmediatamente anterior de este Indice 144

Nulidades sustantivas y procesales.—El quebranto del artículo 6º del Código Civil no da base a nulidades procesales.—Interpretación de los artículos 467 y 485 del Código Civil.—Por sentencia de 13 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el sucesorio de Aristides Jiménez H.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco... 146

Publicidad y contradicción de las pruebas.—Razón de ser del sistema.—Finalidad de los

Páginas

certificados del Registrador y condiciones para que éste pueda cancelar el registro o inscripción de un título.—Obligaciones.—Deberes del deudor para liberarse de las consecuencias de su incumplimiento.—Por sentencia de 15 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa promovido por Carlos J. Bernal Contreras contra Dioselino Cárdenas.— Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón... 149

Derecho de representación.—Condiciones para su cumplimiento y obligación de demostrar el derecho a la herencia.—Por sentencia de 17 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre simulación de una compraventa promovido por Bernardo y Pedro Nel Cucalón Varona contra Luis Vásquez Valencia y otros. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 158

Culpa extracontractual.—Criterio subjetivo.—Posición de los establecimientos bancarios.—Presunción de responsabilidad.—Cuándo cesa.—Compensación de culpas.—Poderes discrecionales del sentenciador.—Por sentencia de 19 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario encaminado a hacer efectivo el derecho de crédito incorporado en un instrumento negociable, promovido por la sociedad Touring Club de Colombia contra el Banco del Comercio de Bogotá - Sucursal de San Victorino.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 162

Relaciones sexuales.—Noción de vida marital. No es menester precisar el principio y fin del trato sexual.—Interpretación de la ley. Por sentencia de 24 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia adelantado por Martiniana Martínez, en representación de su menor hijo Alberto José Riascos Martínez, contra Carmen Labarcés viuda de Riascos y otros.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R..... 168

Prescripción entre comuneros.—En los juicios por usucapión entre comuneros, se sigue la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928.—Presupuesto procesal

Páginas

de demanda en forma.—En qué consiste el error de derecho.—Se reitera la doctrina referente a que el reconocimiento que el comunero haga de la comunidad, no excluye el animus de la posesión.—Por sentencia de 24 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en la acción de pertenencia adelantada por José Elcías Caicedo Millán frente al Ministerio Público y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada... 174

Venta de cosa embargada.—Requisitos previos. Error de derecho.—Violación directa de la ley.—Alegación de ésta en la hipótesis de haberse decretado una nulidad, cuando ninguna pronuncia el fallo.—Por sentencia de 26 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio promovido por José María Chaves contra Apolinar Moreno.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 183

Contrato de trabajo.—Subordinación y presunción de contrato de trabajo.—La causal 6ª de casación civil no requiere apoyo en normas de carácter sustancial.—Por sentencia de 29 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre cumplimiento de un contrato, promovido por José Caballer V. contra Delio Isaza Londoño.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 190

Legitimación para pedir indemnización por daños en cosas.—No hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho.—Por sentencia de 2 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños ocasionados en cultivos de arroz y maíz por ganados vacunos, adelantado por Blanca Puyo de Suárez contra Justo Céspedes.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 195

Súplicas principales y subsidiarias.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—La sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional, está en función de la causal 6ª pero no de la 1ª de casación.—Sociedad de hecho entre concubinos.—Por sentencia de 10 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre existencia de una sociedad comercial

Páginas

de hecho y liquidación de la misma, promovido por Alba Ligia Vargas contra Miguel A. Burgos.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 200

Medidas cautelares.—Su característica más acusada.—Duración del secuestro en juicios sucesorales y relevo de las obligaciones del secuestre.—Depósito voluntario y depósito judicial. — El secuestre no puede disponer de los bienes de la sucesión.—Dolo.—Autonomía del Tribunal en la estimación de los elementos que lo constituyen.—Por sentencia de 14 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un reconocimiento de pago y otras peticiones, promovido por Adalberto Lorenzo Rodríguez contra Rafael Restrepo Echavarría. — Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco... 208

Renta vitalicia.—Es un contrato solemne.—Técnica de casación.—Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea.—La escritura pública no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad.—Contraescrituras.—Instrumentos públicos e instrumentos privados.—Oficios que desempeñan.—Por sentencia de 18 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre resolución, por incumplimiento, de un contrato de renta vitalicia, promovido por el doctor José Onías Leiva Charry contra José Domingo Leiva Charry y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava... 226

Baldíos.—Presencia del Ministerio Público en los juicios entre cultivadores o colonos y adjudicatarios de baldíos.—Se reitera la doctrina referente a las diferencias entre la acción ordinaria de dominio y la especial o Publiciana del artículo 951 del Código Civil.—Por sentencia del 22 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre nulidad de un juicio reivindicatorio, promovido por Segismundo Chavarriaga contra Miguel Amariles y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón... 235

Valor legal de la promesa de contrato.—Cuando versa sobre la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar por los linderos que lo distingan de cualquiera otro.—Condiciones de la tacha por error de derecho.—Estipulación por otro en promesa de contrato.—La promesa de contrato en que se omita alguno de los requisitos esenciales para su existencia, es nula de nulidad absoluta. Por sentencia de 24 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta promovido por Iván Restrepo Angulo contra María Teresa Ochoa viuda de Medina y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada... ... 245

Filiación natural.—El reconocimiento es acto voluntario y solemne.—Tacha de falsedad del instrumento que reconoce el estado civil de hijo natural.—La declaración de renta y patrimonio como prueba de la paternidad natural. Por sentencia de 25 de agosto de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones consecuenciales, promovido por Samuel González Velasco contra Aparicio Velasco R.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 259

Expropiación irregular o indirecta de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos.—Acción que el ordenamiento jurídico otorga al desposeído propietario.—Por sentencia de 31 de agosto de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario reivindicatorio promovido por "Ladrillera de Neiva Ltda." contra el Municipio de Neiva.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco... 266

Filiación natural.—Prescripción de la acción.—En derecho colombiano no se extingue por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad.—El estado civil de las personas está fuera del comercio.—Deberes de los padres para con los hijos, incluso los naturales.—Relaciones sexuales estables y notorias.—Poderes discrecionales del fallador en la apreciación de la prueba al respecto.—Por sentencia de 31 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el ordinario de filiación natural promovido por Eduardo Enrique Espeleta contra María Etelvina Buelvas y otros.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez... 271

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Páginas

Regulación de una condena hecha en cantidad ilíquida.—En virtud de apelación se revisa la providencia del Tribunal que fijó la cantidad que debía pagar la Nación en cumplimiento de una sentencia anterior.—La carga de la prueba en el incidente del artículo 553 del Código Judicial.—Regulación extra petita.—*La fundamentación lógica que requiere el dictamen pericial.*—Por providencia de 19 de junio de 1961, se fija en dos mil trescientos pesos más los intereses legales desde el 10 de abril de 1940 hasta el día del pago efectivo, la cantidad que la Nación debe pagar a los herederos de Petronila Coronado, en cumplimiento o ejecución de la sentencia de 28 de marzo de 1952.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña... 278

Acumulación de autos.—La solicitud de acumulación que se decide, se refiere a varios procesos de oposición a un contrato de exploración y explotación de petróleos.—Acumulación por razón de la nulidad de la causa.—¿Qué se entiende por título? Acumulación de negocios sobre dominio privado del petróleo.—Por providencia de 23 de junio de 1961, se confirma el auto por medio del caul se deniega la acumulación al juicio ordinario de petróleos promovido por Sofía Londoño de Tamayo contra la Nación, de los que contra la misma entidad adelantan María Tamayo Londoño y otros.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo... 284

Condición resolutoria tácita y pacto comisorio.—Se decide el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que declaró resuelto un contrato de compraventa por incumplimiento del comprador.—La constitución de patrimonio de familia que se pretendió constituír estaba sometida al pago del precio.—La acción resolutoria tácita y la derivada del pacto comisorio.—Elección de la acción respectiva.—Por sentencia de 28 de junio de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario promovido por el Departamento de Antioquia contra el doctor Jesús María Rojas Giraldo.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña.. 288

Expropiación irregular.—Acción indemnizatoria.— Prescripción.—En grado de apelación y consulta revisa la Corte una sentencia que condenó a un Departamento a pagar ciertos perjuicios ocasionados por la ocupación de un terreno particular para construír una carretera.—La expropiación regular y la irregular.—Juez competente.—Extensión de la responsabilidad de la administración.—Término de la prescripción de estas acciones.—Por sentencia de 28 de junio de 1961, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, promovido por el Presbítero Carlos de Villa Velásquez contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano... 292

Responsabilidad civil extracontractual del Estado.—Se decide sobre una reclamación de perjuicios contra la Nación a causa de una providencia dictada por la Sala Penal de la Corte.—Requisitos que deben cumplirse para el éxito de la acción de responsabilidad por culpa.—Responsabilidad extracontractual y administración de justicia.—El daño indemnizable.—Por sentencia de 30 de junio de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario promovido por Jesús Ramón Cuéllar contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau... 300

Admisión de la demanda.—Distinción entre la demanda propiamente tal y las pretensiones que contiene.—La admisión de la demanda no recae sobre las pretensiones.—El auto admisorio es de sustanciación y sólo tiene por objeto poner en marcha el proceso.—2.—No puede haber admisión parcial ni rechazo parcial de la demanda.—Por providencia de 7 de julio de 1961, se deniega la reposición del auto de fecha 21 de abril del mismo año, por medio del cual se admitió la demanda ordinaria sobre resolución de un contrato promovida por la Beneficencia de Cundinamarca contra La Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo... 304

Dictamen pericial.—La peritación puede ser complementaria de la inspección ocular o concurrente con ella.—Condiciones y límites en que es legalmente posible la ampliación del dictamen.—Por providencia de 10 de julio de 1961, proferida en el ordinario sobre propiedad de unos yacimientos de caolín y arcillas

Páginas

cerámicas, promovido por Matías Villano P. contra la Nación, se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Popayán el 9 de diciembre de 1960, en el cual se deniega la ampliación del dictamen pericial solicitada por el actor.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo... 306

Excepción de pleito pendiente.—Causa petendi.—1.—La excepción de litispendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda.—Para que la cosa juzgada surta efecto es menester que se presente identidad entre los litigantes, el objeto y la causa petendi.—2.—Qué sentido jurídico tiene la causa petendi.—Aplicaciones concretas a los juicios de petróleos.—Por providencia de 13 de julio de 1961, proferida en el ordinario sobre propiedad de unos hidrocarburos promovido por Alfredo Rueda Sarmiento contra la Nación, no se revoca el auto suplicado por medio del cual se declaró no probada la excepción de pleito pendiente.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 309

Indebida acumulación de acciones.—Excepción de inepta demanda.—1.—La acumulación de acciones prevista en el artículo 209 del Código Judicial tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada.—2.—Acumulación de autos en juicios sobre petróleos.—3.—Incapacidad procesal del menor y su capacidad para ser parte.—Indebida acumulación de acciones del menor y su representante legal y consecuencial ineptitud de la demanda.—Por providencia de 18 de julio de 1961, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero promovido por Clodomiro Ruiz Isaza y otros contra la Nación, se declara probada la excepción de inepta demanda propuesta con relación a los predios Germania y Villa Lucía.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña... 313

Posesión de buena y de mala fe.—Restitución de frutos.—1.—*La calidad de poseedor de buena o de mala fe, bien puede tenerla una persona jurídica.—2.—El poseedor de buena fe y el de mala fe, en relación con la restitución de frutos.*—Por sentencia de 31 de julio de 1961 se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio adelantado por Jael Echeverri contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau... 317

Caducidad de la acción.—La acción de oposición en procesos sobre petróleos está sujeta a caducidad si no se promueve eficazmente dentro del año del plazo legal.—No se interrumpe con la sola presentación de la demanda sino con la admisión de la misma.—Recursos inadmisibles tendientes a prorrogar el plazo después de vencido.—Al artículo 472 del Código Judicial no puede dársele una interpretación tan extensa que llegue a vulnerar los derechos de la contraparte.—Por providencia de 1º de agosto de 1961, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Bernardo Vargas Marroquín y otra contra la Nación, se confirma el auto suplicado de 6 de junio último por medio del cual se denegó un desistimiento.—Magistrado ponente doctor Efrén Osejo Peña... 321

Manera de allegar al juicio documentos públicos.—Necesidad de indicar de manera precisa el instrumento o los instrumentos cuya copia debe solicitarse al funcionario respectivo.—Por providencia de 11 de agosto de 1961, proferida en el ordinario sobre propiedad del subsuelo promovido por el Obispo de la Diócesis de Tunja contra la Nación, se revoca el aparte II del auto de 28 de junio del año en curso, objeto del recurso de súplica.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña... 325

Documentos públicos.—Manera de allegarlos al juicio cuando el documento ya no reposa en la oficina de origen.—Por providencia de 22 de agosto de 1961, proferida en el ordinario sobre propiedad privada de hidrocarburos adelantado por María Josefa Trespalacios Santodomingo contra la Nación, se reforma el auto de 22 de febrero del año en curso, en el sentido de decretar la práctica de unas inspecciones oculares.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo... 327

Acumulación de acciones.—Excepción de prescripción de la acción civil y de la acción penal.—1.—Correcta acumulación de acciones con fundamento en la comunidad de la causa petendi.—2.—Término de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual indirecta.—No puede ser declarada oficiosamente la excepción de prescripción.—3.—Caso en que la prescripción de la acción penal no afecta la correspondiente acción civil de per-

Páginas

juicios.—Por sentencia de 29 de agosto de 1961, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre responsabilidad extracontractual adelantado por Ismael E. Quintero y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña... 329

Responsabilidad civil de la Nación por daños causados en un accidente ferroviario.—Indemnización de perjuicios morales.—1.—Cuál fue, según la ley, la naturaleza del extinguido Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—2.—Alcance de la norma que dispuso que la Nación asumiera el pasivo del citado Consejo.—3.—Obligación de indemnizar los perjuicios morales futuros pero ciertos.—Por sentencia de 30 de agosto de 1961, se modifica la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios promovido por Lilia E. Garzón viuda de Torres contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau... 335

Contrato de obra pública.—El contrato de obra pública debe recaer, como condición esencial, sobre un inmueble.—El contrato de suministros, por el contrario, tiene por objeto cosas muebles.—Distintos sistemas de fijación del precio en los contratos de obra pública.—En qué consiste el denominado de administración delegada.—Por regla general el contratista no tiene la representación de la administración.—Por sentencia de 31 de agosto de 1961, se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en el juicio ordinario sobre pago del valor de unos tubos de cemento, por el señor Eduardo Mejía Mejía.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña. 345

SALA DE CASACION PENAL

Veredicto y sentencia.—Ni fue contradictorio el veredicto emitido por el Jurado en el presente juicio por homicidio imperfecto, ni la sentencia condenatoria acusada está en desacuerdo con él.—No prosperan las causales 7ª, 3ª y 1ª de casación que fueron alegadas.—Por sentencia de 8 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso adelantado contra Diógenes Baca Barcelo, por el delito de homicidio en el grado de frustración.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres... 349

Complicidad propiamente dicha y complicidad correlativa.—Circunstancias específicamente agravantes y circunstancias de mayor peligrosidad.—Las penas fijadas por el sentenciador, en este proceso por homicidio agravado, obedecen a una dosimetría ajustada a las prescripciones del Código.—Motivos innobles o fútiles.—La preparación ponderada del delito.—La complicidad previamente concertada.—Por sentencia de 8 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso adelantado contra Salvador Castellanos Burgos y otro por el delito de homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 354

Nulidades constitucionales del proceso penal.—Aplicación indebida de las ritualidades señaladas en el Decreto 0012 de 1959 a un proceso por delito de homicidio.—Irretroactividad de los procedimientos desfavorables en materia penal.—Por sentencia de 15 de junio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Guillermo Fajardo Bautista por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 365

Legítima defensa subjetiva.—Provocación suficiente.—Invalidación de la sentencia condenatoria recaída en este proceso por homicidio.—El agente actuó en legítima defensa subjetiva.— Cierto es que el provocador suficiente no puede alegar la legítima defensa, pero tal calificativo no puede predicarse del procesado en el caso de autos.—Qué ha de entenderse, según los tratadistas y la jurisprudencia, por provocación suficiente.—Por sentencia de 16 de junio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso adelantado contra Olmedo Zapata Echeverri por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez. 371

Homicidio.—No se encontraba el agente, al cometer el hecho delictuoso, en estado de intoxicación crónica, sino aguda, producida por marihuana.—Le eran aplicables las penas ordinarias que le impusieron los falladores de instancia, y no las medidas de seguridad que pretende el recurrente.—Por sentencia de 16

Páginas

de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Jaime Castaño Moreno.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta... 379

Prueba necesaria para condenar.—Eliminación de hipótesis.—Prueba grafológica.—La sentencia condenatoria acusada, por delitos de falsedad y estafa, carece de suficiente respaldo en el conjunto probatorio.—No se investigaron las varias hipótesis posibles.—Imposibilidad de llenar con la imaginación los vacíos probatorios.—Valor indiciario de la prueba grafológica.—Por sentencia de 16 de junio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado contra Graciela Acosta de González por los delitos de falsedad en documentos y estafa.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 386

Recurso extraordinario de revisión.—Prospera la causal quinta.—El indicio de mayor vehemencia que el caso presenta es el referente a la identificación total del reo con la persona que realmente consumó, en concurso de delincuentes, los graves delitos a que se refieren los autos.—Condiciones para que la revisión prospere.—Manera de probar los hechos nuevos.—Por sentencia de 19 de junio de 1961, se ordena la revisión de la causa seguida a Benjamín Angarita Rivera, condenado por el Tribunal Superior de Pamplona como responsable de los delitos de asociación e instigación para delinquir y otros.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad... 403

Momento consumativo del delito de estafa.—Se resuelve una colisión de competencias.—Discrepan los funcionarios respecto del lugar y momento en que se cometió el ilícito.—Las mercancías fraudulentamente obtenidas en un lugar, fueron transportadas y vendidas en otro.—Momento en que se consuman los delitos de estafa y abuso de confianza.—Por providencia de 20 de junio de 1961, proferida en el proceso adelantado contra Joselín Sánchez Castañeda y otros por el delito de estafa, la Sala resuelve que el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado Tercero Superior de Medellín.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. ... 407

Páginas

Nulidades supralegales en el proceso penal.—Indebida aplicación del procedimiento que estableció el Decreto 0012 de 1959, determina la invalidación de la sentencia acusada.—Los delitos de homicidio y robo de que tratan los autos tuvieron cumplimiento mucho antes de entrar en vigencia el mencionado decreto.—Por sentencia de 21 de junio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado contra Enrique Velásquez y otro.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta... ... 412

Homicidio imperfecto.—Ni los defectos de procedimiento alegados están erigidos por la ley en nulidades, ni el impugnador logró demostrar evidentes errores, de hecho o de derecho, en la sentencia que impuso condena por delito doble de homicidio imperfecto.—Por providencia de 26 de junio de 1961, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Helí Barbosa Díaz.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 418

Homicidio, robo y otros delitos.—Se refiere el proceso a hechos sangrientos cumplidos por una cuadrilla de criminales, de los cuales algunos fueron reconocidos y sentenciados.—Las causales 4ª y 2ª, alegadas en casación, no prosperan.—La indebida aplicación del Decreto 0012 de 1949 fue alegada extemporáneamente.—Por sentencia de 26 de junio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso adelantado contra Herculano Vélez Otálvaro y otros.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo... 427

Homicidio.—Causal 2ª de casación en juicios con intervención de jurado.—Mala sustentación del recurso y ausencia de técnica en la invocación de las causales de casación, determinan el fracaso de la demanda impugnatoria de la sentencia que profirió condena por delito de homicidio.—Se invocaron las causales 4ª, 1ª y 5ª de casación.—Por providencia de 27 de junio de 1961, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso adelantado contra Honorio Riaño Peña por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 435

Páginas

Homicidio.—Error en la estimación de las pruebas del proceso.—Factores de perturbación anímica.—Reacciones explosivas incontrolables.—Grave e injusta provocación, cierta pero anónima.—Elementos subjetivos de la infracción.—Causal 2ª de casación penal.— Por sentencia de 6 de julio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado a Mario Jiménez Fernández por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 441

Triple homicidio (Asesinatos).—Causal cuarta de casación penal.—Aplicación de la ley preexistente al hecho imputado.—La retroactividad de la ley permisiva o favorable y el derecho de defensa.—Facultad de los jueces para dejar de aplicar una ley inexequible.—Confrontación entre el Decreto 0012 de 1959 y las normas del C. de P. en cuanto a disposiciones favorables a los reos.—Por sentencia de 7 de julio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a José Ignacio Meneses y otros por el delito de homicidio (asesinato).—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta... 450

La riña.—Como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio o lesiones personales.—Conceptos de expositores de Derecho Penal sobre "el delito de riña".—Interpretación de circunstancias subjetivas como atenuantes de la responsabilidad del delincuente.—Modalidades de una riña imprevista.—A falta de Tribunal Popular corresponde al Juez en Derecho propiciar una decisión que corresponda a las circunstancias.—Características y naturaleza jurídica de la riña.—Causales 1ª y 2ª de casación.—Por sentencia del 7 de julio de 1961, se invalida parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Abdonías Guayara Rojas por el delito de homicidio.—Magistrado ponente doctor Angel Martín Vásquez Abad... ... 455

Homicidio.—Causal cuarta de casación penal. Aplicación de la ley preexistente al hecho imputado.—Retroactividad de la ley permisiva o favorable y el derecho de defensa.—Facultad de los Jueces para dejar de aplicar una ley inexequible.—Confrontación entre el Decreto 0012 de 1959 y las normas del C. de P. P. en cuanto a disposiciones favorables al reo.— Por sentencia de 8 de julio de 1961, se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Arcadio Charry por el delito de homicidio.— Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 468

Falsedad en documentos públicos.—Documento auténtico "incompleto" por omisión de la firma de un perito en acta de diligencia sumarial.—Efectos que al documento "completo" la ley le asigna.—Demostración de que, en el caso de autos, el acto de la sustitución de la diligencia del levantamiento de los cadáveres es penalmente inocuo.—Causales 4ª, 1ª, y 2ª de casación penal.—Por sentencia de 17 de julio de 1961, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado a Héctor de Jesús Ardila Gómez por el delito de falsedad en documentos públicos.— Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres... 472

Homicidio agravado.—Apreciación de las pruebas en cuanto a la modalidad intencional del homicidio.—Homicidio tomado como asesinato con base en el ordinal 6º del artículo 363 del C. P.—Por sentencia de 24 de julio de 1961, se abstiene la Corte de invalidar la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso adelantado por homicidio a Hernán Vasco Otálvaro.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres... 478

Fuero Penal Castrense.—La Constitución Nacional distingue entre Fuerzas Militares y Fuerzas de Policía, si bien una y otra están comprendidas bajo la denominación de Fuerzas Armadas.—Mientras la Policía Nacional estuvo incorporada a las Fuerzas Militares, les fue pertinente a sus miembros el fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pero no porque esta norma de la Carta se refiera a todos los cuerpos armados o Fuerzas Armadas de carácter permanente, sino, en forma exclusiva, a los militares en servicio activo.—El fuero penal militar no puede extenderse a los civiles, sino cuando por razón de servicio están vinculados a las Fuerzas Militares, o se trata de espías o prisioneros de guerra, o de procesados por delitos previstos específicamente en el Código Penal Militar.—El Decreto ley 1705 de 1960, desincorporó a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares y de consiguiente, como institución de carácter ci-

Páginas

vil, dejaron sus miembros de estar vinculados al fuero penal castrense.— La desvinculación de los miembros de la Policía Nacional del fuero penal castrense, cumplida por razón del Decreto 1705 de 1960, no tiene carácter retroactivo.—Por sentencia de 27 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado al Agente de las Fuerzas de Policía Miguel A. Crispín Ruiz, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez... 482

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 511

Indicios llamados "De la oportunidad para delinquir" y "Del móvil para delinquir".—Coautores de un homicidio.—Causales 2ª y 5ª de casación penal.—Por sentencia de 29 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a José Gobert Méndez y otros, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres... 514

Homicidio cometido en riña imprevista.—Errada interpretación de los hechos e indebida aplicación de la ley penal sustantiva.—Modalidades de la riña.—Atenuantes de la riña imprevista.—Elementos circunstanciales para inferir la intención o el propósito de matar.—Causales 2ª y 1ª de casación penal.—Por sentencia de 31 de julio de 1961, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso adelantado a Ismael Viña González, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 522

De la amnistía y del indulto por circunstancias políticas.—Interpretación de los artículos 6º del Decreto número 2062 de 1954 y 2º del Decreto número 1823 de 1954.—Circunstancia única de petición de parte.—Naturaleza del beneficio de la amnistía, fines que persigue, circunstancias que imponen su existencia y su reconocimiento en un momento histórico determinado.—Condiciones exigidas por la ley al otorgar la gracia.—Presupuestos señalados por el Decreto-ley 1823 de 1954 para conceder la amnistía para delitos políticos.—Por providencia del 1º de agosto de 1961, la Corte confirma la dictada por el Tribunal Superior Militar por medio de la cual concedió el beneficio de amnistía a Eudosio Bustos, en relación con los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 529

Abuso de autoridad.—Por providencia de 2 de agosto de 1961, la Corte resuelve abrir causa criminal contra el doctor Santiago Badel González, ex-Juez Civil del Circuito de Cartagena, por el genérico delito "de los abusos de autoridad y otras infracciones" y a la vez, revoca el auto de sobreseimiento definitivo proferido en este negocio por el Tribunal Superior de dicha ciudad.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo... 539

Abuso de autoridad.—Presupuestos que tipifican este ilícito.—Extralimitación de funciones en perjuicio de una persona.—Finalidad de la justicia.—Consecuencias de una actuación judicial.—El abuso de autoridad consiste primordialmente en que se desconozcan derechos amparados y protegidos por la ley, cuya violación constituya abuso o arbitrariedad.—El hecho de estar revestido el Juez de especial jerarquía no lo autoriza a sobrepasar el ámbito de sus facultades.—Por providencia de 3 de agosto de 1961 la Corte confirma la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, que dispuso abrir causa criminal contra el doctor José Jaramillo Alvarez, como presunto responsable del delito de abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones como Juez 2º del Circuito Civil de dicha ciudad.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 544

Complicidad correlativa en doble homicidio.—Invocación de las causales segunda y quinta de casación.—El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia.—Principios generales que rigen la complicidad correlativa.—Legítima defensa subjetiva. — El exceso en la legítima defensa, puede buscarse en la falta de proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo.—Por sentencia de 4 de agosto de 1961, la Corte desecha la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a José Valmore González por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 554

Homicidio agravado cometido en complicidad correlativa.—Causales cuarta y primera de casación penal.—Cuando los argumentos del

Páginas

demandante carecen de fuerza demostrativa y de atinencia jurídica, no puede afirmarse que el fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad.—No se ajusta a la técnica del recurso de casación confundir motivos de impugnación diferentes.—Errada aplicación de la ley en la apreciación de circunstancias de mayor peligrosidad.—La prescripción y los antecedentes del procesado.—Acertada dosificación de la pena fijada por el a - quo, en el caso de autos.—La Corte en sentencia de 4 de agosto de 1961, invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó por el delito de homicidio a Esteban Torres Meneses.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 567

Abuso de autoridad.—El Juez que rechaza de plano, de modo arbitrario, poder otorgado en juicio, para privar a la poderdante y a su abogado del derecho de impugnarle su propia decisión, comete un verdadero abuso de autoridad.—Por providencia de 4 de agosto de 1961, la Corte reforma la dictada por el Tribunal Superior de Cartagena y ordena abrir causa criminal contra el ex-Juez del Circuito Promiscuo de San Andrés y Providencia, doctor Tomás Alberto Villalobos Martínez, por el genérico delito "de los abusos de autoridad y otras infracciones".—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 573

Homicidio.—Causales cuarta, primera y segunde de casación.—Motivos de investigación sobre hechos materia del proceso.—Condiciones exigidas por la Ley para producir la prueba pericial.—Embriaguez del procesado.—Normas que regulan el proceso penal.—Nulidad constitucional.—Motivos de impugnación previstos en la Ley.—En el estatuto penal vigente la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, eleva el homicidio a la categoría de asesinato.—Apreciación y calificación de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad.—Por sentencia de 10 de agosto de 1961, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona que condenó a José E. Gómez Escalante como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 577

Delito de homicidio.—El recurso de casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege el fallo de segundo grado.—Necesidad de que el demandante combata las bases y consideraciones jurídicas en las cuales se apoyó el Tribunal.—Causal 2ª de casación.—La Corte no puede llenar el vacío sobre cuestiones de hecho que el demandante está obligado a comprobar.—Por sentencia de 21 de agosto de 1961, la Corte desecha la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Bertha Helí Carbonell de Zamora por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta... 594

Delito de homicidio.—Cuándo es pertinente la causal segunda de casación penal.—Casos de alevosía.—La alevosía implica un proceder incidioso del agente, con el cual busca aprovechar el estado de indefensión de la víctima, a fin de asegurarla sin riesgo para él.—Ausencia de motivos determinantes en el hecho.—Aplicación errónea del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.—Causal primera de casación.—La Corte por sentencia de 22 de agosto de 1961, invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Urbano Silva Sierra como responsable del delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 599

Homicidio.—Error esencial de hecho.—Causal segunda de casación penal.—Indebida estimación de las pruebas del proceso por parte del tribunal ad quem.—La Corte, en fallo de 22 de agosto de 1961, invalida el proferido por el Tribunal Superior de Popayán que condenó a Julio Alberto Bolaños Penagos por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 611

Delito de corrupción de menores.—Prueba pericial.—Causales por las cuales pueden ser recusados los peritos.—Objeciones al dictamen pericial.—Estimación de las pruebas en casación.—En materia penal, el concepto de prelación de pruebas es absolutamente inadmisible.—La partida de bautismo tiene pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales.—Cuestionarios para ser absueltos por el perito.—La notificación personal al defensor y el derecho de defensa.—Por sentencia de 23 de agosto de 1961, la Corte no casa la dictada por el Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Oscar Pérez Upegui por el delito de corrupción de menores.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres... 619

Desembargo de bienes de propiedad del procesado.—No existiendo avalúo sobre la cuantía

Páginas

de los perjuicios resulta ilógico afirmar que hay "exceso" en el embargo y secuestro preventivo de los bienes del reo.—Cuándo puede el Juez ordenar el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente. Indemnización de perjuicios.—Por providencia de 28 de agosto de 1961, la Corte niega el levantamiento del embargo de los bienes del procesado Pastor Moreno, quien fue condenado por el delito de homicidio por el Tribunal Superior de Villavicencio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo... 627

Delito de robo.—Causal cuarta de casación penal.—Pruebas producidas extemporáneamente.—Carácter obligatorio de asistencia profesional a los sindicados.—Los jueces y las garantías del derecho de defensa.—No se compadece con la organización judicial y con los preceptos institucionales que la rigen, que un acusado pueda quedar indefenso.—Restitución de términos hábiles para la defensa del procesado.—Por sentencia de 30 de agosto de 1961, la Corte invalida la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Juan de Dios Carvajal González por el delito de robo.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria... 632

Homicidio cometido en complicidad correlativa y en el curso de riña imprevista.—En los juicios con intervención del Jurado la sentencia del Juez de derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto.—Interpretación de la causal 3ª de casación.—La Sala reitera su doctrina referente a la necesaria correspondencia entre el auto de vocación a juicio, el veredicto y la sentencia.—La Corte, con fecha 30 de agosto de 1961, invalida parcialmente la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué que condenó por el delito de homicidio a José Alfonso Palacio. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta... 637

SALA DE CASACION LABORAL

Pacto de servicio exclusivo.—Trabajador ocasional.—Técnica de casación.—Indemnización moratoria.—1.—Al patrono no le es permitido apoyarse en el pacto de servicio exclusivo celebrado por su trabajador con otro patrono, para negarse a cumplir sus obligaciones para con él.—El artículo 26 del C. S. T. no sanciona con la nulidad la prohibición que allí hace al trabajador de celebrar nuevos contratos de trabajo cuando tiene pactada la exclusividad de sus servicios.—2.—¿Qué se entiende, según la ley, por trabajador ocasional? 3.—La violación de la ley, por el concepto de aplicación indebida, excluye toda consideración probatoria.—4.—El pago de las deudas por salarios o prestaciones sociales, o la consignación, en su caso, deben cumplirse al terminar la relación de trabajo.—La terminación del contrato por decisión unilateral del trabajador no justifica la demora en el pago de los salarios y prestaciones debidos.—Tampoco justifica la demora la circunstancia de que el empleado tenga deudas para con el patrono.—5.—Caso en que la buena fe patronal puede eximir al patrono de la sanción moratoria.—Por sentencia de 5 de julio de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por Gabriel Londoño Pineda contra "Gutiérrez & Compañía".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 650

Homologación.—Reclamación de mejoras agrarias.—Competencia.—Nulidad de los actos y contratos.—Temas extraños al recurso de homologación.—Improcedencia del mismo respecto de la parte que carece de interés jurídico.—2.—Cuál ha sido el tratamiento legislativo de los conflictos sobre pago de mejoras rurales.—3.—Qué clase de conflictos quedan sujetos a la reglamentación especial sobre reconocimiento y pago de mejoras.—4.—Alcance del control que, en virtud de la homologación, tiene la Corte respecto de los fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario.—5.—El Juez tiene la obligación de examinar de oficio si le asiste competencia para definir la controversia que se le propone.—La garantía jurisdiccional, consagrada por la Constitución y la ley, es de ineludible observancia en todo proceso.—6.—el acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial.—7.—Las controversias sobre pago de mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor, no las incluye el decreto número 2417 bis de 1952 ni el 893 de 1955.—Alcance y sentido del artículo 7º del Decreto 186 de 1956, en cuanto reglamentario del 893 ya citado.—Por sentencia de 7 de julio de 1961, se declara nulo lo actuado ante la Inspección de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo y la Comisión de Arbitraje A-

Páginas

grario Obligatorio, por incompetencia de jurisdicción, en la presente controversia sobre reconocimiento y pago de mejoras entre Vicente Emilio Trujillo y la sucesión de Guillermo Rivera Abadía.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 660

Aclaración de sentencias y de autos.—Condena en costas.—Objeto del recurso de aclaración. No sirve para definir lo concerniente a costas.—El Juez que olvidó condenar en costas no está facultado para dictar providencia complementaria.—En los recursos arbitrales, en materia civil o del trabajo, no está prevista la condena en costas; ni para el recurso extraordinario de homologación.—Nulidad de estas actuaciones administrativas y condena en costas.—Por providencia de 31 de agosto de 1961, no se accede a aclarar la sentencia de 7 de julio último, proferida por la Sala en la controversia sobre reconocimiento y pago de mejoras entre Vicente Emilio Trujillo y la sucesión de Guillermo Rivera Abadía.—Magistrado ponente, doctor Roberto de Zubiría C. 672

Poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento en los conflictos económicos.—1.—Los poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento, respecto a los conflictos de carácter económico, sólo quedan sujetos a las limitaciones impuestas por los dictados naturales de la equidad.—2.—Estudio en conjunto, a la luz de la equidad, de un grupo de decisiones del Laudo.—3.—Amplitud del objeto que puede ser materia de convenciones colectivas y decisiones arbitrales.—Al trabajador no puede considerársele como un ser aislado del núcleo familiar y social.—4.—Préstamos a los trabajadores con destino a la adquisición o construcción de viviendas.—5.—Licencias remuneradas a los trabajadores para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización.—6.—Suministro de pasajes y viáticos a los trabajadores para el desempeño de comisiones sindicales.—7.—Sueldo para el trabajador que reemplaza a otro de superior categoría.—Extralimitación de las funciones del árbitro.—Por sentencia de homologación de 11 de julio de 1961, se declaran inexequibles algunas de las decisiones del laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento constituído para el estudio y fallo del conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Sindicato de Empleados y Trabajadores de la Compañía Colombiana de Electricidad, división Atlántico, División Central o Seccional del Magdalena, y la Compañía Colombiana de Electricidad. — Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 674

Incongruencia. — Recurso de apelación. — Confesión judicial. — Liquidación de la cesantía.—1.—Si de las dos peticiones — jubilación y cesantía — formulada ésta como subsidiaria de aquélla, se pide en el segundo grado la estimación de la última únicamente, no puede el fallador, sin incurrir en incongruencia, decidir sobre la primera.—La relación de apelación tiene el ámbito estricto que le comunica la pretensión procesal autónoma que le da vida.—2.—Frente a una prueba plena como la confesión judicial, que ni siquiera se ha intentado rectificar, no es acertado desecharla para atenerse a otra de inferior calidad.—3.—Alcance y sentido del artículo 1º de la Ley 65 de 1946, en orden a determinar la fecha desde la cual debe liquidarse la cesantía. Por sentencia de 25 de julio de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por María del Rosario Correa de Cárdenas contra "Laboratorios Lister".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez... ... 690

Contrato de trabajo.—Auxilio de cesantía.—Primas de servicio.—Técnica del recurso de casación.—1.—El elemento subordinación es el que en definitiva sirve para determinar si se está o no en presencia de un contrato de trabajo.—El mandato muchas veces es un medio para realizar el contrato de trabajo.—2.—Auxilio de cesantía y prima de servicios. 3.—Liquidación de la cesantía cuando el trabajo es discontinuo.—4.—Base para liquidar las primas de servicios.—Cómo se liquida cuando no se determinó en el juicio el salario devengado en determinado período.—5.—Técnica del recurso de casación.—Violación directa y violación indirecta.—Por sentencia de 5 de agosto de 1961, se casa parcialmente la proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena en el ordinario laboral adelantado por Leopoldo S. Ricardo contra Vicente Gallo.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo... 703

Aclaración de sentencias.—No se accede a la solicitud de aclaración respecto de la sentencia que antecede.—Así lo resuelve la Sala en providencia de 4 de septiembre de 1961, re-

Páginas

caída en el ordinario laboral adelantado por Leopoldo Ricardo contra Vicente Gallo.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 713

Uso y abuso de la cláusula de reserva.—Requisitos de orden externo y de orden interno que limitan la facultad derivada de la cláusula de reserva.—Examen de esta facultad en función del principio de la autonomía de la voluntad.—Consecuencias del uso indebido de la cláusula de reserva.—No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige.—Por sentencia del 21 de agosto de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en el ordinario laboral adelantado por Eusebio Villa Olivares contra Compañías Unidas de Combustibles (Cudecom).—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 716

Correduría y mandato.—Técnica de recurso de casación.—1.—El corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario.—Diferencias entre la correduría y el mandato.—2.—Importancia decisiva en casación de que el recurrente no omita la cita de las disposiciones legales infringidas.—Por sentencia de 21 de agosto de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Luis Zapata y otro contra Jorge de Bedout y otra.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 723

Páginas

Sentencias que no admiten recurso de casación.—Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva.—Cuáles tienen este carácter.—Las que no deciden definitivamente la controversia, aunque adopten la forma de sentencia, no son actos procesales de tal índole.—Si la demanda no está en debida forma no es posible el pronunciamiento judicial de mérito.—Si el auto admisorio del recurso de casación no se ajusta a la ley, ésta no puede impedirle a la Corte la rectificación del error cometido.—Por providencia de 22 de agosto de 1961, la Sala deja sin efecto la calificación del recurso de casación, y en su lugar declara inadmisible el interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral adelantado por Francisco Evelio Huertas contra el Municipio de Guateque.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez... ... 728

Contratistas independientes. — Contrato de transporte, contrato de trabajo y contrato de obra.—Cuáles son contratistas independientes.—La obligación de entregar la mercancía a la persona que el remitente indique, no convierte al porteador en trabajador dependiente, ni al remitente en patrono.—Por sentencia de 29 de agosto de 1961, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral adelantado por José Duque Z. contra la Compañía de Gaseosas Posada Tobón.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez... 731

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION
Procurador Auxiliar

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION
ABOGADO

G A C E T A J U D I C I A L

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XCVI BOGOTA—1969 NUMERO 2245

EXTRACTOS DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO (JUNIO, JULIO Y AGOSTO DE 1961)

A

1

ABUSO DE AUTORIDAD
(Por demoras).

En el proceso civil las partes inician el juicio y aportan el material procesal hasta llevarlo a su fin. Pero una vez que el juicio está iniciado, normalmente corresponde al Juez conducirlo de oficio respecto a la actuación, es decir, impulsar la actuación, hasta dictar el fallo definitivo, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de sufrir las sanciones establecidas en el Código Penal, como expresamente lo previene el artículo 377 del Código Judicial.

Y de acuerdo con lo ordenado por el artículo 375 ibídem, el Juez debe dictar los autos interlocutorios dentro del término de nueve días.

No aparece acreditado en autos que en el Juez hubiera concurrido alguna causa excepcional de excusa, como enfermedad, que hubiera justificado la notoria demora en que incurrió para resolver en relación con la reposición pedida por el apoderado de los demandados.

De lo expuesto se concluye que sí existe en el proceso la prueba requerida por la ley para llamar a juicio al ex Juez del Circuito de Cartagena, por el genérico delito "de los abusos de autoridad y otras infracciones", contemplado en el Capítulo VI, Título III, libro II del Código Penal y específicamente por el artículo 172 de dicho Código, por cuanto el sindicado retardó la ejecución de un acto a que legalmente estaba obligado al demorar resolver, excediéndose notoriamente en los términos legales, el memorial de reposición del auto admisorio de la demanda. (Casación Penal, agosto 2 de 1961. Tomo XCVI, páginas 542, 2ª, y 543, 1ª).

2

ABUSO DE AUTORIDAD

(Extralimitación en el ámbito de facultades de que está revestido el funcionario).

Precisa crear la conciencia en los servidores públicos —los Jueces en mayor grado—

que el hecho de estar revestido de aquella jerarquía especial, no autoriza sobrepasar o extralimitar ese ámbito de facultades. Cuando ello suceda, el rigor penal debe moderar tal proceder. No es la creencia del funcionario lo que determina el derecho controvertido. Es más bien el reconocimiento del derecho objetivo que protege a la parte agraviada lo que da contenido al abuso de autoridad cuando se le desconozcan sus derechos. Así se restituye la justicia y se la defiende de la arbitrariedad. (Casación Penal, Agosto 3 de 1961. Tomo XCVI, página 552, 1ª).

3

ABUSO DE AUTORIDAD

(Elementos que tipifican este delito).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan como elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad concretado en la norma del artículo 171 del Código Penal, los siguientes:

1º Calidad de empleado o funcionario público en el sujeto activo del delito;

2º Que el hecho se cometa en ejercicio de funciones o excediéndose en ellas;

3º Que no esté previsto especialmente como delito en otra disposición legal;

4º Que exista arbitrariedad e injusticia en el mismo, y

5º Que por tener estas calidades, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad.

Cuandoquiera que en un caso dado se reúnan estos presupuestos, el hecho es constitutivo de abuso de autoridad y consecuencialmente a quien lo comete le puede ser imputado aquel ilícito. Es que cuando se realiza un hecho con injusticia o arbitrariedad, sin sujeción a las normas jurídicas preestablecidas para su cumplimiento, se viola la ley, sin que importe nada que los motivos determinantes para hacerlo pudieran ser nobles o altruístas. Para reprimir el hecho penalmente basta que se haya quebrantado la legalidad y que el funcionario haya procedido con conciencia de ello. (Casación Penal, agosto 3 de 1961. Tomo XCVI, página 550, 1ª).

4

ABUSO DE AUTORIDAD

(Extralimitación de funciones).

Dentro de las circunstancias que motivaron el proceso, es menester subrayar en cuál actitud del funcionario acusado se advierte una extralimitación de funciones que acentúe un hecho arbitrario o injusto en perjuicio de una persona.

Si al practicar la diligencia de entrega por despojo injusto ordenada por el Tribunal, se presentaron tesis encontradas, ello mismo significa que los pareceres de los contrincantes no eran idénticos y por lo tanto, era necesario recurrir a los medios legales para hacerlos valer, a fin de que les fueran reconocidos sus derechos. Declarar sin efecto la diligencia de entrega practicada por el Juez comisionado, era favorecer una causa en perjuicio de otra, mientras la perjudicada no pudiera hacer surgir el derecho que le asistía para oponerse por medio de los recursos oportunamente interpuestos.

El abuso consiste en desconocer estos derechos. Basta colocarse en el mismo lugar de los contrincantes para comprobar que esa conducta envuelve un hálito de injusticia que no puede desestimarse, a menos que se crea que el Juez es omnipotente y que su misma investidura lo hace invulnerable a la arbitrariedad. (Casación Penal, agosto 3 de 1961. Tomo XCVI, página 550, 2ª).

5

ABUSO DE AUTORIDAD

(En qué consiste).

Las determinantes de una actuación judicial pueden producir consecuencias de natu-

raleza suficiente para estructurarlas como ilícitas, cuando ellas no corresponden a la forma que la ley señala para ejecutarlas o cumplirlas. Pretender que interpretar la ley, cuando no hay un obvio motivo de interpretación porque los textos son claros, permite desconocer aquellos principios, implica negar virtualidad penal a formas de delito creadas precisamente para evitar abusos y arbitrariedades. Cuando ocurre que se sobrepase la facultad legal de interpretación, para entrar en los terrenos prohibidos de lo abusivo o arbitrario, el estatuto penal proporciona el medio para reparar lo hecho y señalar como punible la conducta de los funcionarios que obran más allá de las atribuciones que les fueron concedidas. Así se reconstruye la justicia y se determina con exactitud el proceder de todos: los que deciden y los que obedecen a los mandatos legales.

Puede ser que dentro de una interprètación formalista de la ley se acepte que puedan resolverse circunstancias que incidan contra los intereses de las personas víctimas de ellos. Mas el abuso de autoridad no consiste propiamente en que esa concepción sea cierta subjetivamente para el funcionario. Consiste en forma primordial en que se desconozcan derechos amparados y protegidos por la ley, cuya violación constituya abuso o arbitrariedad.

Menester es reducir las proporciones de la autoridad de los funcionarios al ámbito propio de sus atribuciones. Cuando las sobrepasan, conlleva tal conducta una actitud que incide penalmente. Pueden hacerse disquisiciones abstractas para mantener la vigencia de un estado de cosas discutible con el ánimo de justificarlos. Pero lo que no ofrece discusión es aquello que se haga con detrimento de derechos cuya tutela corresponde a la ley penal.

Lo que la ley erige en abuso de autoridad no son las sutilezas jurídicas con que se pretende excusar una conducta, sino el efecto que ellas producen con el desconocimiento de prerrogativas que tienen que ser reconocidas cuando se alegan con oportunidad y se desconocen injustamente. Allí estriban el amparo y la protección legal o tutela jurídica que determina el ilícito cuando se opera la desviación de esa actividad y se produce un acto arbitrario. Lo que la ley penal erige en delito es precisamente tal desviación. Cuando ella ocurre, demostrados todos los demás elementos del hecho, no escapa a la ley penal, aunque se trate de ampararla con criterio de interpretación. Estos son ilícitos cuando verdaderamente conllevan una adecuada armonía con la discrepancia que la controversia suscita. Pero cuando de otra manera ocurre ello es improcedente y, por lo mismo, inaceptable en el plano jurídico. (Casación Penal, agosto 3 de 1961. Tomo XCVI, páginas 551, 2ª y 552, 1ª).

6

ABUSO DE CONFIANZA

(Delito. - Consumación).

En el abuso de confianza puede establecerse que la jurisdicción la señala el hecho de disponer de lo que se ha confiado a título no traslaticio de dominio y el lugar donde se manifieste la voluntad de disponer de lo confiado al agente por aquel título. (Casación Penal, 20 de julio de 1967. Tomo XCVI, página 410, 1ª).

7

ACLARACION DE SENTENCIA

(Es inadmisible, so pretexto de aclararla, pretender su reforma).

El incidente de aclaración de un fallo no puede referirse sino a aquellos conceptos o frases que, a juicio del juzgador, ofrezcan verdadero motivo de duda. Lo que ahora se busca no es una aclaración propiamente dicha, sino la reforma de la sentencia mediante una declaración sobre un asunto que no fue sometido a la controversia. Esta pretensión es

inadmisible. (Casación Civil, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 145, 2ª).

8

ACLARACION DE SENTENCIA

(Es recurso de carácter eminentemente estricto y atañe a lo que ofrezca verdadero motivo de duda en la ejecución del fallo).

El recurso de aclaración, otorgado a los litigantes por el artículo 482 del Código Judicial, es de carácter eminentemente estricto. Cualquiera flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para que el mismo juzgador revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresa en el mismo texto legal.

Por consiguiente, "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" no pueden ser distintos de aquellos que envuelvan oscuridad para el cumplimiento de la sentencia. Deben por ello incidir directamente en la resolución jurisdiccional, y no en los motivos que la hayan determinado, diferentes sin duda de los que hayan podido asistir a alguna de las partes. (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, página 121, 1ª y 2ª).

9

ACLARACION DE SENTENCIA

(Inexequibilidad de algunos artículos del Decreto número 12 de 1959).

Sobre la solicitud de aclaración formulada por el señor Procurador General con ocasión de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte, con fecha 24 de julio de 1961, por medio de la cual fueron declarados inexequibles algunos artículos del Decreto extraordinario número 12 de 1959 y constitucionales otras normas del mismo Decreto, se considera:

No por implícito es menos claro el entendimiento de que la Corte, por el voto de las diez y nueve ventiavas partes de los miembros que la integran, aplicó el artículo 50 del Código Judicial vigente cuando fue adoptada por mayoría absoluta la referida sentencia.

Aparece apenas la opinión de uno de los Magistrados en el sentido de que fuese necesaria la mayoría de tres cuartas partes para aprobar el fallo en mención. Y es ostensible que ningún camino, menos aún si es indirecto o circunstancial, puede ser de recibo para trocar la mayoría de las diez y nueve ventiavas en minoría frente al voto disidente, incapaz en absoluto de darle viabilidad al recurso de aclaración que el artículo 482 del Código Judicial establece para **los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.** Primeramente, porque como lo reconoce el señor Procurador, no es dable señalar concepto o frase alguna que en el referido fallo ofrezca razonablemente verdadero motivo de duda. Y en segundo término, porque como las sentencias ejecutoriadas deben cumplirse, tales frases o conceptos dudosos han de figurar en la resolución por cumplir, que no en la parte motiva del fallo.

Por mayoría de **doce** Magistrados sobre veinte, la Corte decidió el 11 de agosto de 1959 (XCI, 2215-2216, 357) que la Ley 2ª de 1958 había elevado a la categoría de normas legales el contenido de los decretos legislativos dictados por varios Gobiernos a partir del 9 de noviembre de 1949, con invocación del artículo 121 de la Carta. De donde, por virtud de esa cláusula general, se produjo **de plano** sustracción de materia para las demandas de inexequibilidad de los dichos decretos legislativos en su carácter de tales, o sea con abstracción de la Ley 2ª de 1958 y sus continuadoras 105 de 1959 y 79 de 1960.

Es entonces de palmar evidencia que la sustracción de materia declarada por la Corte el 15 de julio de 1961, con respecto al Decreto legislativo 3519 de 1949, no es otra cosa que providencia inhibitoria. Lo cual justa y sencillamente significa ausencia de pronuncia-

miento de mérito sobre el fondo mismo de la vigencia o insubsistencia, constitucionalidad o inexequibilidad de aquella medida del Gobierno, limitativa de la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia frente a los decretos de estado de sitio, y por medio de uno de esos mismos decretos de carácter legislativo.

No se planteó en la demanda contra el Decreto legislativo 12 de 1959 cuestión alguna sobre la vigencia o validez del Decreto legislativo 3519 de 1949, y el recurso de aclaración de la sentencia no es vía idónea para convertirlo en objeto acumulado del pronunciamiento. No es demanda en debida forma como presupuesto necesario de la acción de inexequibilidad.

Pero así como es manifiesto el propósito del Gobierno de hacer ejecutar las sentencias judiciales como concreta expresión de la Carta Fundamental y leyes de la República en los casos particulares que fueron la sujeta materia del juzgamiento, es igualmente manifiesto en la Corte el obedecimiento a la Constitución y leyes nacionales, del mismo modo que la aplicación del artículo 50 del Código Judicial por mayoría, no de las tres cuartas partes, sino de las diez y nueve ventiavas partes de sus miembros integrantes de la corporación.

A todas luces no es el caso del recurso de aclaración. Pero los motivos expuestos parecerían conducentes a disipar la inquietud a que alude el señor Procurador General. En consecuencia, por sustracción de materia, no procede la aclaración solicitada. (Sala Plena, agosto 23 de 1961. Tomo XCVI, páginas 38, 1ª y 2ª, 39, 1ª).

10

ACLARACION DE SENTENCIA

(En relación con la omisión de proferir condena en costas).

Sobre la solicitud que se hace a la Corte para que aclare su proveído en el sentido de que se pronuncie sobre costas, se considera:

El recurso de aclaración tiene por objeto poner en claro los conceptos o frases de una providencia judicial que ofrezca verdadero motivo de duda, si a simple vista presenta oscuridad o ambigüedad. Tal es el alcance que sobre este remedio legal fija, con relación a la sentencia, el artículo 482 del Código Judicial. Si la aclaración no es de sentencia sino de auto —como ocurre en el presente caso—, el criterio es el mismo que traza el citado ordenamiento. Al interpretarlo, la jurisprudencia ha dicho que los conceptos o frases determinantes de la duda deben encontrarse en la parte resolutiva de la decisión, que es donde se halla el verdadero acto de voluntad del Juez y el que vincula tanto a éste como a las partes.

No se encuentra en el caso de la norma citada el auto de la Corte cuya aclaración se pide, pues resuelve con toda claridad la cuestión que decide, o sea la nulidad de lo actuado por el Inspector de Asuntos Campesinos y la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio.

Se utiliza por el reclamante el recurso de aclaración como medio para obtener la condena en costas. Se trata, como es fácil advertirlo, de cuestiones distintas. En el primer caso, si el recurso procede, lo resuelto se mantiene fijando su verdadero sentido. En el segundo hay dos providencias distintas: la decisoria del pleito, incidente o recurso, y la complementaria sobre costas. Tratándose de instituciones procesales distintas, la referente al recurso de aclaración no sirve para definir la concerniente a las costas.

Las costas, contra la parte vencida en el pleito, ya sea en el primero o en el segundo grado, en la instancia principal o en la incidental, o en los recursos extraordinarios, deben decretarse en la providencia que decide el pleito, incidente o recurso, al tenor de las reglas legales que gobiernan la institución.

Si siendo el caso de condenar en costas, el Juez guardó silencio al respecto, no existe facultad legal para que repare la omisión dictando nueva providencia complementaria de

la anterior. La ausencia de norma al respecto llevó a la Comisión Redactora del Proyecto de Código Judicial al estudio del Congreso, a contemplar el punto (artículo 366), autorizando al fallador para dictar sentencia adicional en caso de que nada hubiera estatuído sobre costas, a petición de parte.

En los recursos arbitrales, en materia civil o del trabajo, no está prevista la condena en costas. Tampoco la establece la ley para el recurso extraordinario de homologación. Si no era pertinente una disposición en tal sentido en la sentencia decisoria del recurso, tampoco cabe en la dictada por la Corte sobre nulidad de lo actuado en las fases administrativas que terminaron con la expedición del laudo contra el cual se interpuso el indicado recurso. (Casación Laboral, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, página 673, 1ª y 2ª).

11

ACTO PROCESAL

(Oportunidad de un).

La **oportunidad** de un acto procesal se refiere no sólo al tiempo, sino al modo de producción. Es decir, que para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. La conjunción de tiempo y modo es, así, lo que genera la oportunidad procesal, puesto que si falta el modo a que la ley sujeta la producción del acto, aunque éste se intente en tiempo hábil, será como si no se hubiera producido. (Casación Civil, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, página 113, 1ª).

12

ACUMULACION DE ACCIONES

(Filiación natural y petición de herencia).

Las dos acciones de filiación natural que se ejercitaron en este proceso y las consiguientes de petición de herencia, a más de ser concurrentes y compatibles, proceden de una misma causa, que es la paternidad natural atribuída a un determinado varón, y están dirigidas contra un mismo sujeto pasivo, compuesto por todos los herederos del presunto padre, lo cual les da la conexidad necesaria para la acumulación, en conformidad con el artículo 398, ordinal 4º, del Código Judicial. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 107, 2ª).

13

ACUMULACION DE ACCIONES

(Condiciones para que pueda darse la acumulación de autos de que trata el artículo 209 del Código Judicial).

Para que la acumulación objetiva de acciones pueda llevarse a efecto, dentro de las normas legales (209 del Código Judicial), se requiere que se trate de las mismas personas, con pretensiones respecto del mismo objeto del litigio; pero si esto no ocurre, la acumulación resulta del todo inadmisible; y así, por ejemplo, si Pedro detenta, sin derecho alguno, dos inmuebles, uno de propiedad de Juan y otro de Diego, los dos propietarios no podrán ejercitar la acción de reivindicación contra aquél, en un solo juicio, sino que cada uno de ellos debe proponerlo en forma separada e independiente.

Con razón esta Sala en sentencia de fecha 4 de octubre de 1932, se expresó así: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se

dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón, de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del Código Judicial abolido, que corresponde al 209 del actual". (**Gaceta Judicial**, Tomo XLI, página 124). (Negocios Generales, 18 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 315, 2ª).

14

ACUMULACION DE ACCIONES

(Por razón de la comunidad de causa petendi).

El artículo 209 del Código Judicial exige para la eficaz acumulación objetiva de acciones la identidad de los sujetos del proceso, tanto respecto del demandante como del demandado; pero si esto no ocurre, si al juicio deben comparecer varios actores o varios demandados, las acciones no pueden acumularse, salvo que ocurra alguno de los eventos previstos en el artículo 398 del Código Judicial, porque si los procesos pueden acumularse cuando se hallan ya en tramitación, nada se opone para que se lleve a efecto desde su iniciación, pues así se cumple la finalidad de la ley con la acumulación, que consiste en evitar sentencias contradictorias y, además, de obtener la secundaria ventaja de la consiguiente economía procesal, en cuanto implica el común aprovechamiento de pruebas, diligencias y demás elementos procesales.

Sin embargo, la acumulación de procesos o autos no puede llevarse a efecto **ad libitum**, sino cuando la relación jurídica, objeto del juicio, tiene alguna conexión entre los diversos elementos que la integran, en la forma descrita en alguno de los casos previstos en el artículo 398 del Código Judicial, como "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos (o bien muchos contra uno, o varios contra varios), y haya, por consiguiente, diversidad de personas", según palabras textuales del numeral 4º del artículo memorado.

En el caso **sub judice**, si bien existe diversidad de personas, la relación jurídica tiene de común el nexo, vale decir, la **causa petendi** o el hecho que justifica el derecho invocado, el cual consiste en que el mismo accidente o siniestro, imputable al chofer del Terminal Marítimo, ocasionó varios daños en las personas y en los bienes de los actores, cuya indemnización demandan de la Nación con fundamento en una responsabilidad indirecta, según el artículo 2347 del Código Civil; por tanto, según lo dicho antes, procede la acumulación de las acciones desde la iniciación del juicio, en la demanda misma.

Respecto a los juicios sobre propiedad del subsuelo petrolífero, a algunos de los cuales se refiere el Procurador Delegado en lo Civil en el alegato presentado en esta segunda instancia, las acumulaciones demandadas se han negado, precisamente, porque no han aducido una **causa petendi** común, que consiste en derivar sus derechos de propiedad sobre las distintas parcelas de un mismo título antiguo, emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873; porque no basta que el área de la propuesta afecte a varios predios, pues como elemento extrínseco, no integra la relación jurídica sobre propiedad del subsuelo, aun cuando sí opere como causa ocasional para establecer el interés jurídico actual en el ejercicio de la acción de oposición a la propuesta de contrato de exploración y explotación de los hidrocarburos subyacentes.

En consecuencia, no es aceptable la falta de demanda en forma, por indebida acumulación de acciones, según alegación del Procurador Delegado en lo Civil. (Negocios Generales, 29 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 332, 2ª, 333, 1ª).

15

ACUMULACION DE AUTOS

(A que da lugar la conexidad que entre dos o más procesos crea un título común).

Conforme al numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, se pueden acumular dos o

más juicios "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas". Se trata en este caso de la acumulación a que da lugar la conexidad que entre dos o más procesos crea un título común, pues que por causa ha de entenderse, para efecto de esta disposición, el título que da derecho a ejercitar la acción.

En general, se entiende por título, según Guasp, "el acaecimiento o acaecimientos fácticamente delimitadores de la reclamación que se formula ante el órgano jurisdiccional", vale decir, la causa de la cual proviene el derecho de acción, y que, por tanto, condiciona el ejercicio de ésta. Ese acaecimiento es siempre un hecho jurídico o un acto o un negocio jurídicos.

Tratándose de la propiedad privada de hidrocarburos, la acción no versa ya sobre el dominio actual, referido a un determinado titular (cuestión que atañe a la legitimación en la causa), sino que es declarativa del hecho de haber aquéllos salido legalmente del dominio del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 1873, por lo cual es este hecho sustancial el que ha de establecerse, y el que, por tanto, ha de expresarse en el libelo; pero como el título supone también en este caso, además de aquel hecho, un acto o negocio jurídico en virtud del cual el Estado enajenó los hidrocarburos, es necesario, para efectos de la acumulación, que de las peticiones de pruebas resulte la identidad de ese título, o sea, de la causa de la cual provienen las acciones que se pretende acumular. (Sala de Negocios Generales, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 285, 1ª y 2ª).

16

ACUMULACION DE AUTOS

(Condiciones para que pueda efectuarse en juicios sobre petróleos).

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato, sobre la exploración y explotación de los petróleos subyacentes, por razones de simple economía procesal, se admite la acumulación de autos en el caso previsto en el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial; pero para esto se requiere la presentación del título invocado, pues no basta la simple y escueta afirmación de que "salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado", sino que es menester aducirlo al proceso, pues toda decisión judicial debe fundarse en los hechos legalmente probados, dice el artículo 593 del Código antes citado; y aún más, el título presentado debe referirse a un inmueble debidamente especificado o determinado, mediante la descripción de las lindes y ubicación (artículo 22 del Código Judicial; artículo 34, inciso 4º del Decreto 1056 de 1953).

El hecho de que el área de la propuesta afecte o comprenda en el caso de autos los dos predios, no puede invocarse como causal de acumulación, porque esta circunstancia puramente extrínseca, accidental y ocasional no establece ninguna relación sustancial entre los litigantes, y, en consecuencia, tampoco puede existir el riesgo de sentencias contradictorias por dividirse la continencia de la causa, ni tampoco la razón de la economía procesal, comoquiera que los títulos y los demás hechos básicos son distintos en los respectivos procesos. (Negocios Generales, 18 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 315, 2ª, 316, 1ª).

17

ACUMULACION OBJETIVA

(De acciones de filiación natural).

No es cierto que la acumulación objetiva operada en este proceso viole el artículo 209 del Código Judicial, en razón de ser incompatibles entre sí las varias acciones de filiación natural. Porque si la Ley 45 autorizó la investigación de la paternidad natural, la con-

currencia de todos los hijos de un mismo padre para que se declare aquélla y el consiguiente derecho que tiene de heredar al padre fallecido, en manera alguna significa incompatibilidad del estado o derecho de uno respecto de los demás, sino todo lo contrario, la compatibilidad o armonía que da la ley para que todos los hijos naturales del mismo padre obtengan el reconocimiento de su estado civil de tales, y se distribuye en el orden sucesoral que les corresponda el patrimonio, dejado por él. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 160, 1ª).

18

ALEVOSIA

(Estado de indefensión de la víctima).

"Lo fundamental del acometimiento alevoso —ha dicho la Corte— es que el agresor se dé cuenta de que la víctima está desprevenida y en la incapacidad de rechazar el mal que la amenaza, y, sin embargo, la mate en esas condiciones". (Casación de 29 de marzo de 1949, **Gaceta Judicial**, Tomo 65, números 2070 y 2071, página 779).

La alevosía implica un proceder incidioso del agente, con el cual busca, procura o aprovecha el estado de indefensión o despreocupación de la víctima, a fin de asegurarla sin riesgo para el delincuente. (Casación Penal, 22 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 609, 1ª y 2ª).

19

AMNISTIA

(Es una gracia o beneficio).

"La gracia o amnistía —dice el doctor José Vicente Concha— es un acto del poder social, que tiene por objeto y por resultado dar al olvido ciertos delitos, y a abolir, en consecuencia, las persecuciones y las condenaciones motivadas por ellos. La amnistía puede concederse antes o después de la condenación; pero en ambos casos borra lo que ha pasado antes de ella y suprime el delito, la acción y el fallo.

"El derecho de amnistía que se ha conocido en todo tiempo y lugar se justifica por la conveniencia que puede haber para la sociedad de dar al olvido ciertos hechos, de suerte que, cuando esta conveniencia existe, falta uno de los fundamentos del derecho de castigar, y por ello deja de existir este mismo derecho".

(Casación Penal, 1º de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 535, 1ª).

20

AMNISTIA

(Se concede de oficio o a petición de parte).

Los Decretos 1823, artículos 2º y 2062, artículo 6º de 1954, no es que se excluyan o se contradigan o sean incompatibles ambas disposiciones, sino que la una armoniza con la otra en el sentido de permitir que bien de oficio, como lo dispone el Decreto 1823, o bien a petición de parte, como lo dispone el Decreto 2062, pudieran los que delinquieron en las circunstancias que permiten el goce de aquellas gracias acogerse a las mismas a efecto de que en uno u otro caso la acción penal por causa de la amnistía fuera suspendida y a consecuencia de ello recayera el olvido que significa tal beneficio, en orden a propiciar por esa medida extraordinaria un nuevo estado de cosas que sirviera a la pacificación de los espíritus y al restablecimiento de la paz perturbada por los sentimientos exaltados por el partidismo político.

Pero aun en el supuesto de que se excluyeran o fueran incompatibles tales disposiciones, no sería explicable de modo alguno, que dos decretos, aun con distinta numeración, pero que se refieren a una misma materia, que entraron a regir el mismo día por mandato expreso del artículo 17 del que lleva el número 2062, contuvieran dos disposiciones

contradictorias entre sí, de forma tal que la una permitiera la oficiosidad para el otorgamiento de estas gracias, mientras que el otro borrara esa facultad, porque no otra cosa sería imponer la petición de parte para el logro de tales beneficios. Incurriría en tal caso el legislador en una incongruencia completamente inexplicable en dos decretos, que fuera de entrar a regir el mismo día, como ya se indicó, el segundo de ellos tiene por objeto, según lo explican sus considerandos, "hacer algunas aclaraciones y adiciones a los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954". (Casación Penal, 1º de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 534, 1ª).

21

AMNISTIA

(Los decretos son armónicos, nunca contradictorios).

El estudio armónico de los Decretos 2184 de 1953 y 1823 de 1954, "que regulan los beneficios del indulto y la amnistía, que aunque con distinta numeración comenzaron a regir el mismo día, puede decirse que se complementen dentro de su estructura orgánica, para formar un solo cuerpo legal, obediente a idéntico propósito de constituír una sola unidad destinada a reglamentar el otorgamiento o negación de aquellas gracias, sin que por ese mismo origen o finalidad sea posible afirmar que unas disposiciones contradicen o desarticulan las normas reguladoras de tales beneficios. De ser de otra manera, habría que decir que por legislar en esa forma resultó el absurdo de estatuír ordenaciones contradictorias, lo cual no puede admitirse sin una demostración adecuada, la que todavía no ha sido hecha". (Casación Penal, 1º de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 537, 1ª).

22

AMNISTIA

(Delito político).

De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1823 de 1954, tres distintas ocurrencias conllevan a calificar de delito político, aunque esta definición se aparte y mucho de la doctrina, una determinada conducta humana considerada ilícita por la ley penal. Son ellas, fuera, desde luego, de la calidad de ciudadano colombiano y de que se trate de delitos atroces: a) el móvil determinante: ataque al Gobierno; b) extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, y c) aversión o sectarismo político.

Cuando una cualquiera de estas circunstancias, o dos de ellas por lo menos, confluyan en un caso determinado, necesariamente tiene que dársele categoría de delito político al hecho para los efectos de la amnistía. Se dice lo anterior porque pueden muy bien confluír las marcadas con las letras a) y c), por la oposición violenta a un régimen político determinado puede surgir el sentimiento de repelencia que constituye la animadversión y el sectarismo partidista. Este sentimiento puede ser la razón del ataque u oposición al Gobierno. En cambio, en el aparte b) establece una relación jurídica distinta, como que no se obra por desafecto a un régimen político determinado, sino precisamente por causa contraria, como que el móvil determinante es el apoyo, manifestado con el deseo de defenderlo, lo que conduce a la extralimitación de funciones y a que el sentimiento afectivo de la adhesión impulse a actos que también merezcan, como los anteriores, ser considerados como susceptibles de gracias especiales en atención de los motivos que determinaron la conducta del incriminado. (Casación Penal, 1º de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 537, 1ª y 2ª).

23

ASESINATO

(Premeditación).

El Código Penal Colombiano, en el numeral 2º del artículo 363, eleva a la categoría de asesinato el homicidio que se comete mediando la circunstancia de la premeditación, siem-

pre, eso sí, que ésta esté acompañada de motivos innobles o bajos. Juegan, pues, importancia capital tales motivos para dar al delito la calidad máxima de los comprendidos dentro de la denominación genérica de homicidio, para otorgarles fisonomía de asesinato.

Esta modalidad nueva, que cambia totalmente la tradición jurídica del país y que no ha dejado de merecer críticas, pues en el Código Penal de 1890, para elevar el homicidio a la categoría de asesinato sólo se requería la premeditación, o mejor no existía la figura del asesinato sino acompañada de esas circunstancias, expresamente reconocida al calificar el proceso, fue objeto de profundo y detenido estudio en el seno de la comisión redactora del estatuto penal vigente, en el cual se dejó claramente establecido que los motivos determinantes juegan papel importantísimo para colocar el homicidio en el grado de mayor dolo dándole carácter de calificado y hacen parte integrante del fenómeno de la premeditación, no pudiendo existir ésta sin que también resulten comprobados los móviles innobles o bajos con que obra el agente al ejecutar el delito.

La redacción del numeral 2º del artículo 363 no deja duda alguna de que este criterio fue estructurado en el estatuto penal vigente. Por lo mismo, está también claro que el Código siguió las orientaciones de la doctrina Holtzendorff, pero la cita que hace la demanda es incompleta y no interpreta el pensamiento de aquel eminente autor. (Casación Penal, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, páginas 590, 2ª, y 591, 1ª).

B

24

BALDIOS

(Presencia del Ministerio Público en los juicios entre cultivadores o colonos y adjudicatarios de baldíos).

La recta aplicación del artículo 80 de la Ley 110 de 1912 a los juicios entre adjudicatarios y cultivadores o colonos de baldíos, impone precisar primeramente cuál sea el interés que quiso proteger el legislador con la formalidad del apersonamiento del Ministerio Público en los procesos de esta especie:

Lo primero que ocurre pensar es que, si por virtud de la adjudicación el Estado se desprendió del dominio de un terreno baldío, las subsiguientes controversias que puedan surgir entre el adjudicatario y los colonos o cultivadores del mismo, no afectan ya el patrimonio fiscal, de por sí ajeno a los intereses de carácter particular ahora en conflicto. Por lo cual, no puede decirse que sea el interés del Estado lo que requiere el llamamiento de la Agencia Pública a los juicios de que se trata.

Ni cabe afirmar que lo sea el interés del adjudicatario, pues el título de dominio privado de que en virtud de la adjudicación ha quedado investido, le otorga los atributos indispensables para proceder por sí mismo a la defensa de sus derechos, sin que requiera la tutela particular del Estado, a quien la ley exime de toda carga al respecto, según lo preceptúa el artículo 47 del Código Fiscal.

Entonces hay que concluír que la intervención del Ministerio Público en esta clase de contiendas, se encuentra imperada por el interés de los cultivadores o colonos, considerados como la parte jurídicamente débil frente al adjudicatario. Es claro que tal ordenamiento no toca con los cultivadores o colonos que hayan venido a instalarse con posterioridad a la adjudicación del baldío, pues entonces los conflictos que de tal ocupación resulten habrán de desatarse a la luz de las normas ordinarias que regulan las relaciones de derecho privado en cuestiones de dominio, posesión y tenencia. Pero los cultivadores o colonos que entraron a establecerse en el baldío con anterioridad a la adjudicación que del mismo hace luego el Estado a un tercero, y que por lo tanto quedarían perjudicados con esa adjudicación, si por la ley no se estableciesen las cautelas pertinentes, son los sujetos de derecho a cuyo favor ha de entenderse

establecida la intervención del Ministerio Público en los juicios que surjan entre ellos y el adjudicatario del terreno.

Por lo cual pudo decir la Corte, en proveído de la Sala de Negocios Generales, de 28 de mayo de 1926, que "si se reflexiona detenidamente en el objeto de la intervención de los Agentes del Ministerio Público en estos litigios, se advierte sin dificultad que ella tiene en mira la protección de los cultivadores o colonos, y no la representación jurídica de la Nación, una vez que en los juicios en que no figuran tales cultivadores o colonos, como son los que se siguen con los poseedores de títulos de baldíos que pretenden adjudicación de tierras a cambio o en pago de tales títulos, no intervienen los Agentes del Ministerio Público" (XXXII, 1689-1690, páginas 373 y 374). Y el criterio que inspiró tal doctrina es el mismo que prevalece en las providencias de la propia Sala, de fechas 17 de noviembre de 1927 (XXXV, 1803, página 120) y 16 de octubre de 1937 (XLV, 1930, páginas 871 a 873).

Con lo expuesto queda rectificada la tesis del Tribunal, de que "la presencia del Agente del Ministerio Público tiene lugar únicamente en las controversias suscitadas entre personas ocupantes o colonos que aún carecen de título emanado del Estado", pero que una vez adjudicado un baldío, la Nación "queda sin interés alguno en las futuras controversias que pudieran surgir entre adjudicatarios y pretendidos ocupantes", sin que en estas circunstancias exista "justificación alguna para que el Agente del Ministerio Público intervenga en un proceso en que la Nación no tiene que ser parte, precisamente por cuanto dejó de ser titular en el dominio", tesis que es inexacta, pues la presencia del Agente del Ministerio Público la reclama la ley, no solamente en los litigios que se susciten entre colonos que no hayan obtenido título de adjudicación de tierras baldías o entre éstos y extraños, sino entre colonos y **adjudicatarios** de las mismas (artículos 78, 79 y 80 del Código Fiscal, y 2º de la Ley 45 de 1917), a menos que se trate de ocupantes con posterioridad a la adjudicación de tales terrenos. (Casación Civil, agosto 22 de 1961. Tomo XCVI, páginas 241, 2ª, 242, 1ª).

C

25

CADUCIDAD DE LA ACCION

(Término legal para presentar la demanda de oposición en juicios de petróleos. Recursos inaceptables).

Cuando se ejercita la acción de oposición a la propuesta de un contrato sobre la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, tal acto debe cumplirse ante el Ministerio de Minas y Petróleos dentro del plazo de dos meses, a partir del cumplimiento de las formalidades señaladas en el inciso 1º del artículo 34 del Código de Petróleos; sin embargo, si no se presenta oposición en la dicha oportunidad, el presunto propietario dispone del plazo de un año para iniciar, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, el correspondiente juicio ordinario, el cual —obviamente se comprende— debe llenar las exigencias previstas en los artículos 205, 209, 222, etc., del Código Judicial; en caso contrario, es decir, si no llena tales requisitos, el Magistrado puede desechar o no admitir la demanda de plano; y si esto no ocurre, el Procurador Delegado podrá alegar la adecuada excepción dilatoria, o, en fin, si nada de esto se ha hecho, advertida la falta de un presupuesto procesal, el fallo será inhibitorio para terminar con el proceso o juicio, mas no con la acción, por regla general.

Sin embargo, en los procesos sobre petróleos, la regla general sufre una excepción en cuanto la acción está sujeta a caducidad, si no se ha promovido eficazmente dentro del año a que alude el Decreto número 3050 de 13 de diciembre de 1956, en el primer inciso del artículo 2º, con estas palabras textuales: "Este juicio únicamente podrá iniciarse den-

tro del año siguiente a la publicación en el 'Diario Oficial' del extracto de la propuesta...".

Aun cuando por sentencia de la Corte Plena de 15 de mayo de 1944, se declaró inexequible el artículo 2º del Decreto extraordinario número 756 de 1942 (**Gaceta Judicial** LVII, 318), como antecedente resulta sumamente interesante transcribir el 2º inciso del dicho artículo, que disponía: "Se entiende oportunamente iniciada una acción ordinaria y, por tanto, interrumpida la **prescripción de corto tiempo** establecida para estos casos por las leyes de petróleos, cuando la demanda ha sido presentada y admitida antes de vencerse el término de la prescripción".

Según puede apreciarse, la caducidad de la acción no se interrumpía con la sola presentación de la demanda, sino con la admisión; por tanto, si no se la admite, la presentación no produce el efecto antes mencionado; sin embargo, no sobra advertir que no se trata de una verdadera prescripción, sino de una caducidad; y, además, la inexequibilidad de la disposición transcrita se decretó por cuanto el Ejecutivo, al dictar el Decreto 756 de 1942, excedió las facultades concedidas por la Ley 128 de 1941.

Antes del artículo 2º, inciso 2º del Decreto número 756 de 1942, el artículo 87 de la Ley 167 de 1941, dispuso: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción".

La admisión de la demanda, cuando existe plazo para ejercitar determinada acción, tiene por función interrumpir la caducidad; pero si no se admite, aquel fenómeno ya no se produjo por el solo hecho de la presentación; y si la falla o defecto del libelo implica la necesidad de un nuevo acto de postulación, y ya se halla vencido el plazo, a este nuevo acto no se le puede dar efecto retroactivo con el fin de considerar como interrumpido un término que realmente no lo fue en la oportunidad legal, ni aun ocurriendo al expediente de desistir de una acción o de corregir la demanda, porque ninguno de estos aparentes remedios puede operar respecto de lo que no existe; porque es posible desistir cuando existe juicio o pleito, por la notificación de la demanda al demandado, mas no cuando el libelo ha sido desechado; y asimismo tampoco se puede corregir una demanda que ha sido también desechada por indebida acumulación de acciones. En tal caso se requiere una nueva demanda, presentada dentro del plazo fijado por el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956; pero si este plazo ya se ha vencido, como ocurre en el presente asunto, no puede ampliarse o prorrogarse mediante el arbitrio de ocurrir al imposible desistimiento de una acción o a la enmienda de la demanda, con el fin de evadir la presentación de un nuevo libelo, el cual resultaría también inadmisible por expiración del término legal.

Al artículo 472 del Código Judicial no puede dársele una interpretación tan extensa que llegue a vulnerar los derechos de la contraparte, como sucedería en este caso si se admitiera el supuesto desistimiento parcial para cohonestar la indebida acumulación objetiva de acciones hecha en la demanda. Finalmente, la Sala de Decisión estudió a espacio esta materia en auto de fecha 14 de abril de este año (XCV, 730 y siguientes). (Negocios Generales, 1º de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 323, 1ª, 2ª, 324, 1ª y 2ª).

26

CASACION

(Falta de técnica).

No se ajusta a la técnica del recurso de casación el cargo que presenta una disposición legal como quebrantada en forma principal y otra de manera subsidiaria. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 102, 1ª).

27

CASACION

(Acusación contra el fallo del Tribunal en cuanto hizo propia la motivación del Juez de primera instancia).

El cargo dirigido contra un concepto equivocado del sentenciador de primera instancia es ineficaz, porque el recurso de casación lo establece la ley contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, no contra los de primera, a menos que aquéllas hayan acogido tanto la parte motiva como la resolutiva de éstas, pero aun en dicho caso la acusación se dirigiría contra el fallo del Tribunal, en cuanto hizo propia la motivación del Juez de primera instancia. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 109, 2ª).

28

CASACION

(Causales 1ª y 2ª).

Si bien el poder de juzgar de las instancias no es absoluto, la relativa soberanía que para ellas se estatuye, en orden a la estimación de la prueba y determinación del grado de responsabilidad del delincuente, está indicando que el recurso de casación, cuando se invocan las causales 1ª y 2ª, sólo prospera si el recurrente demuestra en forma debida que de modo evidente, irrefragable o indiscutible, el fallador incurrió en error de derecho o en error de hecho. (Casación Penal, 26 de junio de 1961. Tomo XCVI, páginas 425, 1ª, y 426, 1ª).

29

CASACION. — DEMANDA

La Sala no puede tener en cuenta ni entrar a estudiar el cargo consistente en haberse aplicado el Decreto 0012 de 1959, en relación con hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, que de haber sido propuesto oportunamente dentro del término legal para presentar la demanda de casación hubiera tenido seguramente éxito a través de la causal de nulidad, pues según lo tiene aceptado esta Sala, la demanda de casación no puede ser aclarada, corregida o adicionada, por no permitirlo las caraterísticas del recurso de casación. (Casación Penal, 26 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 432, 1ª).

30

CASACION (TECNICA DEL RECURSO DE)

(La violación de la ley, por el concepto de aplicación indebida, excluye toda consideración probatoria).

El cargo segundo que se hace a la sentencia acusada se formula por aplicación indebida de los preceptos que cita. Dice el recurrente que el hecho relativo a servicios continuos del trabajador de enero de 1954 a octubre de 1956, que el Tribunal da por existente, no está probado, según las pruebas a que alude. Para la sentencia acusada, tanto la prueba testimonial como las relaciones de pedidos contratados por el empleado, desmuestran servicio continuo durante ese período de tiempo.

La acusación, como se ve, parte de una cuestión de hecho, para la cual precisa examinar la prueba que le sirve de fundamento, y la violación de la ley, por el concepto que indica el recurrente, excluye toda consideración al respecto. Si para llegar a la infracción de la norma es necesario demostrar la existencia del hecho, ya no se está dentro del ámbito propio de su violación directa, por aplicación indebida. (Casación Laboral, 5 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 658, 2ª).

31

CASACION

(Motivos de impugnación diferentes).

No se compadece con la técnica del recurso extraordinario de casación confundir motivos de impugnación diferentes, y por ello incurre en error el demandante cuando a través de la causal 4ª hace alegaciones sobre el mérito de la prueba tenida en cuenta por el jurado para proferir su veredicto condenatorio y por las instancias para sus respectivos fallos. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 571, 2ª).

32

CASACION

(Violación directa y violación indirecta de la ley sustantiva).

También se acusa la sentencia del Tribunal por haber infringido, en forma directa y a causa de errónea interpretación, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al condenar en salarios caídos a la parte demandada.

Sostiene el recurrente que no procedía tal condena porque la verdadera naturaleza de la relación que vinculó a las partes fue objeto de intensa discusión en la litis; que el propio Juez del conocimiento consideró que no había existido contrato de índole laboral, justificando así la posición de la parte demandada; que la sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que invoca el fallador, se refiere a un caso excepcional que ninguna similitud tiene con el de autos, y que en cambio el **ad quem** desechó todo el copioso acervo jurisprudencial que ofrecen los anales de la justicia del trabajo, en que se ha fijado el alcance de la citada norma, por todo lo cual solicita que sea casada parcialmente la sentencia para que en su lugar se confirme el fallo de primera instancia en cuanto absolvió de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estudia el cargo.

El sentenciador de segunda instancia estima que el trabajador demandante tiene derecho a indemnización moratoria, por no haber hecho el patrono oportunamente el pago de las prestaciones sociales ni consignado su valor, sin que mediara duda justificada sobre la obligación que tenía de hacerlo. Se apoya en una sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, de fecha 4 de octubre de 1954, que en su parte esencial expresa lo siguiente:

"Se ha afirmado también que la duda en el ánimo del patrono sobre el derecho del trabajador puede llegar a establecer buena fe en su conducta de aparente incumplimiento. Pero tal duda debe ser plenamente justificada, en razón de lo que antes se dijo, o bien, porque las circunstancias de hecho originarias de la obligación no sean suficientemente claras para configurarla, como cuando, por ejemplo, se dilata el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo sosteniendo con fundadas razones que el trabajador provocó deliberadamente el insuceso. De otra suerte, sería suficiente que el patrono manifestara tener dudas en cuanto al derecho reclamado para que su pago se pospusiera hasta la terminación de la litis y someter así, calculadamente, al trabajador a una espera indefinida y contra el querer y la finalidad protectora del derecho del trabajo".

Es obvio que el fallador, al acoger la tesis jurisprudencial, que por lo demás se ha mantenido por esta Sala, no puede incurrir en interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en torno al cual se elaboró aquélla.

Otra cosa es que los supuestos de hecho del caso de autos sean distintos a los que sirvieron de base a la tesis mentada, como lo pretende el recurrente, y esto no podría establecerse sino por vía indirecta, a través del examen concreto de las pruebas correspondien-

tes. Se rechaza la acusación. (Casación Laboral, 5 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 710, 2ª).

33

CASACION

(Este recurso se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege el fallo de segundo grado).

El recurso de casación es en extremo exigente. Porque en esencia —como lo ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades— él se endereza a desquiciar la presunción de la legalidad que protege al fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior. Esta característica fundamental del aludido recurso presupone, por tanto, la necesidad de que el demandante combata las bases y consideraciones jurídicas en las cuales se apoyó el Tribunal para aplicar una determinada norma de derecho positivo que se estima violada. Pero si a la Corte no se le ofrece por el impugnador ese indispensable material de estudio, ésta se halla ante la imposibilidad de decidir si en el caso **sub judice** hubo o no un quebrantamiento de la ley. Por ello se ha dicho con toda propiedad y por esta entidad que la sustentación es el recurso mismo y constituye la nota diferencial que lo separa de los otros medios comunes que operan en las instancias. (Casación Penal, agosto 21 de 1961. Tomo XCVI, página 597, 1ª).

34

CASACION

(Importancia decisiva de no omitir la cita de las disposiciones infringidas).

Si como se deja visto, la relación jurídica que pudo existir entre las partes contendientes en este juicio, fue la de intermediación para la venta de una finca raíz, es claro que los derechos y obligaciones discutidos sólo podían ser regulados por las normas de naturaleza mercantil, contenidas en el Código de la materia, que reglamenta toda operación de corretaje, y no por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita como infringidas en su demanda de casación. Tan sustancial omisión por parte del impugnador, hace inestimables las acusaciones formuladas contra la sentencia del Tribunal. (Casación Laboral, 21 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 726, 2ª).

35

CASACION

(Sentencias que no admiten este recurso. Rectificación de la admisión ilegal del mismo).

Al examinar la Sala el recurso para su decisión, encuentra que la situación procesal es la siguiente: se concedió por el Tribunal y fue admitido por la Corte el recurso de casación contra una sentencia que no decidió las pretensiones objeto del pleito por ausencia de un presupuesto procesal.

Ahora bien, según el estatuto de procedimiento laboral (artículo 86), modificado por el 9º del Decreto legislativo 1762 de 1956, están sujetas al recurso extraordinario las **sentencias definitivas** (subraya la Sala) dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (hoy Tribunales Superiores, Sala Laboral) en los juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.00.

El Código de Procedimiento Civil (artículo 466-2) denomina **sentencia,** la resolución que decide definitivamente la controversia que constituye la materia del juicio o lo principal de éste. Por tanto, una providencia que no tenga ese alcance, aunque adopte la forma de la sentencia, no es un acto procesal de tal naturaleza.

Para los fines de la casación laboral la sentencia sujeta al control de la Corte debe ser definitiva. Por tal ha entendido la doctrina y la jurisprudencia la que estima o desestima

las pretensiones materia del juicio, declarando, en todo o parte, en el primer caso, la existencia de la voluntad de la ley en favor del actor, o la inexistencia, en todo o parte, de esa voluntad, en favor del demandado, en el segundo caso.

El proveído que se limite a poner de presente la ausencia de un presupuesto procesal, no afirma ni niega la existencia de los derechos reclamados en el juicio. Incide en la relación procesal únicamente y tiene el mérito de extinguirla, dejando subsistente la relación jurídico-sustancial, que puede ser materia de otro juicio. La providencia que se examina tiene apenas el valor de cosa juzgada formal, pero no la virtualidad de conducir a la cosa juzgada material.

Sobre el tema en estudio dice el autorizado tratadista Giuseppe Chiovenda (Instituciones de Derecho Procesal Civil, t. I, p. 69): "Negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega la existencia de la acción, que permanece imprejuzgada. Se niega que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer en este proceso; pero no se niega que pueda hacerse valer a continuación en el mismo o en otro proceso. La sentencia, pues, que pronuncia sólo sobre los presupuestos procesales, es decir, que declara que no se puede resolver sobre la demanda o que absuelve de la prosecución del juicio, no es favorable ni al actor ni al demandado; no concede ni niega ningún bien; por esto veremos que no debe contener, por regla general, condena en costas y que no produce cosa juzgada material".

La demanda que no está **en debida forma** ha sido considerada por la jurisprudencia como impedimento procesal capaz de impedir el pronunciamiento judicial de mérito, en forma similar a lo que ocurre cuando falta uno de los tres presupuestos procesales clásicos (competencia del juzgador, capacidad para ser parte y capacidad procesal o para estar en juicio), asignándole el mismo efecto atribuído a estos últimos, con la única diferencia de que respecto de ellos lo procedente es el decreto de nulidad. Es esta la doctrina que sostiene la Corte, Sala de Casación Civil, en sentencia de 21 de julio de 1954 (LXXVIII, páginas 98 a 105), reiterada en decisiones posteriores, la cual, por referirse a la estructura del proceso, es de aplicación general.

Se sigue de lo expuesto que no ha debido el Tribunal conceder el recurso ni la Corte admitirlo.

La equivocación en tal sentido no vincula a la corporación, pues las únicas providencias del proceso que tienen ese alcance son las sentencias. Si el auto de admisión del recurso no se ajusta a la ley, ésta, suprema reguladora de la actividad del Juez, no puede impedirle la rectificación del error en acatamiento a los mandatos de aquélla.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte deja sin efecto su providencia calificadora del recurso, de que ántes se hizo mérito, y, en su lugar, lo declara inadmisible.

(Casación Laboral, 22 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 729, 2ª, y 730, 1ª y 2ª).

36

CLAUSULA DE RESERVA

(Requisitos de orden externo e interno que limitan su ejercicio. Consecuencias del uso indebido de la cláusula de reserva).

El fallador de segunda instancia considera que el preaviso de retiro durante la incapacidad del trabajador, proveniente de una enfermedad no profesional, tiene "operancia válida... porque la terminación del contrato de trabajo en virtud de la cláusula de retracto, estando ella debidamente pactada entre las partes, no incide en manera alguna en las resultas o consecuencias de la incapacidad que sufra el trabajador, para lo cual deberá aplicar los textos legales que le impongan al patrono las obligaciones correspondientes. Si, en el caso de autos, el contrato de trabajo terminó en virtud de la cláusula de reserva el día 15 de marzo de 1956, y la incapacidad

del trabajador se extendió, según certificado médico, hasta el día 10 del mes de abril del mismo año, no quiere ello significar un mal uso de la facultad de la reserva, sino simplemente que la empresa quedó obligada a la atención médica, etc., y salarios durante la incapacidad hasta que ésta fuera levantada por el médico de la empresa. Por otra parte, del expediente se deduce que la empresa cumplió con los otros requisitos para la viabilidad de la cláusula de reserva, como son el pago previo y oportuno de todos los salarios, deudas, prestaciones e indemnizaciones correspondientes al trabajador".

Esta Sala de la Corte no comparte la tesis del Tribunal que acaba de transcribirse. Porque si bien es cierto que la cláusula de reserva, pactada en el contrato escrito, tiene plena validez, ya que la ley la autoriza de modo expreso, no por ello ha de admitirse que la respectiva facultad contractual pueda ejercerse sin límite alguno ni desligarse del elemento jurídico-personal, inherente al contrato de trabajo, que impone un ineludible deber de protección en favor de la parte económicamente débil, con miras al equilibrio social, que es una de las finalidades primordiales del Código Sustantivo del Trabajo, al tenor de su artículo 1º.

Dicho en otros términos, la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo con invocación de la cláusula de reserva, tiene que sujetarse, no sólo a los requisitos de forma o externos, sino que también debe atender a las circunstancias especiales en que se halla la parte desahuciada en el momento de ejercer esa facultad, a fin de evitarle perjuicios por su uso indebido.

Sobre el particular, el extinguido Tribunal Superior del Trabajo ya había sentado jurisprudencia que viene al caso. En efecto, en fallo de 12 de mayo de 1955 (Ricardo Salazar Santamaría contra el Banco Comercial Antioqueño), se expresó así: "Pero se dice que el uso de la cláusula de reserva en la forma como la institución se encuentra consagrada en las leyes vigentes para el tiempo del ejercicio del contrato, y aún ahora, es un arbitrio dispensado legalmente sin otros requisitos que los de orden externo preceptuados normativamente. Es decir, el preaviso oportuno dado a la otra parte con antelación de uno de los períodos que regulan el pago del salario o el pago de su equivalente en dinero, previa la satisfacción de todas las prestaciones debidas al trabajador.

"Aun cuando respetable por su origen, es curiosa, por decir lo menos, esta forma de enfoque del problema con olvido de los requisitos de orden interno motivadores de la institución. Pues no puede suponerse que la facultad de reservarse el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de orden externo preceptuados normativamente, hubiera obedecido a un intento inmotivado y caprichoso del legislador o al móvil increíble de burlar la protección que la constitución nacional y la legislación del trabajo predican respecto a la actividad laboral, armando a las partes de la relación de un instrumento prepotente capaz de todos los desafueros y derogando de suyo todas las garantías contenidas en la legislación como condición de posibilidad de paz y de armonía entre las clases que se reparten la dirección y la obediencia en la actividad productora de la riqueza nacional.

"... Si el patrono no se ciñe a estas limitaciones de orden externo, de carácter objetivo, sencillamente no puede alegar la rescisión del contrato en uso de la cláusula de reserva por haber omitido los límites objetivos de la facultad jurídica, los presupuestos de orden externo indispensables al uso de la cláusula, y el despido es injusto.

"Pero aun conformándose el patrono a los límites objetivos del ejercicio de la cláusula de reserva, a los presupuestos legales de orden externo, puédese abusar de las facultades emergentes de un derecho subjetivo si su ejercicio, desviado de su finalidad, comporta un perjuicio a otro...".

Además, no hay que perder de vista que la cláusula de reserva entraña una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, constituyendo así una excepción al sistema restrictivo de dicha autonomía, característico de la legislación laboral, tanto de la nuestra como de la de muchos países.

Por tanto, frente a una cláusula de esta especie, al juzgador no ha de bastarle indagar si su ejercicio se ciñe a los requisitos de forma, sino que principalmente debe velar por el imperio de los principios de equidad y buena fe que informan el derecho laboral.

Ahora bien, en el caso de autos, para el patrono tenía que ser evidente, conocido el estado de enfermedad en que se hallaba su trabajador, que su despido en ese estado le acarreaba un forzoso desempleo, sin posibilidad inmediata de buscar y hallar otra ocupación, y como esto implica un perjuicio para el trabajador, no hay duda de que aquél incurrió en abuso del derecho. Ese perjuicio es la resultante de un acto patronal imprudente y, además, contrario a la ley, en cuanto ésta prescribe el otorgamiento de determinadas prestaciones como consecuencia del estado de incapacidad para el servicio, las cuales vendrían a resultar interferidas por el despido, todo lo cual da lugar a la obligación de indemnizar, conforme a las pertinentes normas del estatuto laboral y a las del derecho común concordantes y compatibles con ellas.

La conclusión precedente en nada se afecta por el hecho de que la ley colombiana, a diferencia de la de otros países (v. gr. México, España), no erija en causal de suspensión del contrato de trabajo la enfermedad del trabajador, pues lo que importa considerar es la posibilidad de que se ocasionen perjuicios.

Siendo fundado el cargo por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, y consiguiente falta de aplicación de los artículos 1º, 19, 55 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1604 y 2341 del Código Civil, habrá de casarse la sentencia acusada, como en efecto se hace.

Para decidir en instancia, además de las consideraciones expuestas, se tienen en cuenta las siguientes: está demostrado que la sociedad demandada despidió a su trabajador mientras éste se encontraba incapacitado para trabajar a consecuencia de enfermedad no profesional (fractura en el tobillo del pie derecho), invocando la cláusula de reserva y al propio tiempo la supresión del cargo que él desempeñaba.

La cláusula de reserva se ejerció de modo indebido, como ya se dijo. Y en cuanto al motivo que adujo la empresa, en inexplicable simultaneidad con dicha cláusula, tampoco abona su conducta, pues la supresión del cargo durante la incapacidad del trabajador no constituye una aplicación regular de dicha cláusula.

Cuando se hace uso indebido de la cláusula de reserva, se incurre en violación de una norma contractual, por lo cual las consecuencias del despido caen dentro del ámbito del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, de fecha 12 de mayo de 1955, este punto fue decidido así:

"... el uso indebido de la cláusula no excusa al patrono de cubrir al trabajador los salarios del término presuntivo, en concurrencia con el resarcimiento de todos los perjuicios que le hubiese causado y que aparezcan demostrados en el juicio".

Esta misma doctrina se había sostenido en sentencia de 24 de marzo de 1952, en la que se dijo: "La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que deje de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige".

En consecuencia, se condenará al demandado a pagarle al actor el valor correspondiente al tiempo faltante para completar el plazo

presuntivo. (Casación Laboral, 21 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 720, 2ª, 721, 1ª y 2ª, y 722, 1ª y 2ª).

37

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

(Errada aplicación de la ley en la apreciación de circunstancias de mayor peligrosidad).

Dada la naturaleza del proceso y por descansar la sentencia acusada en un veredicto que afirmó la comisión del hecho por el sindicado y su responsabilidad como autor de homicidio (asesinato) en complicidad correlativa, la causal 1ª de casación puede tenerse por bien invocada, al menos en parte, pues en la apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad hubo errada aplicación de la ley.

Esa errada aplicación se contrae exclusivamente a la deducción en contra del reo de la circunstancia señalada en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, puesto que ésta hace parte integrante de la figura penal de la complicidad correspectiva, y no sería justo ni equitativo su valoración para agravar la responsabilidad del homicida. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 571, 2ª).

38

CAUSAL 1ª DE CASACION

(Error esencial de hecho).

Todo indica en el proceso que la confesión del homicida es verídica. Al menos no hay prueba que la contradiga o refute. Sus antecedentes son los de un hombre de bien, pacífico y laborioso, víctima como muchos de la psicosis colectiva que los genocidios y los delitos atroces han provocado en determinadas zonas del país. Ese es su estado de ánimo, sinceramente expuesto en sus declaraciones y corroborado por muchos deponentes, dan válido fundamento a lo que puede tomarse como legítima defensa subjetiva, pero que en mejor técnica jurídica integra el error esencial de hecho, previsto en el artículo 23 del Código Penal, que también exime de responsabilidad.

(Casación Penal, agosto 22 de 1961. Tomo XCVI, página 617, 2ª).

39

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Medios probatorios).

Ha sostenido la Corte que: "cuando en casación se acusa la sentencia con base en la causal segunda, la naturaleza misma de las cosas le impone al demandante el deber de analizar todo el caudal probatorio de que se sirvió el juzgador de segundo grado para adoptar una determinada conclusión, ya sobre el cuerpo del delito, o la responsabilidad, o las circunstancias modificadoras del ilícito o de la pena". (Casación Penal, 26 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 433, 1ª).

40

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Error en la estimación de las pruebas del proceso).

Para admitir la aminorante del artículo 28 del Código Penal, con los presupuestos ya enunciados, no obsta que los ofendidos no hubieran causado agravio al procesado, porque el motivo de atenuación viene sustentándose en los antecedentes del hecho y la condición de delito aberrante.

Quiere decir lo anteriormente expuesto que la causal segunda de casación prospera en forma parcial, y aunque el demandante no invocó la causal primera, que sería consecuencia obligada de la otra, admitido el error en que incurrió el Tribunal al estimar las pruebas en el proceso, se impone por la Corte corregir el yerro de la sentencia impugnada,

de acuerdo con lo establecido en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, julio 6 de 1961. Tomo XCVI, página 449, 1ª y 2ª).

41

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia).

Para que sea pertinente la causal segunda de casación es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se acredite que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen.

Y no puede ser de otra manera, si se tiene en cuenta que este recurso extraordinario no es una tercera instancia, en la que pueda la Corte, salvo en los casos de un manifiesto error en la estimación de las pruebas, apartarse de la apreciación que de las mismas ha hecho el juzgador en las instancias. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, páginas 562, 2ª, y 563, 1ª).

42

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Indebida estimación de pruebas).

La Sala encuentra plenamente justificada la causal segunda en que la demanda se apoya, pues el Tribunal dio a las pruebas una estimación indebida, al contrario del Juez de instancia que sobrepesó con ponderación y sindéresis todos los elementos de convicción para arrimar a la conclusión que llegó. (Casación Penal, agosto 22 de 1961. Tomo XCVI, página 617, 2ª).

43

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Demostración de hechos).

En cuanto se refiere a la causal segunda de casación, ella impone a quien la invoca la obligación de precisar con toda nitidez qué hechos se apreciaron o interpretaron equivocadamente en la sentencia recurrida; explicar cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuye al fallo impugnado, o cuál el que, teniéndolo, les fue negado; y expresar, finalmente, los fundamentos jurídicos de la objeción, citando además, como es obvio, las normas legales que se infringieron como consecuencia de la errada apreciación de los hechos.

La ausencia de la intención de matar o el solo propósito de herir constituyen cuestiones de hecho que el demandante ha debido comprobar dentro de la causal segunda. No lo hizo así, como se ha visto. Y la Corte no puede llenar el vacío de la demanda en tan fundamental aspecto, porque, como tántas veces se ha repetido por la Sala, entre el recurso extraordinario de casación y una tercera instancia hay radicales diferencias. (Casación Penal, agosto 21 de 1961. Tomo XCVI, página 597, 1ª).

44

CAUSAL 2ª DE CASACION

(Qué se requiere para que sea pertinente).

Para que sea pertinente la causal segunda de casación es menester que se demuestre que son falsos los presupuestos que sirvieron de base al juicio hecho en la sentencia, o que se compruebe que a los hechos se les dio un entendimiento que realmente no tienen. (Casación Penal, agosto 22 de 1961. Tomo XCVI, página 608, 1ª).

45

CAUSAL 4ª DE CASACION

(Naturaleza de las causales).

Por la puerta excusada de una causal de nulidad, así sea ésta constitucional, se llegaría al extremo de confundir la causal cuarta con la segunda, produciendo el efecto de anu-

lar el proceso porque determinados elementos probatorios no fueron valorados, o se les dio, como dice el libelo, "una interpretación demasiado drástica a las normas procedimentales tomadas como base para fundamentar la condena proferida contra mi defendido", afirmación ésta que incide directamente sobre la causal segunda, y nada tiene que ver con la nulidad supralegal alegada. Esto sin duda alguna involucra de tal modo los motivos de impugnación previstos en la ley, que no puede admitirse, porque ello sería tanto como desvertebrar la naturaleza de las causales, suponiendo la existencia de dos para unos mismos efectos. (Casación Penal, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, páginas 588, 2ª, y 589, 1ª).

46

CAUSAL 5ª DE CASACION PENAL

(Deficiencia formal en la exposición de los hechos).

La Sala comparte las siguientes razones que expone el señor Procurador, en relación con la causal 5ª invocada: "Esta causal fue invocada subsidiariamente, y su demostración se limita a críticas formales sobre la manera como la providencia fue redactada.

"A propósito de ella, ha dicho la Corte en conocidísimas jurisprudencias, que para que un fallo se invalide por medio de la causal 5ª, es indispensable que en la sentencia acusada no se determine en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue el autor para luego deducirle responsabilidad. Y ha agregado, que no hay lugar a la invalidación de un fallo por la mera deficiencia formal en la exposición de los hechos, si esa expresión no plantea una duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias. (Sentencia 5 de marzo de 1947 y 16 de febrero de 1954). Esta jurisprudencia no ha variado en un ápice a partir de 1946 hasta la fecha. Permitir que so pretexto de anomalías expresionales o redactivas se diera lugar a la anulación del fallo constituiría, en verdad, un peligroso precedente. Los argumentos moldeados por el demandante a propósito de esta causal son de muy escasa ponderación en derecho". (Casación Penal, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 521, 2ª).

47

CAUSAL 6ª DE CASACION

Es preciso rectificar la doctrina de que el recurso extraordinario le otorga a la Corte la atribución de declarar oficiosamente la nulidad originada en la incompetencia de jurisdicción (448-1ª del Código Judicial). Esta función, propia de los Jueces comunes, sólo le compete a la Corte en cuanto está comprendida en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, en las condiciones prescritas en esta norma y siempre que sea alegada y demostrada esta causal en la demanda de casación. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 98, 1ª).

48

CAUSAL 6ª DE CASACION

(No requiere apoyo en normas de carácter sustancial).

En tratándose de cargo con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, no se requiere, de acuerdo con la técnica del recurso, la cita de disposiciones legales sustanciales consideradas como infringidas, ya que no se trata de errores **in judicando,** a los cuales se refiere la causal primera.

A la Corte le concierne decidir si se incurrió o no en una de las causales de nulidad señaladas en el artículo 448 del Código Judicial, y en caso afirmativo si fue o no saneada en conformidad con la ley, para lo cual ha de

tener en cuenta solamente los textos atinentes a esas nulidades, y no los que en el fondo de la decisión hayan podido ser quebrantados, motivo por el cual el cargo no requiere apoyo en disposiciones de carácter sustancial. (Casación Civil, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 193, 1ª).

49

CERTIFICADO SOBRE CONGELACION

(Expedido por el Jefe de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá).

En el presente juicio, el certificado del Jefe de la Oficina del Plan Regulador de Bogotá da cuenta de la situación en que, frente al Distrito, se encontraba el referido inmueble, desde mucho antes de que sobre el mismo se celebrara entre las partes litigantes la discutida promesa de compraventa, esto es, congelado, o sea privado de la posibilidad de ser objeto de construcción por estar destinado todo a la ampliación de una vía pública. Tal situación, como **hecho** actuante entre los asuntos de la Oficina del Plan Regulador, bien ha podido acreditarse con certificado del Jefe de la misma Oficina (artículo 315 del Código Político y Municipal). (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 92, 1ª).

50

CERTIFICADO EXPEDIDO POR EL JEFE DEL PLAN REGULADOR DE BOGOTA

(Es un instrumento auténtico).

No sufre censura el tratamiento dado por el sentenciador al certificado de que tratan los autos, al reputarlo como instrumento auténtico, expedido por funcionario competente, en ejercicio de las funciones de su cargo. Porque, en el Estado de derecho, el ejercicio de funciones públicas hace presumir que quien las desempeña tiene la calidad de funcionario que invoca, en tanto no se demuestre lo opuesto, así como también que cada uno de ellos ejerce sus atribuciones en la órbita de su legítima incumbencia, mientras no aparezca lo contrario. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 92, 1ª).

51

CERTIFICADOS

(Expedidos por los Secretarios).

Entre las certificaciones que como documentos auténticos hacen plena prueba acerca de su contenido, el artículo 632 del Código Judicial, al lado de las que otorgan los Jueces y Magistrados en las circunstancias allí previstas, alude a otras "en los demás casos autorizados por la ley", y no cabe remitir a duda que, entre esas otras, se encuentran ciertamente las de que trata el artículo 315 del Código de Régimen Político y Municipal. Si este texto no llega, en su amplitud, hasta permitir que con meras certificaciones pueda hacerse la demostración del contenido mismo de documentos o providencias administrativas, cuya prueba, máxime si se trata de acreditar la titularidad de derechos resultantes de ese contenido, tendría que hacerse a base de las respectivas copias (artículos 630, 632, Código Judicial), con todo sí autoriza que los funcionarios a que el propio artículo 315 alude puedan certificar fidedignamente sobre los hechos que registran o en que consisten los negocios que les están confiados. De otro modo, la disposición entrañaría una antinomia, lo que no es dable suponer. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, páginas 90, 2ª, y 91, 1ª).

52

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR

(Su finalidad).

La singularidad del mandato del artículo 2680 del Código Civil, que no preordena la

expedición de tales certificados a función distinta de la demostrativa, implica el que ellos tengan por finalidad dar fe de las cancelaciones sobre que versan, no sólo porque de otro modo el precepto quedaría ocioso, sino por virtud de lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial, que, entre los documentos auténticos que hacen plena prueba acerca de su contenido, contempla, además de las certificaciones de Jueces, Magistrados y funcionarios del estado civil compulsadas en las condiciones allí previstas, otras que se expidan "en los demás casos autorizados por la ley". (Casación Civil, julio 15 de 1961. Tomo XCVI, página 152, 2ª).

53

CESANTIA

(Alcance del artículo 1º de la Ley 65 de 1946, en orden a determinar la fecha desde la cual debe liquidarse la cesantía).

Sobre la fecha desde la cual debe liquidarse la cesantía deben tenerse en cuenta las razones que se exponen a continuación:

El Decreto 2350 de 1944 otorga el derecho a la cesantía, tanto al empleado como al obrero particulares. Sigue el mismo principio la Ley 6ª de 1945, vigente desde el 19 de febrero de ese año. Antes de la expedición de los dos estatutos, el derecho a la prestación fue reconocido únicamente a los empleados particulares por servicios continuos, siempre que no hubieran sido despedidos por mala conducta o incumplimiento del contrato, según prescripciones de la Ley 10ª de 1934. El Decreto 2350 primero [artículo 8º, inciso del ordinal f)], y la Ley 6ª después [artículo 12, inciso del ordinal f)], modificaron la situación jurídica del empleado particular, otorgándole el auxilio por trabajo continuo o discontinuo, en caso de despido que no hubiera tenido por causa mala conducta o incumplimiento del contrato, sometiendo al obrero particular al mismo régimen.

Una cuestión conviene dilucidar, y es la siguiente: el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 de 1946 dispone que para la cesantía del trabajador particular (empleado u obrero) se apliquen los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª. El artículo 12, en las dos reglas de su parágrafo (servicios anteriores a dicha ley) comprende períodos diversos según las causas del retiro (cinco años cuando el contrato termina por despido injustificado del trabajador o por culpa del patrono, y tres años cuando es distinta la causa de la terminación).

Suprimidas por la Ley 65 las causas de expiración de contrato, ¿para efectos de la cesantía, opera la norma de su artículo 1º respecto de servicios anteriores a su vigencia?

Según principio del derecho del trabajo, que el actual Código recoge en su artículo 16, la ley nueva se aplica a los contratos vigentes a la fecha de su expedición. Con fundamento en esa doctrina habría que concluír que cuando el contrato termina después de la vigencia de la Ley 65, y aun bajo el imperio del Código (que es el caso de autos), los servicios prestados antes de la promulgación de aquella ley deben computarse para liquidar la cesantía. Sin embargo, no sería esa la solución. Una excepción al principio sobre aplicación inmediata de la nueva ley, debe verse en el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, pues este precepto manda aplicar en cuanto a cesantía para trabajadores que tuvieron restringido el derecho, la legislación anterior. Por lo demás, la excepción la había consagrado la Ley 65, pues el parágrafo de su artículo 1º somete el auxilio al régimen de la Ley 6ª.

Por otra parte, no sólo habría que tomar en cuenta las causas de terminación del contrato, sino también el hecho de que la cesantía al obrero particular la estableció el Decreto 2350 de 1944, de manera que si el tiempo servido por el obrero excedió de cinco años, desde la vigencia del nombrado Decreto, hacia atrás, aunque hubiera sido despedido por mala conducta o infracción del contrato, por parte del patrono, el derecho a la prestación

no hubiera podido comprender un lapso de tiempo mayor que el indicado.

Para señalar el 16 de octubre de 1939 (cinco años antes de la vigencia del Decreto 2350), el Juzgado **a quo** le dio aplicación al artículo 4º del Decreto 1160 de 1947. Al respecto la Sala debe anotar que la citada norma prescinde de las causas de extinción del contrato, tomando de las dos que establece el parágrafo del artículo 8º del Decreto legislativo 2350, la que consagra el mayor lapso de tiempo (cinco años), dejando de lado la que instituye un período de tiempo inferior (tres años). La disposición del Decreto 1160 parte de la base de que la convención laboral termina siempre por la causa que indica la regla primera del parágrafo de la citada disposición del Decreto 2350, lo cual implica extralimitación de funciones, esto es, exceso en la potestad reglamentaria, pues no se aviene, con la debida precisión, a las disposiciones de derecho material que desarrolla.

La Ley 65 olvidó el Decreto 2350. Es obvio que la omisión no puede tener el alcance de extinguir el auxilio otorgado por dicho estatuto, según conocidas reglas de derecho. El Decreto 1160 tuvo el mérito de reparar el olvido en que incurrió la Ley 65, pero al hacerlo incurrió en el defecto que se deja anotado. Por tanto, su artículo 4º no puede ser aplicado sino con sujeción estricta a las reglas primera y segunda del parágrafo del artículo 8º del Decreto 2350.

La jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo no ha sido uniforme. Véase de un lado el fallo de casación del 9 de marzo de 1949, publicado en el Tomo IV de la "Gaceta del Trabajo", página 217; y de otro, la sentencia de 15 de septiembre de 1949 ("Gaceta del Trabajo", t. IV, página 100), cuya doctrina fue reiterada en fallo de 31 de agosto de 1950 ("Gaceta del Trabajo", t. IV, páginas 670 a 674) y en el de 16 de mayo de 1952 ("Gaceta del Trabajo", t. VIII, páginas 211 a 214).

De las dos interpretaciones dadas por el Tribunal Supremo al artículo 1º de la Ley 65 de 1946, esta Sala de la Corte estima que la primera traduce con más fidelidad y exactitud el pensamiento de la norma.

Argumento cardinal de la segunda es el siguiente: la intención del precepto, deducida de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según la cual el propósito del legislador fue colocar al empleado y al trabajador particular en un mismo plano de igualdad.

La Sala observa que ese método de interpretación, de que trata el artículo 27 del Código Civil, rige cuando se trata de fijar la inteligencia de una expresión oscura de la ley.

No es esa la hipótesis que ofrece la norma consagrada en el citado artículo 1º de la Ley 65 de 1946. En efecto, el ordenamiento regula estos puntos: a) La institución del derecho de cesantía en favor del empleado oficial de la Nación y de los pertenecientes a entidades secundarias de derecho público, a partir del 1º de enero de 1942, y b) La concesión del auxilio sin atender a la causa del retiro.

Ahora bien: el parágrafo de la norma extiende el beneficio que ella consagra al trabajador particular, diciendo, respecto de éste, que para la cesantía se aplique lo dispuesto en los artículos 12 y 36 de la Ley 6ª de 1945.

Ocurre preguntar: ¿cuáles son los beneficios que el artículo 1º establece en favor del trabajador particular? El interrogante no puede ser contestado diciendo que son dos: la concesión del derecho de cesantía y la supresión de la causa del retiro, porque el trabajador particular no le debe el auxilio al artículo 1º de la Ley 65, pues ya lo tenía, de acuerdo con estatutos anteriores a dicha Ley. Por consiguiente, la única concesión que le otorga la norma es la eliminación de las causas de terminación del contrato. El beneficio opera, como ella misma lo expresa, para el futuro, esto es, desde la fecha de su promulgación.

Conviene observar aquí lo siguiente: el artículo 9º de la Ley 65, último del estatuto, dice que quedan modificados, entre otros, el

ordinal f) y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945.

La declaración legislativa incide en lo que concierne al ordinal f). No puede entenderse que comprende todas las normas del artículo 12. Deben considerarse excluídas de modificaciones las dos reglas de su parágrafo (cesantía por servicios anteriores a la vigencia de la Ley 6ª), pues el parágrafo del artículo 1º de la Ley 65 dispone que para la cesantía del trabajador particular se dé aplicación al artículo 12 precitado. Si se acepta que por obra de la modificación desaparecieron las causas de retiro de que tratan las dos reglas del parágrafo de dicha norma, no resultarían conciliables el artículo 1º (parágrafo) y el 9º de la Ley 65. Sólo dejando a salvo las dos disposiciones de que se ha hecho mérito, se compaginan el artículo 1º y el 9º de esta última Ley. Ese es el método de interpretación de la voluntad del legislador, según la enseñanza contenida en el artículo 30 del Código Civil. (Casación Laboral, 25 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 698, 1ª y 2ª, 699, 1ª, y 700, 1ª).

54

CESANTIA Y PRIMA DE SERVICIOS

El auxilio de cesantía y la prima de servicios son dos prestaciones cuyo pago está regulado de manera distinta por la ley, pues al paso que la primera no se causa sino a la terminación del contrato, la segunda debe cubrirse dentro de su ejecución. (Casación Laboral, 5 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 709, 2ª).

55

CESANTIA

(Liquidación de este auxilio cuando el trabajo ha sido discontinuo).

Conforme al artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracciones de año. Para liquidar el auxilio se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador o el promedio de lo devengado en un año (artículo 253).

La unidad de medida es, pues, el año de trabajo, entendiéndose por tal el período continuo o discontinuo que equivalga a un año calendario. De tal manera que en tratándose de las labores llamadas de temporada o estacionales, como en el caso de autos, y siempre que sean objeto de una misma relación jurídica, deberán sumarse los respectivos períodos o fracciones para saber el tiempo total de actividad efectiva.

Por tanto, si el demandante prestó sus servicios al demandado dentro de un solo contrato, durante 16 meses (en dos lapsos diferentes, el uno entre el 1º de agosto de 1952 y el 28 de febrero de 1953, y el otro entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954), según lo da por sentado el Tribunal con base en el material probatorio, éste es el tiempo total sobre el cual debe computarse el auxilio de cesantía. Y si en lo tocante a remuneración sólo obra la prueba de que la que recibió globalmente en los últimos nueve meses de trabajo alcanzó a la suma de $ 6.496.00, no resulta desacertado el que se haya tomado el promedio mensual de $ 721.77 para liquidar el referido auxilio. (Casación Laboral, 5 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 709, 2ª).

56

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

(Artículo 37, numeral 5º, Código Penal).

La circunstancia 9ª del artículo 37 del Código Penal no es por sí constitutiva de asesinato, aunque pueda ser evidente que en un delito de homicidio cometido por varios suje-

tos la pluralidad de delincuentes haga precaria o imposible la repulsa o defensa del ofendido. Esa circunstancia la establece el Código por ser indicio de mayor peligrosidad el concertar la complicidad de otro u otros, ya que el concurso de delincuentes facilita la comisión del hecho y permite a autores y cómplices no correr mayores riesgos y asegurar el fin propuesto. (Casación Penal, 8 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 363, 2ª).

57

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

(Artículo 37, numeral 5º, Código Penal).

La preparación ponderada del delito (37-5º del Código Penal) no es la misma premeditación, si bien aquélla puede ser elemento de ésta. La ponderación en el proceso del delito quiere significar que los autores de la empresa criminal adoptan para lograrla precauciones y medidas que aseguren el éxito, bien haciendo del delito una actividad plural, proveyéndose de armas idóneas y suficientes o recurriendo a toda clase de factores favorables para su fin. (Casación Penal, 8 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 363, 2ª).

58

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

(Deducidas en el fallo de primer grado).

El error, se repite, no tiene incidencia sino respecto del ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, ya que las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo de primer grado —motivo determinante y antecedentes judiciales o de policía— son correctos. Obró el homicida movido por un sentimiento de venganza, egoísta en su contenido y en sus finalidades, que autoriza ser calificado de innoble o bajo; y los antecedentes, sintomáticos de peligrosidad social en el procesado se valoraron en lo que indican. Respecto de ellos no cabe hablar de prescripción, fenómeno que tiene ocurrencia cuando los antecedentes quieren hacerse obrar para efecto de la agravación específica de la reincidencia, circunscrita, por mandato de la ley, a un término de diez años. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 571, 2ª).

59

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD

(Apreciación y calificación de éstas).

Como el Código Penal en el numeral 5º del artículo 37, estatuye la circunstancia de mayor peligrosidad, consistente en "la preparación ponderada del delito", y ésta se tuvo en cuenta en el caso de autos para la dosimetría penal y elevar así la sanción por esta circunstancia, y por otras equilibrándolas con las de menor peligrosidad que el delito y las condiciones de su ejecución comporta, a once años de presidio, las tesis de la demanda en este punto tienen que rechazarse, porque de conformidad con los términos mismos del veredicto, no se negó la premeditación con la que obrara el agente, sino que se quitó al delito la fisonomía de asesinato que se le diera en la providencia calificadora del Tribunal, al desconocer el jurado la existencia de los motivos determinantes, o sea que éstos fueron innobles o bajos.

Puede decirse, entonces, que al dejar vigente el veredicto el hecho premeditativo, aceptó al mismo tiempo que hubo preparación ponderada del delito en el obrar del agente. Como sólo el Juez está facultado por la ley, en el artículo 499 del Código de Procedimiento Penal, para la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o ele-

mentos constitutivos del delito, como en el caso no lo son, según el propio veredicto, bien podía hacer uso de esta atribución para señalar la penalidad dentro del margen prescrito en el artículo 36 del Código Penal, en el que se hace también especial referencia a los motivos determinantes como queriendo subrayar la ley que de no valorarlos como elementos constitutivos o modificadores del ilícito conforme al texto del artículo 37, puede y debe el fallador tenerlos en cuenta para gravar o atenuar la pena, según sea mayor o menor la peligrosidad.

La premeditación en un caso así se confunde con la preparación ponderada del delito, y viene a ser entonces la premeditación circunstancial, que vale tanto para los fines de la pena como una circunstancia de mayor peligrosidad dentro de los términos del artículo 37, numeral 5º. (Casación Penal, agosto 11 de 1961. Tomo XCVI, páginas 591, 2ª, y 592, 1ª).

CONDICION RESOLUTORIA TACITA Y PACTO COMISORIO

Véase el aparte CONTRATOS **(Condición resolutoria tácita y pacto comisorio)** en el número 75 de este Indice. (Negocios Generales, junio 28 de 1961).

60

COMPETENCIA

(Prórroga de la).

Cuando el defecto de competencia del juzgador es reparable, mediante prórroga de la misma, tanto el artículo 153 del Código Judicial como el 449, numeral 1º de la misma obra, hacen depender la eficacia del reclamo de la incompetencia, del hecho de que éste se interponga oportunamente. (Casación Civil, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, página 113, 1ª).

61

COMPETENCIA

(Prórroga de la).

Cuando —como en el caso del pleito en que la competencia se determina por razón del lugar— el demandado procede a contestar la demanda, eliminando la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, con que hubiera podido discutir previamente la competencia del Juez, por el mismo hecho se doblega ante ésta, prorrogándola. Sería un contrasentido el que se dejase al demandado el arbitrio de hacer desconocer a última hora, o sea en la sentencia, que es donde se fallan las excepciones perentorias, la eficacia procesal del juicio, por defecto de competencia del juzgador, que el demandado pudo subsanar, y que por lo mismo debe entenderse subsanado desde el momento en que convino en la secuela del juicio. (Casación Civil, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, página 113, 2ª).

62

COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(En el juzgamiento del Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado).

Con respecto a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para calificar el mérito de este sumario, esta Sala, por mayoría de votos, resolvió el punto afirmativamente, al ocuparse de otro proceso seguido contra el mismo procesado, en providencia de 2 de agosto de 1960 **(Gaceta Judicial,** XCIII, páginas 20 a 64), de la cual se transcriben los siguientes apartes:

"La acusación previa ante el Senado y la declaración de haber lugar a seguimiento de causa (con respecto a delitos) no son sino actos-condición o condiciones de procedibilidad que afectan el ejercicio de la competencia de la Corte, mas no la existencia misma de ésta...

"Estas condiciones de procedibilidad (acusación de la Cámara e intervención del Senado, con respecto a delitos) en el juzgamiento por la Corte de los altos funcionarios del Estado se explican porque su procesamiento, con esa intervención de las Cámaras Legislativas, busca crear una garantía política que asegure el régimen que a esos altos empleados representa, y evitar la consiguiente conmoción colectiva que traería consigo, por caso, que el Presidente de la República pudiera ser perseguido y juzgado por delitos, dentro de la justicia ordinaria, sin la previa intervención de la Cámara de Representantes, para acusarlo (condición sin la cual el Senado no puede intervenir) y del Senado para declarar (por delitos) que hay lugar a formación de causa (condición sin la cual la Corte no puede juzgar). Y estas razones ya no son valederas con respecto al juzgamiento del Presidente de la República, ni de los demás altos funcionarios del Estado, por delitos cometidos durante el ejercicio del cargo, pero cuando la acción penal se inicia después de que han cesado en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

"Claro que en la mayoría de las infracciones previstas en el Código Penal va implícita la indignidad por mala conducta, cuando el delito se comete durante el ejercicio del elevado cargo público. Y en esas situaciones, siendo indiscutible la competencia del Senado para conocer por esa indignidad (regla 2ª del artículo 97 de la Carta), aun tratándose de juzgar por ella a los altos funcionarios del Estado, cuando la acción penal se inicia luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones y por cuanto a esa indignidad no se refiere el artículo 131, es lógico que la Cámara de Representantes, como se hizo en este negocio, al acusar por la referida indignidad debe señalar el posible delito que la origina, cuya averiguación, entonces, debe hacerla el Senado, pues ese delito sería el fundamento del cargo político, cuyo juzgamiento (por la indignidad) corresponde al Senado.

"La conexidad que establece la fuente de la represión política (la indignidad) y de la sanción penal (el delito), que es, en tales casos, una sola, el hecho estimado como violatorio de la norma penal, obliga a que la instrucción que adelante el Senado se ocupe de establecer la existencia de ese delito, mas no porque en relación con él esa corporación legislativa deba hacer una declaración de haber o no lugar a seguimiento de causa, para que la Corte conozca del delito, sino porque es el presupuesto para que el Senado pueda llamar a juicio por la indignidad, a fin de imponer la sanción, que en este caso de juzgamiento de los ex funcionarios del Estado, es pertinente: la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos, con fundamento en la facultad señalada para el Senado por la regla 2ª del artículo 97 de la Carta.

"A esta sanción política no puede sustraerse el alto funcionario público que se haya hecho acreedor a ella, sólo porque la acción penal se inicie luego de que ha cesado en el ejercicio del cargo. Por tanto, esa facultad del Senado para imponerla, previa acusación de la Cámara de Representantes, con respecto a los ex funcionarios de la Nación, es indiscutible.

"Por último, la Corte Suprema de Justicia, como se dejó dicho, mantiene su competencia para juzgar por delitos a los altos funcionarios del Estado, así la acción penal se inicie luego de que han cesado en el ejercicio de sus funciones, sin que el ejercicio de ella esté condicionado a la previa acusación de la Cámara y a la intervención del Senado para declarar (autorizar) que hay lugar a seguimiento de causa o a formación de causa.

"Ocurre que tratándose de delitos (comunes u oficiales) cometidos durante el término del ejercicio de las funciones públicas, la acción penal nace con la determinación, desde ese instante, del Juez que debe juzgar.

"Y si la violación punible es imputada al Presidente de la República o al encargado del Poder Ejecutivo o a un Ministro del Despacho, ese juzgamiento corresponde a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

"Pues bien:

"a) Si la acción penal se adelanta durante el período del ejercicio del cargo, esa competencia de la Corte para juzgar está condicionada a la intervención del Senado para declarar que hay lugar a seguimiento de causa (artículo 97 de la Carta), o a formación de causa (artículo 131, ibídem), declaración que no es una resolución sobre llamamiento a juicio, por delitos, contra el procesado, sino la autorización para que la Corte conozca por las violaciones punibles.

"Pero el Senado de la República sólo tiene facultad para otorgar esa autorización para que la Corte juzgue, si por el delito o delitos a que ella se refiere, la Cámara de Representantes presentó acusación ante la Alta Cámara. Esa acusación equivale a lo que Florián denomina **richiesta,** o demanda de ciertas autoridades, sin la cual la acción penal no puede adelantarse, y que es igual a la prevista en el artículo 7º del Código Penal, pues en los eventos que esta disposición señala no se puede adelantar el proceso sino mediante querella o 'petición del Procurador General de la Nación'.

"b) Si la acción penal se adelanta sólo después de que el alto funcionario acusado cesó en el ejercicio del cargo, la competencia de la Corte para juzgar (determinada desde cuando se cometió el delito y surgió la acción penal) ya no está condicionada, en su ejercicio, a la previa intervención de las corporaciones legislativas.

"c) Si la Cámara de Representantes acusa a un alto funcionario del Estado, luego de que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, para que el Senado le imponga las sanciones políticas (privación temporal o absoluta de los derechos políticos), y esa acusación fundamenta la indignidad en la realización de algún delito durante la época en que el acusado ejerció el cargo, el Senado, como funcionario de instrucción para conocer de la indignidad, también tiene competencia para investigar sobre la existencia de la violación penal, pues sin la comprobación de ésta no podría llamar a juicio al acusado por esa indignidad, ni juzgarlo, ni imponer las penas políticas pertinentes. Pero la facultad de instruír con respecto a la infracción penal no le impone la necesidad de autorizar a la Corte para que ésta juzgue al sindicado por el delito, mediante la declaración de haber lugar a formación de causa, dado que esta condición de procedibilidad sólo es necesaria cuando la acción penal se inicia durante el período en que el alto funcionario del Estado ejerce el cargo. En este caso, de acuerdo con el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, es suficiente que la alta corporación legislativa ponga el proceso a disposición de la Corte, para lo de su competencia".

Estas y muchas otras consideraciones hechas por la Corte en la providencia aludida, son pertinentes para afirmar la competencia de la Corte respecto de la calificación del mérito del presente sumario *. (Sala Plena, 14 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 56, 2ª, 59, 2ª, 60, 1ª y 2ª).

63

COMPLICIDAD CORRELATIVA

La complicidad propia en el delito, en sus grados de necesaria y accesoria, regida por el concurso voluntario del agente a una empresa criminal cualquiera, tiene su expresión jurídica positiva en los artículos 19 y 20 del Código Penal. La complicidad correspectiva atípica en su integración y circunscrita a los mandatos de la ley a los casos de homicidio y lesiones, la establece el artículo 385 de la misma obra, pero ella no se formula sino en el evento o hipótesis de no haber lugar, de ordinario por faltas probatorias a deducir respecto de los partícipes del delito la responsabilidad que les sea adecuada, según el grado

* Véanse los salvamentos de voto recaídos en este fallo.

de vinculación al reato. (Casación Penal, 8 de junio de 1961. Tomo XCVI, páginas 361, 2ª, y 362, 1ª).

64

COMPLICIDAD CORRELATIVA

(Condiciones señaladas en el artículo 385 del Código Penal).

Las condiciones señaladas en el artículo 385 del Código Penal, para esta figura de la complicidad correlativa, aparecen comprobadas, a saber: a) Que varias personas hayan tomado parte en la comisión de un homicidio o lesión, y b) Que no sea posible determinar el autor. En efecto, las pruebas traídas al proceso no señalan cuáles disparos fueron los que causaron la muerte de los estudiantes. Pero sí acreditan que ambos **participaron** o **colaboraron** en la intención y en la actividad que llevan al común propósito criminal.

"La complicidad correlativa...", dijo esta Sala... "es una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe con exactitud cuál de estas personas es el autor material. Esa incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que se sabe, ya con precisión, cuál fue la especie o forma de participación de cada uno en el delito, y así también, la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación" (sentencia de 28 de septiembre de 1945, G. J., t. LIX, p. 986). (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 565, 2ª).

65

CONCUSION

(Como delito consumado, como tentativa y como delito imposible).

El último requisito señalado para el delito de concusión, o sea la entrega o promesa de dinero o de cualquiera otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como consecuencia de la intimidación o el fraude de aquél, constituye lo que se denomina momento consumativo del reato; por lo tanto, si este requisito de la promesa o entrega no se logra, se concluye necesariamente que el delito no se consumó. Puede ocurrir que los actos atribuídos al sindicado configuren un principio de ejecución, siempre que se establezca que dichos actos tuvieron la eficacia de constreñir, inducir o convencer, caso en que se tendría un simple conato, pero no un delito consumado de concusión, ya que ni la promesa ni la entrega de dinero o de otra utilidad se obtuvieron por parte del sindicado. En el caso de que los actos atribuídos al acusado no fueron eficaces o idóneos para intimidar o convencer o inducir, se tendría una penalidad mínima por un delito imposible de concusión, previsto y sancionado en armonía con el artículo 18 del Código Penal, que autoriza para disminuír discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y aun prescindir de ella. (Sala Plena, 14 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 55, 2ª).

66

CONCUSION

(Análisis de los elementos tipificadores de este delito. Concusión explícita y concusión implícita. Tentativa de).

El delito, expresa Mezguer, es "una conducta típicamente antijurídica y culpable".

La tipicidad hace relación a la coincidencia de un hecho, de un acto humano, con una definición de la ley penal. La reunión de los elementos constitutivos del delito, dice el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, son la base de la comprobación del cuerpo del delito.

La **concusión** la comete "el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de

sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad" (artículo 156 del Código Penal).

Requiere, pues, esta infracción penal los siguientes elementos típicos:

a) **Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito.**

b) **Abuso del cargo o de las funciones.**

La extralimitación de las facultades oficiales o la omisión de las mismas, es lo que constituye el abuso de las funciones.

El abuso del cargo hace relación a actos que no corresponden a la competencia oficial del funcionario público, pero que son facilitados por esa particular calidad del agente.

"**Abuso** —dice Giuseppe Maggiore (Derecho Penal, T. 3º, Parte Especial, pág. 186, Edit. Temis, Bogotá, 1955)— es el uso ilícito de las calidades de funcionario público. Supone la posesión legítima de esas calidades. El abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones; esto hace que haya delito, tanto cuando el funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional, como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, para cometer el delito. Comoquiera que sea, la coacción o la inducción deben cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario público...".

Puede, pues, el funcionario público incurrir en el delito de **concusión** aun respecto de actos que no corresponden a su competencia oficial, pues basta que su condición de funcionario público los facilite.

Así lo anota también **Luis Carlos Pérez** (Derecho Penal Colombiano, T. 1º, Parte Especial, pág. 175, Edit. Temis, Bogotá, 1956). quien dice que "no es necesario que el empleado ponga sus funciones al servicio de la actividad punible, sino que es suficiente con que destaque ilícitamente la condición pública de que está investido...".

c) **Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno.**

De la constricción o de los actos de inducción puede ser sujeto pasivo un particular o un funcionario público.

Los medios empleados por el agente permiten distinguir entre concusión **explícita** o **manifiesta** y concusión **implícita u oculta.**

Dice **Carrara** (Programa de Derecho Criminal, Parte especial, Tomo V, pág. 114, parágrafo 2572) lo que pasa a transcribirse:

"Pero el verdadero oficial puede extorsionar dinero del particular, ya sea amenazando abiertamente con abusar de sus poderes si no se le da dinero, ya sea engañando ocultamente al particular haciéndole creer que el dinero es verdaderamente debido. De ahí surge la subdivisión de la concusión propia en implícita y explícita. La explícita si el oficial amenaza con un acto de propio poder que confiesa injusto, como el que amenaza con arrestar, emplazar, etc., si no se le da dinero. Es implícita si el oficial da a entender al particular que debe hacer un pago que no es debido, como cuando el perceptor aumenta las cifras en las intimaciones de impuestos, o cuando un canciller, un registrador, etc., exigen un derecho indebido o superior al debido. En ambos casos existe abuso de autoridad con fin de lucro; pero en el primer caso el abuso es patente, y en el segundo latente. En ambos casos el particular que paga injustamente, paga **metu publicae potestatis,** salvo que en el uno se sabe que sufre un abuso, y en el segundo se ignora...".

En la concusión explícita, anota también **Carrara** (Tomo V, página 125), cualquier temor basta para dar lugar al delito. "Es por esto que los civilistas advierten que la excepción de concusión es más amplia que la excepción **quod metus causa;** porque para admitir esta última se exige un temor grave **qui cadat in virum constantem,** mientras que para la concusión basta cualquier temor infundido por el Magistrado, incluso el temor levísimo y necio de un mal insignificante...".

Constreñir es compeler la voluntad de alguien mediante la fuerza o la amenaza. Y en

la concusión, por el miedo al poder público **(metu publicae potestatis).**

La violencia moral o amenaza puede ser explícita o implícita. Y es indiscutible que en la proposición que un funcionario de superior jerarquía dentro de la administración pública haga a uno de inferior categoría, dependiente de aquél, va implícita la amenaza de un daño para éste si desatiende lo propuesto.

Esta situación no origina delito alguno, si el superior tiene la competencia para dar órdenes al funcionario inferior, y ellas se refieren al cumplimiento lícito de las funciones de aquél, como cuando el Juez le ordena al Secretario del despacho que notifique una providencia a las personas que deben recibir noticia de ella.

d) **Entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.**

Este requisito, así como los otros tres que antes se han indicado, es necesario para que se tenga como consumado el delito de **concusión.** Así lo ha estimado la Corte, en providencias de 15 de septiembre de 1955 (**Gaceta Judicial,** t. LXXXI, pág. 276) y 25 de abril de 1956 (**Gaceta Judicial,** t. LXXXII, pág. 379), donde ha dicho lo siguiente:

"Son requisitos necesarios de la concusión: a) calidad de funcionario o empleado público en el sujeto del delito; b) abuso del cargo o de las funciones; c) empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno, y d) entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude".

Sobre este último elemento del delito de **concusión** anotan Giuseppe Maggiore y Stefano Riccio, lo que pasa a transcribirse:

Dice **Maggiore:** "El **momento consumativo** se verifica apenas el funcionario público ha constreñido o inducido al sujeto pasivo a dar o prometer. En efecto, entonces la acción queda subjetiva y objetivamente agotada, y el delito perfecto; la entrega efectiva, si ya existe la promesa, no es un elemento constitutivo del delito, sino sólo su consecuencia. **Unicamente habrá tentativa en el caso de que la petición o la pretensión del concusionario no sea acogida, es decir, no sea seguida de entrega ni de promesa"** (obra citada, t. III, p. 188).

Expresa **Riccio:** "El momento consumativo debe situarse en la dación o en la promesa de la dación de lo no debido, causada por la constricción o por la inducción; en consecuencia, no obstante no exigirse el que el hecho o el provecho o el daño se haya materialmente realizado, no coincide, sin embargo, la conducta del sujeto activo, tendiente a constreñir o engañar, así esté compuesta de varios actos, con la declaración de dar o de querer dar del sujeto pasivo particular".

En otra providencia recaída en este mismo proceso dijo la Corte: "Las viejas distinciones entre delitos materiales, formales e instantáneos resultan ineficaces para determinar si un hecho punible admite o no tentativa". Esta vieja distinción explica el criterio de algunos tratadistas, según el cual el delito de **concusión** no admite el grado de tentativa, pues lo consideran como delito formal.

Pero es indiscutible que el delito de **concusión,** como lo define la ley penal colombiana, es susceptible de fraccionamiento en su proceso ejecutivo, esto es, que se trata de una violación penal plurisubsistente. Por tanto, admite el grado de tentativa.

El tratadista Bernardino Alimena (Principios de Derecho Penal, v. 1º, ps. 439 a 441, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915), dice:

"Pero mientras existen delitos en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con un solo acto, y se quiere con una acción compuesta de un solo acto, existen otros en los que la modificación se obtiene, o no se obtiene, con varios actos o con varias acciones compuestas de uno o más actos. En aquéllos la consumación va unida a la ejecución; en

éstos, entre la consumación y la ejecución hay un **iter criminis.**

"Si volvemos a los ejemplos anteriores vemos que, mientras en la imputación verbal de hechos o cualidades injuriosas, en un solo acto, entre el pensamiento y la ofensa, no se interpone ningún otro, de modo que si la palabra no se ha pronunciado, nada se ha hecho aún, y si se ha pronunciado, se ha consumado el delito; en el homicidio, por el contrario, entre el pensamiento y la muerte se interponen tántos actos —blandir el arma, asestar el golpe, repetirlo— que la muerte puede seguir a la intención o puede no seguir.

"Los delitos del primer grupo, como se ejecutan en un solo instante, con un único acto **—qui unico actu perficiuntur—** no admiten **iter criminis** que conduzca a ellos; los delitos del segundo grupo, como no se ejecutan en un solo instante con un acto único, admiten un **iter criminis.**

"Cuando el agente, por causas independientes de su voluntad, se haya detenido en el **iter criminis,** hay una tentativa, o —reproduciendo una palabra del lenguaje corriente— se dice que el delito ha sido intentado.

"Cuanto hemos dicho no significa que los delitos, que hemos llamado materiales, admitan todos tentativa sólo por ser materiales, y que los delitos que hemos denominado formales, no admitan tentativa sólo por ser formales. **Esta conclusión es errónea.** Los delitos materiales admiten la tentativa, no porque estén constituídos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico, sino porque para alcanzar este objeto es menester hacer cierto camino. Tan cierto es esto que si fuese posible matar a un hombre con una mirada, el homicidio no dejaría de ser un delito material, y, sin embargo, entre la intención y la consumación no habría intervalo alguno. De igual manera los delitos formales, aunque estén siempre constituídos por un peligro actual y por un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa, según que entre la intención y el peligro actual y el daño potencial, haya o no que recorrer cierto camino. Así, imputar cualidades o hechos injuriosos es siempre, como sabemos, un delito formal; pero este delito no admite tentativa si se realiza oralmente; en cambio la admite si se realiza mediante la imprenta, que necesita el manuscrito, la composición, etc.".

También **Luigi Scarano,** en su obra sobre **La Tentativa** (Edit. Temis, Bogotá, 1960, p. 301), dice sobre "la admisibilidad de la tentativa en los delitos llamados formales", lo que pasa a transcribirse:

"Reconocidos como requisitos de la institución examinada la univocidad y la idoneidad del acto, resulta posible la tentativa, tanto en relación con los delitos materiales como respecto de los formales.

"Contrariamente a la antigua doctrina, que reconocía la existencia de la tentativa en el comienzo del delito, y que coherentemente negaba la posibilidad de tentativa en los delitos llamados formales, en los que el comienzo de ejecución se identifica con el momento de la consumación, los ejemplos arriba examinados han demostrado que también en los delitos de pura conducta, en los cuales 'la acción no se cumple' (artículo 56), es configurable la tentativa. Es esta una de las consecuencias importantes que se desprenden de la afirmación de que no es posible reducir la tentativa al acto ejecutivo; la tesis contraria, en buena lógica, debería negar que la tentativa se presenta en los delitos formales".

Y como este tratadista pugna por la abolición de la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, considera admisible la tentativa aun en los delitos unisubsistentes. Dice al respecto: "Dado que para la noción de tentativa no es necesaria la actividad ejecutiva, no se plantea ya con respecto a los delitos que se perfeccionan con un acto **(qui uno actu perficiuntur)** el problema de si es fraccionable esa actividad. No se puede asegurar (anota agudamente Vannini) que en el delito unisubsistente, en cuanto tal, no pueda admitirse la tentativa" (P. 302).

La legislación penal colombiana requiere (artículo 16) que se dé principio a la ejecu-

ción, el propósito de cometer un delito determinado, y la falta de realización material del acto criminoso. Ahora bien, al menos la promesa que el sujeto pasivo haga al agente, respecto de sus pretensiones, señala el momento consumativo del delito de concusión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 del Código Penal Colombiano.

Es esto apenas lógico, pues sólo esa promesa —por lo menos— es lo que revela que el sujeto activo de esta violación punible realmente constriñó al sujeto pasivo, o que los actos suyos tuvieron la capacidad de inducirlo.

Recuérdese que el citado artículo del Código Penal Colombiano, así como el 317 del de Italia, dicen que el delito de concusión existe cuando el funcionario público **constriñe o induce a alguien a darle o prometerle.** Y la evidencia de que hubo constreñimiento o de que el sujeto pasivo fue inducido no puede ofrecerla sino una promesa —por lo menos— que el sujeto pasivo haga al agente, con respecto a los fines perseguidos por éste. (Sala Plena, 14 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 62, 1ª y 2ª, 64, 2ª, 65, 1ª y 2ª, 66, 1ª y 2ª, y 67, 1ª).

67

CONFESION JUDICIAL

(Mérito probatorio de la misma en derecho laboral).

La discrepancia que resulta entre la confesión del representante de la sociedad en la respuesta a la demanda y el informe rendido al juicio por el Gerente de dicha sociedad, en lo tocante a determinar el monto del salario devengado por la actora durante el tiempo de la relación procesal, ha debido definirse prefiriendo la confesión, y no en la forma como lo resolvió el Tribunal que se atuvo a los datos suministrados en el informe. La confesión, al tenor del artículo 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil tiene fuerza de plena prueba y no puede revocarse sino demostrando el confesante que al rendirla incurrió en error de hecho inculpable o explicable. Y en el juicio no obra prueba alguna aportada por la sociedad destinada a demostrar el error, ni para tal fin tiene eficacia el informe corriente en autos, posterior a la emisión de la confesión. El documento dicho no da explicación alguna que justifique la diferencia entre el número y variedad de salarios allí indicados y los dos que admite la respuesta a la demanda.

Es verdad que el Juez del Trabajo forma libremente su convicción, pues al respecto no está sometido a la tarifa legal. Pero frente a una prueba plena como la de confesión judicial, que ni siquiera se ha intentado rectificar, no es acertado desecharla para atenerse a otra de inferior calidad. El principio legal que le da al Juez libertad para estimar las pruebas no puede servir de fundamento para inclinar su juicio en favor de elementos de convicción de menor fuerza demostrativa que la confesión, de máximo valor probatorio, según todos los ordenamientos positivos, así considerada por los doctrinantes y la jurisprudencia. Lo expuesto es suficiente para concluír que el salario básico para la liquidación de la cesantía es el contenido en la confesión judicial de que se ha hecho mérito. (Casación Laboral, 25 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 697, 1ª).

68

CONTRAESCRITURAS

Conforme al artículo 1766 del Código Civil, las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en instrumento público, valen entre las partes, pero no respecto de terceros. Dicho artículo 1766 de nuestro Código Civil corresponde exactamente al 1707 del Código Civil chileno, precepto que don Andrés Bello tomó del artículo 1214

del proyecto de Código Civil español elaborado por don Florencio García Goyena.

Para explicar el origen y alcance de esta última norma, el señor García Goyena expuso sus comentarios en su obra "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", como allí puede verse.

El citado artículo 1766 regula los efectos de las escrituras privadas o públicas que se hacen con el fin de alterar lo pactado en otra escritura pública. Los instrumentos a que el precepto se refiere son aquellos que se denominan contraescrituras, y que por lo regular se extienden en reserva con el objeto de hacer constar la simulación total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato ostensible, sea o no solemne. El origen y finalidad de la disposición, así como la inteligencia que en otras legislaciones se les atribuye a las normas que le son similares, revelan y permiten concluír que dicho artículo no hace referencia sino a los escritos que revisten el aludido carácter de contraescrituras por estar destinados a declarar y comprobar que un contrato ostensible es, en todo o en parte, simplemente aparente o ficticio.

El precepto no se refiere a las escrituras privadas o públicas que contienen adiciones, modificaciones o reformas de un contrato serio y valedero, porque ellas no ostentan la calidad de contraescrituras y porque sus efectos y su valor demostrativo están sometidos a otras prescripciones. Así, el artículo 1759 del Código Civil regula la fe que merece el instrumento público; el 1760 prohibe suplir la falta de este instrumento por otra prueba en los actos y contratos que lo requieren como solemnidad, y los artículos 1761 y 1762 **ibídem**, señalan la fuerza probatoria del documento privado entre las partes y respecto de terceros. Siendo esto así, no se ve razón que justifique aplicar a estos instrumentos el régimen que para las contraescrituras privadas y públicas consagra el artículo 1766 del mismo Código Civil. (Casación Civil, agosto 18 de 1961. Tomo XCVI, páginas 232, 1ª y 2ª, 233, 1ª).

69

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

(Contrato de transporte, contrato de trabajo y contrato de obra).

La discrepancia entre las partes radica en que para el actor fue de trabajo dependiente el servicio que le prestó a la compañía como transportador, en tanto que para ésta el demandante obró con autonomía en calidad de contratista independiente. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, que no puede definirse sino a través de las pruebas del proceso. Si la cuestión jurídica debatida en el pleito cae bajo el dominio del artículo 34 del Código del Trabajo, normativo del contrato de obra, la Sala debe concretar su atención primordialmente al examen de ese texto.

Dice la norma en lo pertinente: "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlas con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva".

Al tenor del precepto, contratista independiente es el que reúne estas condiciones: a) La ejecución por su parte de una obra o labor en beneficio ajeno, asumiendo todos los riesgos; b) La de que realice la obra o labor con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva, y c) La de que el beneficiario de la obra o labor pague por ella un precio determinado.

Ahora bien, la prueba testimonial disponible permite establecer lo siguiente: que el demandante efectuaba el transporte de mercancías de la sociedad en un vehículo del cual era dueño; corrían de su cargo los gastos de funcionamiento de dicho vehículo; para su manejo disponía de un ayudante, como dependiente suyo; por algún tiempo tuvo un chofer como conductor del camión, y por cada

viaje recibía un precio determinado. En otras palabras, los testimonios demuestran de manera fehaciente estos hechos: que el demandante ejecutó una labor de transportador en beneficio de la sociedad, con sus propios medios, asumiendo los riesgos, y recibiendo por ella un precio determinado.

El portador debía conducir la mercancía al lugar designado por el remitente. De este hecho, resultante de la prueba testimonial, deduce el Tribunal en la sentencia acusada, que el actor prestó el servicio bajo la subordinación de la sociedad. Estima la Sala equivocado este concepto, pues en el contrato de transporte quien se encarga de conducir la mercancía de un lugar a otro, contrae la obligación de entregarla a la persona a quien el remitente indique, conforme a lo previsto en el artículo 258 del Código de Comercio. La ejecución de una obligación de tal especie no convierte al portador en trabajador dependiente ni al remitente en patrono.

Dos de los declarantes manifiestan que para el actor el camión en que realizaba el transporte era una herramienta de trabajo. Con referencia a este punto, dice el sentenciador que no vale la pena tomarlo en consideración, porque según los artículos 57-1ª y 58-3ª del Código Sustantivo del Trabajo, se puede estipular "que el trabajador ponga las herramientas de trabajo y no el patrono". A lo cual la Sala observa: Si es lícita una estipulación en tal sentido, de acuerdo con el primero de los textos legales citados, no aparece demostrada en el proceso con las pruebas que el Tribunal analiza ni resulta de ningún otro elemento de convicción. Trátase, pues, de afirmación sin respaldo probatorio en el juicio.

La calificación de que el automotor era una herramienta de trabajo no tiene el mérito de arrebatarle la calidad de medio propio utilizado por el demandante para el desempeño de su función. Por lo demás, en la actividad del transporte, el automotor no es un instrumento cualquiera, sino elemento esencial para su ejecución.

La prueba testimonial descubre una labor de resultado, ejecutada por el demandante con libertad. La remuneración dependía de su realización periódica. Su estimación por el fallador de instancia no fue, pues, acertada.

Robustece la prueba mencionada la confesión provocada del demandante, pues en ella acepta que cumplió la labor de porteador con sus propios medios y con entera libertad. Tampoco fue, pues, correcta la valoración de esta prueba por el sentenciador.

Lo propio cabe decir de la significación que le da la sentencia al informe del contador de la sociedad, en el cual se funda para sostener que el demandante fue trabajador bajo la dependencia de la compañía. Ya se anotó que la obligación del porteador relativa a la conducción de la mercadería al lugar indicado por el remitente —de que habla el informe— emana del contrato de transporte, sin que su satisfacción por aquél lo coloque dentro de la órbita del contrato de trabajo.

Según lo expuesto, se reúnen en el caso de autos las notas dominantes del contrato de obra, conforme a lo previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Así las cosas, durante el período en que el actor prestó a la compañía el servicio de que se viene tratando, fue trabajador autónomo, sustraído por tanto de la relación de trabajo dependiente. (Casación Laboral, 29 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 735, 1ª y 2ª, y 736, 1ª).

70

CONTRATO DE OBRA PUBLICA

(Sistemas de fijación del precio. Comparación con el contrato de suministros).

El contrato de obra pública, celebrado por la Administración con personas naturales o jurídicas, tiene por objeto la construcción, reparación, mantenimiento, etc., de una obra destinada a satisfacer una necesidad del servicio público, la cual debe recaer, como con-

dición esencial, sobre un inmueble, mediante el señalamiento de un precio ajustado entre los contratantes.

Como el contrato sobre obra pública debe tener por objeto un inmueble, como la construcción de un edificio, carretera, etc., o cuando menos un inmueble por destinación, no puede confundirse o asimilarse al de suministros, que tiene por objeto la entrega de cosas muebles directamente a la Administración por un precio previamente acordado.

El precio respecto del contrato de obra se fija en forma global, habida consideración de la importancia de ella; o bien por precio unitario según la categoría o naturaleza de la obra, cuya cuantía se precisa a la terminación de los respectivos trabajos; y en fin, prescindiendo de otros sistemas mixtos, por el nominado de **administración delegada,** según el cual, la Administración paga el valor de la obra, más un porcentaje o una cantidad determinada al contratista en pago de sus servicios; por tanto, estos tres sistemas principales no tienen por objeto investir al contratista de la representación de aquélla, sino el de fijar la norma o sistema para la determinación del precio respectivo.

No obstante, pues, que la expresión "administración delegada" puede sugerir cierto grado de representación del contratista respecto de la Administración, sin embargo, en tesis general, el contrato en sí mismo no conlleva tal representación, para que ésta quedara obligada por los contratos celebrados por el contratista con destino a la ejecución de la obra. (Negocios Generales, 31 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 347, 1ª y 2ª).

71

CONTRATO DE TRABAJO

(Coexistencia y pacto de prestación exclusiva de servicios).

Es verdad que el artículo 26 del Código al autorizar la concurrencia de contratos entre un mismo trabajador y varios patronos, hace la salvedad de que ello es posible si no se ha pactado con uno de los patronos servicio exclusivo. Sin embargo, la excepción no impide que en la realidad el hecho se produzca. Frente a tal situación, el fenómeno que se presenta es el de infracción del contrato en que se pactó el servicio exclusivo, y es el patrono respectivo quien puede tener interés en denunciar la infracción y deducir de ella las consecuencias a que haya lugar. Los demás patronos no pueden acogerse al contrato con pacto de servicio exclusivo para rehusar el cumplimiento de sus obligaciones; ellos, en relación con tal contrato son **res inter alios acta.** Es bien sabido que todo vínculo jurídico, de origen contractual, sólo produce efectos entre los contratantes o sus causahabientes universales o particulares, en la forma y términos prescritos en el derecho común, extremos —los de la sucesión— extraños al caso de autos. De otro lado, la norma que se comenta, al instituír la excepción, no sanciona con la nulidad su inobservancia. Sólo un precepto de esta naturaleza tendría el mérito de impedir la concurrencia de varios contratos, dejando subsistente únicamente el que se haya celebrado con pacto de servicios exclusivos. (Casación Laboral, 5 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 657, 2ª).

72

CONTRATO DE TRABAJO

(Subordinación y presunción de).

De los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo (artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo), el que lo distingue de las demás figuras jurídicas afines (sociedad, mandato, etc.) es la subordinación, esto es, la facultad que tiene el patrono de dar órdenes o instrucciones al trabajador. Donde no aparezca la subordinación, aunque haya servicio personal, queda excluído el contrato de trabajo.

Al lado del contrato, la ley del ramo coloca la relación de trabajo. En efecto, el estatuto laboral sustantivo (artículo 24) establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Sirve de base a la presunción el servicio personal, cuya comprobación incumbe a quien alega la existencia del contrato. (Casación Civil, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 194, 1ª).

73

CONTRATO DE TRABAJO

(El elemento subordinación en el contrato de trabajo. Mandato y).

En lo que concierne a las cartas obrantes en autos como pruebas, el recurrente se limita a observar que ostentan un carácter estrictamente comercial, y que las instrucciones en ellas impartidas no son las de un superior a un empleado subalterno, sino las de un mandante a un mandatario, sobre un negocio mercantil. Mas no indica dato alguno del que pueda inferirse la autonomía del actor o el mero interés de resultado que en la gestión encomendada tuviese el recurrente.

El argumento así presentado carece de eficacia, pues es bien sabido que desde hace no poco tiempo la ley laboral colombiana ha extendido su ámbito a numerosas relaciones comerciales (empleados de comercio, agentes de seguros, representantes y agentes viajeros), a condición de que haya subordinación o dependencia adecuada a la naturaleza de tales relaciones.

Es, pues, el elemento subordinación el que en definitiva sirve para determinar si en un caso dado se está o no en presencia de un contrato de trabajo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia. En el asunto que se examina, el Tribunal halló comprobado ese elemento con las cartas obrantes en el expediente, de modo especial en la de 25 de agosto de 1952, en la que el demandado G. le señala al demantante R. las condiciones conforme a las cuales habría de llevar a cabo las compras de tabaco en la región señalada, condiciones aceptadas por el destinatario con su firma, puesta al margen de la misma carta.

En el mencionado documento, G. se reservó la facultad de indicarle a R., a medida que avanzara la cosecha, los precios de compra del tabaco; la de exigirle informes constantes acerca del desarrollo del mercado, el envío de volantes cada diez días sobre las compras efectuadas, la relación pormenorizada de éstas, en fin, cuanto estimó necesario para asegurar un control efectivo por parte de la oficina principal. "Sobra decir que usted se ceñirá a las instrucciones que posteriormente le vaya suministrando, ya por teléfono, ya por correspondencia, ya por conducto de mis colaboradores que lo visitarán oportunamente", reza un punto del referido documento. Además, G. asumió la obligación de hacer las remesas de dinero para efectuar las compras de tabaco y la de atender a todos los gastos que ocasionara el negocio, "como local, clasificación, alise, obreros para arrumar el tabaco, embalaje, etc.", básculas, libretas de compras, máquina fumigadora.

Las cartas posteriores a la en que se fijaron las condiciones del contrato, constituyen el desarrollo práctico de éstas. En dichas cartas G. hace uso de la facultad de dar órdenes a su agente R. sobre la manera como debía ejecutar la labor.

Como se ve claramente del examen y lectura de tal correspondencia, trátase de órdenes o instrucciones, que por su continua ocurrencia y carácter obligatorio, no obstante el tono cortés en que aparecen formuladas, bien pueden tenerse como constitutivas de la subordinación propia del contrato de trabajo.

Pero ni aun aceptando la hipótesis de que el demandante hubiese sido un mandatario comercial del demandado, cabría descartar la existencia del contrato de trabajo, porque de un lado, éste, en los términos del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, no pier-

de su naturaleza cuando se presenta involucrado con otros contratos, y de otro, el mandato muchas veces es un medio para realizar el contrato de trabajo, según lo anotan la doctrina y la jurisprudencia.

Por tanto, dada la amplia libertad de que en materia laboral goza el fallador para la apreciación de las pruebas, esta Sala no encuentra demostrado el error de hecho que se atribuye a la sentencia acusada, tanto menos cuanto que el ataque parte del supuesto equivocado de que las relaciones entre los litigantes, por haber tenido índole comercial, escapan al **imperium** del Derecho Laboral. En consecuencia, el cargo no prospera. (Casación Laboral, 5 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 708, 1ª y 2ª, 709, 1ª).

74

CONTRATO DE VENTA

(De inmueble congelado por la Oficina del Plan Regulador de Bogotá).

En cuanto que el Tribunal entendió que el predio del negocio, por no ser suceptible de construcción por estar congelado por la Oficina del Plan Regulador, estaba privado de una calidad fundamental de su goce, con lo cual el prometiente vendedor dejaba de cumplir su obligación de transferir el objeto libre de vicios que anulasen su utilidad, hizo, en uso de su poder discrecional de apreciación, una interpretación del contrato, que no puede ser tocada por la Corte, pues no se vislumbra en ella asomo alguno de error, sino que antes bien, muestra ser un razonamiento ajustado a la realidad y a la lógica. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 93, 2ª).

75

CONTRATOS

(Condición resolutoria tácita y pacto comisorio).

Expresamente se pactó, en el presente caso, la resolución del contrato si llegaba a ocurrir que el comprador, durante tres meses, suspendiera el pago de las cuotas de amortización; y aun cuando esta estipulación implica el nominado **pacto comisorio,** sin embargo, de acuerdo con el artículo 1936 del Código Civil, el vendedor conserva el derecho de elegir la acción respectiva: o bien la resolución tácita del artículo 1930 del citado Código, o la expresa del 1935, con las limitaciones previstas en el 1937, las cuales no afectan a aquélla.

A más de la diferencia sustancial que media entre las dos acciones, por el aspecto adjetivo, la resolución del contrato, con fundamento en el **pacto comisorio,** debe ejercitarse en juicio especial como lo dispone el artículo 1095 del Código Judicial, mientras que la tácita debe deducirse mediante juicio ordinario en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 734 del Código citado; por tanto, si el actor deduce la acción por los trámites del juicio ordinario, en forma por demás evidente elige la acción concedida por el artículo 1930 del Código Civil. (Sala de Negocios Generales, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, páginas 290, 2ª, 291, 1ª).

76

CONVENCIONES COLECTIVAS

(Objeto posible de las convenciones y decisiones arbitrales. El trabajador no puede ser considerado como un ser aislado).

No puede aceptarse —como lo sostiene la Empresa— que los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones y las decisiones del laudo que extienden a los familiares "inmediatos" del trabajador el goce de algunos de los beneficios de que éstos gozan por mandato de la ley, como son asistencia médica y farmacéutica y auxilio de maternidad, sean materias extrañas a lo que constituye el objeto de las convenciones colectivas y a la decisión arbitral. Por el contrario, y sin lugar a dudas, tales convenciones constituyen instrumentos adecuados de los que se valen los trabajado-

res para conseguir avances de la legislación laboral y nuevas condiciones en sus relaciones de trabajo que les permitan desarrollar sus funciones de manera más acorde con el decoro y la dignidad de la persona humana, con la adecuada protección de su vida y de su salud, y que la retribución de sus servicios corresponda a lo que en justicia sea necesario para subvenir, normalmente, a sus propias necesidades y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural. Al trabajador no puede considerársele como un ser aislado del núcleo familiar y social. El debe atender tanto a su propia subsistencia y a sus personales necesidades como también a las de su esposa, hijos, padres y demás familiares para quienes las leyes positivas y morales le imponen deberes de asistencia, ayuda y protección. El cumplimiento de esos deberes, necesariamente incide sobre el salario, que cumple así una función familiar. Y mediante las primas, bonificaciones, asistencia médica y farmacéutica que los patronos suministren a los familiares del trabajador, se contribuye indirectamente a aumentar las fuentes de su subsistencia y a crear medios adecuados e idóneos para que la retribución por sus servicios corresponda al concepto de un salario real, cuestión ésta que no puede ser extraña a lo que se comprende en el concepto de "condiciones generales de trabajo". Tal finalidad constituye, a juicio de la Sala, el fundamento inmediato, racional y equitativo de la decisión arbitral, a los citados puntos del Pliego de Peticiones. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 685, 1ª y 2ª).

77

CORREDURIA Y MANDATO

(El corredor no es un verdadero mandatario).

Si bien el Código de Comercio al reglamentar la institución del mandato comercial, incluye la correduría como una especie de éste, según lo preceptúa el numeral 3º del artículo 332, es lo cierto que el corredor es un simple intermediario y no un verdadero mandatario, como acertadamente ha dicho la Corte en Sala de Casación Civil, puesto que no realiza ningún acto jurídico por cuenta del comitente. Su intervención en las operaciones o negocios está limitada a la realización de actos materiales para acercar entre sí a los negociantes. En cambio, en el mandato civil como en el comercial, el mandatario se encarga de gestionar, por cuenta y riesgo del comitente, uno o más negocios que éste le confía, para lo cual debe ejecutar determinados actos jurídicos que constituyen el objeto propio del mandato. (Casación Laboral, 21 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 726, 2ª).

78

CULPA EXTRACONTRACTUAL

(Criterio subjetivo. Posición de los establecimientos bancarios. Presunción de responsabilidad. Cuándo cesa. Compensación de culpas. Poderes discrecionales del sentenciador).

La responsabilidad indirecta es la que la ley presume por culpa en la elección o en la vigilancia de quienes como empleados causan daños a terceros por acción u omisión a propósito del papel representativo auxiliar que tienen recibido dentro del movimiento de la empresa.

Tal presunción de culpa exonera al demandante la carga probatoria, y, si no es desvirtuada, se legitima en causa quien demuestre, por lo demás, el daño y la relación de causalidad entre la culpa presumida y el perjuicio.

Pero no se trata de presunción concluyente. Antes bien, se encuentra atemperada a la naturaleza propia de cada una de las diversas actividades a que suele aplicarse con provecho la iniciativa, el espíritu progresista y la industria de los hombres. Por ello cesa la responsabilidad cuando el hecho no pudo ser impedido mediante la autoridad y el cui-

dado que incumbe a quienes por su posición en la empresa ocupan jerarquía superior. Y por ello, además, "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" (2357).

De esta manera el sistema legal concede al Juez amplios poderes para valorar, en concreto y a la luz de las probanzas, el hecho y las circunstancias determinantes del daño, no sólo en la tarea de deducir hasta dónde fue evitable, sino también en cuanto respecta a saber en qué medida la propia culpa de quien sufrió el perjuicio puede atenuar y aun suprimir la responsabilidad.

Es muy natural que deba ajustarse al rigor de las más exigentes medidas la conducta de los establecimientos de crédito, puesto que en grado eminente son depositarios de la confianza pública. Pero esto no elimina el criterio subjetivo de la culpa para transformarla en responsabilidad objetiva; tampoco cercena los poderes discrecionales del sentenciador para apreciarla y deducirla en concreto, ni los somete a censura en casación, salvo en los eventos excepcionales de arbitrariedad manifiesta por obvio desconocimiento de medios de prueba que evidencien lo contrario, o porque su juicio esté en pugna con los dictados elementales del buen sentido.

El mero hecho de que funcionarios de los bancos apenas hayan cumplido veinte años no acredita por sí solo culpa en su elección, desde luego que es edad competente para la adecuada capacitación y desarrollo pleno de las facultades mentales; permite desde los diez y ocho la habilitación de edad en lo civil, y la válida celebración del contrato de empleo en lo laboral, aparte de que por tratarse de representación auxiliar, no incide la capacidad legal del mandatario en la gestión que le ha sido encomendada, sino la del mandante, cuya plena y sobresaliente capacidad de operación es ostensible en los establecimientos bancarios.

El uso de los sellos cautelares del banco y de sus propios formularios para cheques de gerencia, a fin de aparentar mejor la emisión y autenticidad del cheque, respalda la presunción legal de culpa, porque en principio envuelve descuido en la guarda y vigilancia de tales peligrosos y delicados elementos. (Casación Civil, julio 19 de 1961. Tomo XCVI, página 166, 1ª y 2ª).

D

79

DAÑOS EN COSAS

(Legitimación para pedir indemnización por).

Daños en cosas pueden producirse en inmuebles en general, edificios o terrenos que se tengan en propiedad, en mera tenencia o en posesión, con dominio o sin él. La legitimación para pedir por ellos dimana del daño mismo inferido al patrimonio de quien lo sufre como dueño o titular de otro derecho real, o como poseedor o mero tenedor. Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en casación de 11 de mayo de 1945 (LIX, 2019, 103). (Casación Civil, agosto 2 de 1961. Tomo XCVI, página 197, 2ª).

80

DECISIONES JUDICIALES

(Interpretación de la ley).

Es verdad que interpretar la ley no constituye delito, al menos cuando ello se haga con criterio honesto y libre de perjuicios. Pero no lo es proceder a ejecutar una determinación judicial cuando contra ella había interpuestos medios legales, aducidos oportunamente, que debían ser resueltos antes de que se produjeran efectos jurídicos contrarios a quienes los propugnaban impugnándolos.

Las decisiones judiciales no pueden ser escuelas de moralidad procesal; pero por lo me-

nos, cuando el caso lo indique, no pueden ser tampoco ajenas al conflicto humano que surge entre determinadas pretensiones que obran en concepto de propiedad y aquellas que dentro de su relativa fragilidad, las ampara la ley. Para tal fin se ha hecho la justicia que imparten los Jueces. De otra manera tal facultad debería llamarse de otro modo, porque entonces nada determinaría su razón de existir. (Casación Penal, agosto 3 de 1961. Tomo XCVI, páginas 550, 2ª, y 551, 1ª).

81

DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO

(Como prueba de la paternidad natural).

La declaración de renta y patrimonio en que el denunciante, de quien se pretende la paternidad, hace figurar a determinada persona como su hijo natúral, es "algo más que un escrito cualquiera", según lo tiene sentado la doctrina de la Corte. (Casación, 2 de marzo de 1956. LXXXII, 2165-2166, 210).
(Casación Civil, agosto 25 de 1961. Tomo XCVI, página 264, 2ª).

82

DELITOS

(Unisubsistentes y plurisubsistentes).

Aplicando la original terminología y clasificación de los delitos en unisubsistentes, o sea aquellos en que el momento de la ejecución y el de la consumación se sueldan íntimamente en un acto único, y en plurisubsistentes, o sea aquellos en que el proceso ejecutivo es fraccionable en actos distintos que marcan el **iter criminis**, a la definición que nuestro estatuto penal da del delito de concusión, sin mayor dificultad se comprende que éste es plurisubsistente, porque para alcanzar su resultado propio material se requiere, de parte del agente, una actividad fraccionable en actos distintos, ya que el concusionario, para lograr la meta deseada, la dación o la promesa de dación de dinero o de cualquiera otra utilidad ilícita, ordinariamente ha de ejecutar distintos actos sucesivos, especialmente si el sujeto pasivo de la infracción no es una persona natural, sino una persona jurídica, gobernada y administrada por varias personas naturales. (Sala Plena, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, páginas 55, 2ª, y 56, 1ª).

83

DEMANDA (ADMISION DE LA)

(Naturaleza del auto admisorio de la demanda. Distinción entre la demanda y las pretensiones que contiene).

Cuestión que preocupa hoy seriamente a los procesalistas es delimitar la demanda de la pretensión procesal y distinguir entre ellas. La pretensión procesal es la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica u obligue a observar una determinada conducta jurídica; la demanda, hecha abstracción de la pretensión que contiene, es, sustancialmente, pues tal su índole, la petición para que comience el juicio y se adelante la tramitación correspondiente. La demanda es, así por regla general, un acto complejo de parte, que a la vez que contiene la pretensión procesal tiende también, sustancialmente, a iniciar y poner en marcha el proceso. Al menos esta es su naturaleza en el sistema procesal civil, en que ella, si bien contiene la formulación de las pretensiones del actor, es por otra parte, fundamentalmente, el acto mediante el cual se provoca la tramitación de la causa.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que la admisión de la demanda recae sobre ella

en cuanto acto de iniciación procesal, mas no sobre la pretensión que el actor se propone deducir judicialmente. Si la admisión o inadmisión pudieran versar sobre esta última, la inadmisión vendría a equivaler a un fallo anticipado, **ad limine**, de la cuestión de fondo, esto es, de la acción, que nuestra ley de procedimiento identifica con la pretensión, lo que sería absurdo. Entonces debe convenirse que cuando el Juez admite la demanda el acto jurisdiccional no tiene por objeto las pretensiones formuladas, ni recae sobre ellas, sino que simplemente se limita a disponer que comience el proceso por ceñirse el libelo a los requisitos, más que todo formales, que exige la ley. Por ello el auto admisorio no es interlocutorio sino de sustanciación, pues que solamente tiene por objeto poner en marcha el proceso. (Negocios Generales, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 304, 2ª, 305, 1ª).

84

DEMANDA (ADMISION DE LA)

(No puede haber admisión parcial ni rechazo parcial de la demanda).

Dentro de nuestro sistema procedimental civil no hay lugar a admisión parcial de demanda, en el sentido de que cuando son varias las acciones incoadas puedan aceptarse unas y otras no. La admisión, en efecto, no recae sobre las pretensiones, cuyo acogimiento o repulsa es materia de la providencia de fondo, sino que se limita a iniciar la tramitación del juicio; de modo que si la demanda, como acto de iniciación procesal, cumple con las formalidades que la ley prescribe, debe ser aceptada **in integrum**, y si no las satisface debe ser rechazada también **in integrum**, sin que haya lugar a disociar para ese efecto las pretensiones que contiene. Esto último es apenas propio de la resolución final. (Negocios Generales, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 305, 1ª y 2ª).

85

DERECHO DE DEFENSA

(La simplificación de términos procesales, según quedó establecida en el artículo 3º del Decreto número 12 de 1959, no implica desconocimiento del).

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que el artículo 3º del Decreto 12 de 4 de junio de 1959, acusado de inconstitucionalidad, quebranta el artículo 26 de la Carta, toda vez que suprime el auto de proceder. Dice en resumen de su razonamiento: "El artículo 3º del Decreto dispone perentoriamente que vencido el término de instrucción del sumario (30 días) o perfeccionado éste antes, se cierre la investigación, se pongan los autos a disposición de las partes para la presentación de alegatos y luego se dicte sentencia, viola los principios de derecho atrás consignados y, comoquiera que éstos aparecen principalmente expresados en el artículo 26 de la Constitución Nacional, aquella disposición es también contraria a dicha norma. Y lo es, vuelve a decirse, por cuanto, sin providencia de calificación que contenga cargos concretos, no hay, no puede haber, juzgamiento, **juicio** —que presupone controversia— ni defensa. Y no existiendo juzgamiento o juicio la sentencia condenatoria se habría dictado sin los presupuestos esenciales que se requieren para su validez".

Para la Corte, cuando el artículo 26 de la Constitución estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", reconoce y consagra en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero no señala las formas propias de cada juicio. Es normal el trámite plenario por su amplitud a través de numerosas etapas; pero extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que

el acusado sea oído y vencido en juicio conforme a la ley preexistente al acto que se imputa y por Juez competente.

Y si en estado de sitio la celeridad procesal es claramente adecuada a reprimir la violencia como causa determinante de la perturbación del orden público, de propio modo que propicio a su imperio antisocial el retardo inherente a la mayor amplitud de defensa dentro de la normalidad, no hay duda de que el Gobierno está facultado de emergencia por el artículo 121 para abreviar los trámites y suspender, en consecuencia, las disposiciones en contrario dentro de los Departamentos donde rige el estado de asedio.

Ahora bien, conforme al sistema del Decreto número 12, el sindicado tiene audiencia dentro del informativo; el fallo de primera instancia debe concretarle los cargos con mayor precisión que si se tratara de auto de proceder; es oído en segunda instancia, y dentro del ámbito propio del recurso extraordinario es oído también en casación. De modo que si los trámites se aceleran, no por esta causa se sacrifica o lesiona el derecho de defensa que la Carta asegura a los hombres. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 20, 1ª y 2ª).

86

DERECHO DE DEFENSA

(Cuando el artículo 8º del Decreto 12 de 1959 desconoce la revocabilidad del mandato judicial, deja sin suficiente garantía el).

Considera la Corte que el artículo 8º del Decreto número 12 de 4 de junio de 1959 no garantiza suficientemente el derecho de defensa, al disponer que el apoderado que designe el sumariado actuará desde la indagatoria "hasta la terminación del proceso", porque todo mandato —con mayor razón en el campo penal— es esencialmente revocable, y se ataría al proceso en forma indefinida al mandatario, aun en aquellos casos en que el poderdante le haya perdido la confianza, a causa de negligencia, procederes indebidos o dolosos o de otros motivos, con grave perjuicio, a no dudarlo, de los intereses de la defensa. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 20, 2ª).

87

DERECHO DE REPRESENTACION

(Condiciones para su cumplimiento y obligación de demostrar el derecho a la herencia).

La ley llama a recoger la herencia intestada a determinados parientes del causante y al cónyuge supérstite (Ley 153 de 1887, artículo 85). Como ella no presume en favor de nadie los vínculos que puedan unirlo con el causante, los pretendidos herederos necesitan demostrar el parentesco que se atribuyen, en razón que quien aspira beneficiarse en una determinada situación jurídica, debe probar que se halla efectivamente comprendido en ella, salvo presunciones legales en su favor, fenómeno que desplaza la carga de la prueba a la otra parte.

Del artículo 1041 del Código Civil se infiere que en la representación sucesoral figuran: el causante o persona en cuya herencia se sucede; el representado o persona que por no poder o no querer suceder deja vacante ese lugar; y, el representante, o sean los descendientes legítimos del representado a quienes llama la ley a ocupar el lugar de aquél en la sucesión.

El derecho de representación exige determinadas condiciones para su cumplimiento. Son ellas: que el lugar del representado esté vacante; que el representante tenga con el causante las cualidades necesarias para heredarlo, y que los grados de parentesco intermedio estén vacantes.

Según el anterior planteamiento, a los herederos abintestato les corresponde demostrar su derecho a la herencia con las pruebas le-

gales respectivas, en orden a establecer las condiciones requeridas por la ley para suceder por vocación de ella, bien porque ese llamamiento sea directo o ya indirecto, como sucede en el caso de la representación en que el representante por ocupar el lugar del representado, lo reemplaza o subroga, y adquiere los derechos hereditarios de aquél y finge, además, igual grado de parentesco con el causante.

Cuando la representación se cumple por el hecho de la muerte del representado, ese hecho debe demostrarse con la prueba legal respectiva, de la misma manera en que el heredero directo debe establecer la de su causante para acreditar su calidad de sucesor, sin que se pueda en aquella ocurrencia, como no se podría en ésta, sostener que por la aceptación que de la defunción hiciesen los otros parientes, quedase ella demostrada, pues la ley ha creado prueba específica y aun el medio de cumplirla si se acredita la falta del documento principal. (Casación Civil, julio 17 de 1961. Tomo XCVI, páginas 160, 2ª, 161, 1ª).

88

DERECHO DE DEFENSA

[Las restricciones procesales establecidas en los artículos 5º (parágrafo), 6º, 7º, 14, 15 y 16 del Decreto 12 de 1959, no impiden el que subsista garantizado el].

No por ser restrictivas o menos favorables las disposiciones, referentes al procedimiento, contenidas en los artículos 5º (parágrafo), 6º, 7º, 14, 15, 16 y 17 del Decreto legislativo número 12 de 1959, comparadas con las del derecho procesal común suspendidas en los Departamentos que aún se hallan en estado de sitio, se ha de seguir necesariamente el quebranto de la Constitución. El derecho de defensa subsiste garantizado, aunque no de modo tan amplio como en la legislación ordinaria. La Constitución lo consagra: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; reconoce y consagra el derecho, pero no da la medida exacta de su ejercicio, ni ha determinado cada una de las formas que componen cada uno de los juicios, motivo por el cual ello corresponde al Congreso, como antes se expuso. Y en caso de emergencia el Gobierno en uso de las facultades del artículo 121, y si bien no puede suprimir el derecho, está eventualmente facultado para acondicionar su ejercicio a la suprema necesidad de restablecer el orden. No podrá deducirse de los textos acusados la cancelación de tan elemental como básica garantía ciudadana, sino el empleo de un conjunto de medidas encaminadas a remover obstáculos que dificultan la represión de la violencia, medidas claramente adecuadas en épocas de emergencia, como la presente, cuyos rasgos característicos denotan escasa madurez política en la Nación, en daño invaluable para la unidad de acción y en perjuicio del desarrollo armónico de su potencia cultural y económica. Una prueba palpitante de que se conserva garantizado el derecho de defensa es la de que ya han sido infirmados por la Corte varios fallos proferidos por los Tribunales Superiores en los procesos ventilados según el Decreto número 12.

En síntesis: las disposiciones del Decreto que la demanda acusa en el capítulo en estudio, proveen a la reglamentación de un juicio que consta de dos instancias, asistido el procesado por apoderado que nombra libremente; que vela en la etapa sumarial por una instrucción recta; alega tanto en la primera como en la segunda instancia; recurre de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior; solicita de éste la práctica de las pruebas que juzgue necesarias a la defensa, y demanda en casación, si fuere el caso. No puede decirse, en verdad, que haya sido destituído de garantía constitucional quien puede servirse de estos medios para defender su libertad. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 21, 2ª, y 22, 1ª).

89

DERECHO DE DEFENSA

(Acusado totalmente indefenso en proceso rituado por las normas del Decreto 0014 de 1955).

Es irritante que en un juicio rituado por las normas del Decreto 0014, de por sí restrictivo, nada haya intentado el defensor para hacer buena o menos grave la conducta de su cliente, y no se compadece con la organización judicial que rige y con los preceptos institucionales que la inspiran que un acusado pueda quedar totalmente indefenso. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 636, 1ª).

90

DECRETO 0012 DE 1959

(Hechos ocurridos en fecha anterior a su vigencia).

Si los hechos por los cuales se condenó al procesado tuvieron ocurrencia en fecha anterior a aquella en que empezó a regir el tántas veces citado Decreto 0012 de 1959, el juicio debió encauzarse con acatamiento a las normas procedimentales imperantes, por ser obstensiblemente más benignas o favorables para el acusado. (Casación Penal, junio 8 de 1961. Tomo XCVI, página 271, 1ª).

91

DECRETO 0015 DE 1955

(Término para la solicitud y práctica de pruebas).

La naturaleza del procedimiento contemplado en el Decreto 0014 indica que la viciada actuación que debe corregirse dando validez a la causal 4ª de casación, afecta el trámite a partir de la notificación del auto de detención, pues empieza ahí el término para la solicitud y práctica de pruebas, pero sin que la invalidez afecte dicha providencia, pues se trata es de devolver al acusado los términos hábiles para su defensa. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 636, 1ª).

92

DEPOSITO VOLUNTARIO Y DEPOSITO JUDICIAL

Es cierto que los contratos de depósito y secuestro necesitan para su perfeccionamiento la entrega de la cosa; pero, de ahí no puede concluírse que levantado el depósito judicial por orden del Juez, el secuestro no termina sino cuando el secuestre restituya los bienes, porque esto significaría quebrantamiento del principio consagrado en el artículo 2280 del Código Civil, cuando después de afirmar que el secuestre no podrá exonerarse de su cargo mientras no recaiga sentencia de adjudicación, dice en la segunda parte: "Podrá también cesar antes de dicha sentencia por voluntad unánime de las partes si el secuestro fuere convencional, o por decreto de Juez, en caso contrario". Y, por fin, porque de no ser así habría desobedecimiento a la orden judicial y, en la práctica, se consagraría el abuso dejando al arbitrio del secuestre la terminación de su encargo.

Y es esa, precisamente, una de las diferencias entre el depósito voluntario y el judicial, pues obedece aquél a la voluntad de las partes, y a ella está sujeto, y éste se origina en la decisión judicial en que se constituye y se termina o extingue con la que pone fin a esa situación. Por eso mismo es cierto que de acuerdo con el artículo 1637 del Código Civil, reciben legítimamente las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello, lo cual, paladinamente, supone la vigencia del decreto judicial, pues

a la inversa, resulta ilegítimo el pago hecho en las condiciones contrarias a las previstas por la norma citada, todo porque la validez del pago depende, en principio, de su eficacia para cancelar la obligación debida. La ley tiene en cuenta esto y lo sanciona al establecer que para que el pago sea válido debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que lo hayan sucedido en el crédito, aun a título singular) o a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. (Código Civil, 1634). (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, página 222, 1ª).

93

DICTAMEN PERICIAL

(Peritación complementaria y peritación concurrente. Condiciones y límites de la ampliación del dictamen).

Conforme al artículo 724 del Código Judicial, la inspección ocular ha de practicarse con la intervención de testigos o peritos.

La peritación a que esta norma se refiere puede ser **complementaria** si es el Juez quien debe realizar el reconocimiento, bien que con el auxilio de la experiencia o los conocimientos especializados de los expertos; o **concurrente** cuando, como dice Lessona citando a Pisanelli, la prueba se encamina directamente a los peritos, y no es misión del Juez apreciar los hechos, sino que su intervención se limita a darle solemnidad al acto.

En la peritación complementaria, esto es, en que se dirige a cumplir o completar la deficiente información del Juez sobre la materia de la inspección, aquel funcionario tiene la facultad de ordenar la ampliación de los puntos o cuestiones que deben ser materia del dictamen, aunque sin comprender hechos o cosas que no tengan relación con la materia desde un principio especificada como objeto de la prueba. Así lo prescriben los artículos 600 y 724 del Código Judicial, puesto que en este caso el reconocimiento y la peritación se complementan, integrando una sola prueba que el Juez puede decretar de oficio, para mejor proveer, con el fin de que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, de modo que si está autorizado para disponerla de oficio no se ve razón para que no pueda decretar su ampliación, con el mismo objeto, siempre que no se extienda a materias no determinadas en el auto que ordenó practicarla. Si pudiera extenderse a tales materias no sería ampliación sino una nueva prueba recibida sin sujeción a los términos establecidos al efecto.

Cuando, en cambio, se trata de peritación sólo concurrente con el reconocimiento judicial, el Juez carece de la facultad que le otorgan, respecto de la inspección ocular, los artículos 600 y 724 **in fine**, pues entonces las dos pruebas son independientes, y respecto de la de peritos el Juez y las partes no tienen más facultad que la que les concede el artículo 719 para exigir que se explique, aclare o amplíe el dictamen, es decir, las conclusiones a que hayan llegado los peritos sobre los hechos sometidos a su apreciación o los fundamentos de tales conclusiones —lo que puede hacer el Juez, aun de oficio, antes de fallar—, mas no la prueba misma mediante su extensión a puntos o cuestiones no previstas en la petición respectiva y en la providencia que la acoge. El artículo 719 es explícito en el sentido de que la autorización que confiere sólo puede ejercerse "si hay oscuridad o deficiencia en la **exposición**" (subraya la Sala), o sea, que tales oscuridad o deficiencia se predican del juicio emitido por los expertos y del razonamiento al través de los cuales aquéllos lo formaron, no de la prueba como tal en cuanto no comprenda hechos o siquiera cuestiones que no fueron oportunamente sometidas a la apreciación pericial. La citada regla permite que se expliquen, aclaren o amplíen el concepto o los motivos que tuvieron en cuenta los peritos para acogerlos,

cuando uno u otros son oscuros e incompletos, pero no que la peritación se extienda a puntos no propuestos al solicitar la prueba ni determinados en la providencia que ordena practicarla, pues ello contraría los principios de publicidad, contradicción y lealtad entre las partes que son fundamentales en la disciplina de la prueba.

Como se observa, la facultad del artículo 719 no es ilimitada, sino restringida en los términos que expresa la misma disposición.

En el caso de autos, la ampliación que solicita del dictamen pericial la parte demandante, se refiere a un hecho que sin duda tiene relación con el tema del pleito, pero no la tiene con la materia de la peritación, decretada en la providencia respectiva, de conformidad con la petición que la originó.

Estas razones son suficientes para denegar la ampliación solicitada por el recurrente, tanto más cuanto que ni los peritos pueden tomar en consideración documentos que no hayan ingresado regularmente al juicio, ni la ampliación de una peritación es la oportunidad para traer a los autos pruebas que no fueron solicitadas ni allegadas en la etapa procesal correspondiente. (Negocios Generales, 10 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 307, 2ª, 308, 1ª y 2ª).

94

DOLO

(Autonomía del Tribunal en la estimación de los elementos que lo constituyen).

No puede negarse que el pago es un acto jurídico susceptible de estar teñido por el dolo. Pero no atacada por error de hecho manifiesto o por error de derecho la apreciación de los elementos constitutivos del dolo, la Corte no puede variar la que el Tribunal, con el rigor de su conciencia, hiciera, porque semejante apreciación está dentro del ámbito de su autonomía en la estimación del dolo de quienes intervinieron en tal pago. (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, página 225, 1ª).

E

95

ERROR DE DERECHO

El error de derecho, lo tiene repetido la Corte, consiste en que el fallador le dé a una prueba el valor que no le reconoce la ley, o que le desconozca el que ella le asigna. Por lo mismo, con esta equivocación, la primera norma que viola el Juez es la que fija el valor de un medio probatorio, y por causa de tal transgresión, infringe indirectamente las normas sustantivas. De ahí por qué, en la acusación por error de derecho, el recurrente debe citar tanto las disposiciones legales que señalen el mérito probatorio del medio erróneamente acreditado como las sustantivas indirectamente infringidas. (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, páginas 181, 2ª, y 182, 1ª).

96

ERROR DE DERECHO

No es debido acusar de manera indirecta, por errores de derecho en la apreciación de pruebas, sin indicar los textos legales de carácter probatorio que hubiesen sido infringidos por la errónea estimación. Es decir, existe el error de derecho precisamente porque en el examen de las pruebas se quebranta alguna norma de las que las regulan o fijan su valor, de manera que sin señalar la regla probatoria que en concreto se viola con la defectuosa valoración, no puede darse en casación el expresado error. (Casación Civil, julio 26 de 1961. Tomo XCVI, página 188, 2ª).

97

ERROR DE DERECHO

(Condiciones de la tacha por).

Dada la naturaleza excepcional del recurso de casación, es necesario que la tacha por error de derecho se presente de conformidad con el artículo 520, ordinal 1º del Código Judicial, demostrando haberse incurrido en dicho error, para lo cual se requiere, cumpliendo lo preceptuado por el artículo 531 ibídem, que el recurrente cite tanto los textos sustanciales indirectamente infringidos como los que dentro de la tarifa fijan el mérito de la prueba erróneamente estimada. (Casación Civil, agosto 24 de 1961. Tomo XCVI, página 256, 1ª).

98

ERRORES DE DERECHO

(No los hay consecuenciales de errores de hecho).

En rigor no hay errores de derecho consecuenciales de errores de hecho, porque, si la prueba existe, pero el Tribunal niega el hecho en que debió sustentarse el fallo, la casación se produce al reconocerse el error de hecho, sin que la estimación del mérito legal de la prueba deba ser materia de un cargo específico por error de derecho, no siendo necesario, por tanto, alegar a la vez un error de hecho por haber pasado inadvertida una prueba a los ojos del sentenciador, y un error de derecho por no haberla apreciado en su valor legal.

Porque la doctrina tiene aceptado que no incurre el sentenciador en error de derecho cuando por error de hecho no ha valorado la prueba; lo cual muestra que cada especie de error tiene entidad propia y fuerza bastante para producir la casación, sin que el uno tenga que apoyarse en el otro, ni sea propiamente el de derecho consecuencia o efecto del de hecho. Así se desprende de la forma como contempla las dos especies de error el inciso segundo del artículo 520 del Código Judicial. (Casación Civil, agosto 2 de 1961. Tomo XCVI, página 198, 2ª).

99

ESCRITURA PUBLICA

(Esta no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad).

El artículo 1760 del Código Civil es categórico al estatuír que la falta de escritura pública no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere dicho instrumento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados. En relación con ciertos actos y contratos la ley busca dar firmeza a la manifestación de voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de que la falta de éstas no puede suplirse por ninguna otra prueba, y de que el acto o contrato que no se ha formalizado debidamente resulta desprovisto de eficacia jurídica.

Cuando la ley exige la solemnidad del instrumento público, hay que entender necesariamente que todos los elementos constitutivos del negocio jurídico deben quedar consignados en dicho instrumento. De otro modo no se cumpliría aquella solemnidad, como tampoco quedaría plenamente satisfecha si, fraccionando el contrato, se hiciesen constar unas estipulaciones en escritura pública y otras en documento privado. Estas últimas resultarían ineficaces, y el contrato disminuído en los efectos inherentes a las cláusulas o condiciones que no llenaron la solemnidad sobredicha. (Casación Civil, agosto 18 de 1961 Tomo XCVI, páginas 232, 1ª, 233, 1ª).

100

ESTAFA

(Competencia).

La estafa es un delito que tiene fisonomía propia por el fraude o engaño que dispone el ánimo del ofendido para entregar por ese único motivo determinante el elemento que configura la apropiación ilícita del que opera de tal manera contra el patrimonio ajeno. El momento en que ese hecho se produce es, pues, el que fija la instantaneidad del mismo, y es por ende el que señala el Juez competente, que no es otro que el del territorio en donde se llevó a cabo la maniobra dolosa, por lo fraudulenta, para hacerse entregar la cosa objeto del ilícito. (Casación Penal, 20 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 410, 1ª).

101

ESTIPULACION POR OTRO

(En promesa de contrato).

El artículo 1507 del Código Civil autoriza en los actos y declaraciones de voluntad de quien no es representante de una tercera persona comprometerse a que por ésta ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, es decir, cualquiera de los tres objetos que pueden tener los contratos al tenor de los artículos 1495 y 1517 del Código Civil.

La promesa de vender un inmueble genera una obligación de hacer, que consiste en otorgar la escritura mediante la cual se perfecciona la venta.

Dentro de la libertad contractual que inspira el Código Civil, y teniendo en cuenta la regla general sobre el objeto de los contratos, no hay ninguna norma que prohiba la estipulación por otro en las promesas de celebrar una convención. Al contrario, es en éstas donde tiene mayor cabida tal estipulación. No se ve la razón del fallador para afirmar la tesis contraria. Pues de acuerdo con el artículo 1507, si la tercera persona cuyo hecho se promete, ratifica el acuerdo, queda vinculada a la promesa desde la fecha del pacto entre el estipulante y el prometiente. Si no la ratifica, el estipulante tiene acción de perjuicios contra el prometiente por incumplimiento de su obligación de que la tercera persona perfeccionaría el contrato.

No existe disposición alguna que autorice al fallador para afirmar que por no haberlo ratificado la persona por quien se estipuló, el precontrato no es válido. Tal aserto podría tener ocurrencia cuando el hecho ajeno depende de la persona o de las personas que no ratifican la promesa, porque entonces no existiría el acuerdo de voluntades en que ésta consiste. (Casación Civil, agosto 24 de 1961. Tomo XCVI, página 257, 2ª).

102

EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

(Sus condiciones).

Tendiente a evitar el seguimiento de juicios nulos, la excepción de declinatoria de jurisdicción, como dilatoria que es, está sujeta a tener que proponerse por el demandado dentro del término que tiene para contestar la demanda y en forma apta a originar el respectivo incidente, que implica una cuestión de especial y previo pronunciamiento (artículos 330, 335 y 340 del Código Judicial), pues como lo prescribe el artículo 337 ibídem, hablando de las excepciones dilatorias, si éstas se declaran no probadas, se ordena al demandado que conteste la demanda dentro de dos días. (Casación Civil, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, página 113, 1ª y 2ª).

103

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

(Incapacidad procesal del menor y su capacidad para ser parte. Indebida acumulación de acciones).

Si bien es verdad que la menor no tiene capacidad procesal, sí la tiene para comparecer como parte, una vez que como persona puede ser sujeto de derechos y obligaciones, aun cuando necesite la representación de su padre; pero no por esto las dos personas naturales se convierten en una sola desde el punto de vista sustantivo; así, en el memorial-poder que obra en el presente negocio, después de conferirlo el actor en nombre propio, al final agregó: "como representante legal de mi hija confiero el poder para pedir la declaración de propiedad del subsuelo a su favor".

Por otra parte, el derecho del padre a gozar del usufructo de los bienes de la hija, como la obligación de pagar los impuestos, tampoco modifican la situación de derecho, en cuanto se trata de dos personas naturales distintas, cada una de las cuales demanda la declaración de propiedad del subsuelo respecto de dos predios, vale decir, sobre dos objetos distintos.

Está probada la excepción de inepta demanda, por cuanto se acumularon indebidamente las acciones que corresponden al padre y las que corresponden a su menor hija. (Negocios Generales, 18 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 316, 1ª y 2ª).

104

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE

(Condiciones para que tenga ocurrencia esta excepción).

Puede proponerse la excepción de pleito pendiente, según el artículo 334 del Código Judicial, "en el caso de que se siga otro juicio sobre la misma acción y en que el excepcionante figure como parte". Ha dicho esta Sala a propósito de la expresada excepción que ella requiere, a tenor del artículo citado, "que la acción debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo en uno de los dos juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro, porque se trata de idéntica controversia entre las mismas partes. La excepción de litispendencia sólo se verifica cuando la primera demanda comprende la segunda; en los demás casos podrá haber conexión de acciones; pero entonces este fenómeno produce consecuencias distintas de la de paralizar la segunda demanda" (**Gaceta Judicial**, XLIX, 708).

La figura procesal de la litispendencia se subordina, así, al concepto que se tenga de la acción, acerca de la cual es confuso y un poco arbitrario el criterio del Código Judicial, pues que en ocasiones la confunde con el derecho subjetivo material que se deduce en el juicio, mientras que en otras la identifica con la pretensión procesal.

No cabe duda que en el artículo 334 del Código Judicial se la toma en este último sentido, pues que la excepción de pleito pendiente se propone evitar la multiplicidad de fallos sobre el mismo asunto, o sea, que tiene estrecha relación con la cosa juzgada, y para que la cosa juzgada surta efecto es menester, según el artículo 474, que se presente identidad entre los litigantes, el objeto y la **causa petendi**, esto es, entre los elementos que los procesalistas señalan como constitutivos de la pretensión procesal. (Negocios Generales, 13 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 311, 2ª).

105

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE

(Condiciones para que tenga ocurrencia esta excepción en juicios sobre propiedad privada del petróleo).

Conviene en este caso concreto tener presente el concepto de **causa petendi**, funda-

mento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituída por **"acontecimientos de la vida en que se apoya,** no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad a que la pretensión se refiere", de modo que ella "no es lo que permite al Juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al Juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse" (Guasp, **Derecho Procesal Civil,** Madrid, 1956, página 243).

En el caso concreto la parte actora ha solicitado declaración de propiedad privada de los hidrocarburos existentes en el predio común, en ejercicio de la acción civil que en los siguientes términos consagra el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956: "El que se considere propietario del petróleo que pueda existir **dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta,** deberá demandar a la Nación en juicio ordinario de una sola instancia, y de mayor cuantía ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre **en los terrenos materia de la propuesta**..." (los subrayados de la Sala).

Dedúcese claramente de esta disposición que la existencia de una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos es uno de los elementos fácticos individualizadores y delimitadores de la pretensión que se formula, indispensable para fundamentarla, y particularmente para "delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad" a que ella se refiere.

Ahora bien, en la relación de hechos de cada una de las dos demandas presentadas contra la Nación por Alfredo Rueda Sarmiento, en nombre de la comunidad en la cual es condómino, sobre propiedad privada de los hidrocarburos que puedan encontrarse en la hacienda y ferrería "La Pradera", como causa ocasional o de hecho de la pretensión se invoca la formulación de una propuesta de contrato por la Texas Petroleum Company; pero no de la misma en ambos casos, sino de distintas propuestas, la distinguida con el número 869 (Tabio), en el uno, y la distinguida con el 870 (Zipaquirá), en el otro, lo que quiere decir que no se presenta en los dos procesos la identidad de causa de pedir que es necesaria para que se configure la litispendencia; ni tampoco la identidad de objeto, puesto que del texto del artículo 2º del Decreto 3050 se desprende que la propuesta circunscribe el ámbito de la acción, la que no puede versar sino sobre los petróleos que puedan encontrarse "dentro de los linderos del terreno objeto de la propuesta", de manera que si se invocan propuestas diferentes que comprenden, cada una, partes o porciones distintas de un mismo inmueble, las pretensiones se refieren a objetos también distintos.

Hasta tal punto es ello exacto, que si promovida demanda sobre propiedad particular de los hidrocarburos que puedan encontrarse en un determinado predio, se establece en la inspección ocular que la propuesta de contrato no comprende la totalidad del inmueble, en el fallo debe hacerse la exclusión del área o zona que quede fuera con el fin de que la declaración correspondiente no recaiga sobre ella. En consecuencia, no es el caso de revocar la providencia que declaró no probada la excepción de pleito pendiente, sino que, por el contrario, se confirma. (Negocios Generales, 13 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 311, 2ª, 312, 1ª y 2ª).

106

EXEQUIBILIDAD

(Del artículo 6º y del inciso 3º del artículo 15 de la Ley 81 de 1960, "reorgánica del impuesto sobre la renta").

Los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1886 consagraron, en relación con los extran-

jeros, el sistema de la reciprocidad legislativa y diplomática, adoptado por la mayor parte de los países en el siglo pasado y comienzos del presente. Pero la reforma constitucional de 1936 sustituyó aquel sistema por el de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros.

Esa igualdad de tratamiento se refiere únicamente a la **igualdad de derechos civiles,** vale decir, a los derechos subjetivos y a las garantías instituídas para protección de ellos, según se desprende del texto claro del artículo 11 de la Constitución, que dice:

"**Artículo 11.** Los extranjeros disfrutarán en Colombia **de los mismos derechos civiles** que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales **o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros**".

"**Gozarán** asimismo los extranjeros en el territorio de la República **de las garantías concedidas a los nacionales,** salvo las limitaciones que establecen la Constitución o las leyes".

"**Los derechos políticos se reservarán a los nacionales**".

La igualdad civil entre nacionales y extranjeros que establece este texto de la Carta, relativa al ejercicio de los derechos civiles, de acuerdo con la ciencia del Derecho Público, se distingue de la igualdad fiscal, que se refiere a una relación jurídico-política de creación legal, de la cual es el Estado el sujeto activo y el contribuyente el sujeto pasivo.

Los derechos y obligaciones civiles difieren así de los fiscales, tanto por la índole de la relación jurídica como por el carácter de uno de los sujetos, que es el Estado.

La norma del artículo 11 no consagra la igualdad fiscal entre nacionales y extranjeros, sino la civil —se repite—, y por cierto no de manera absoluta, puesto que permite, por motivos de orden público, imponer restricciones a determinados derechos civiles y aun negar su ejercicio a los extranjeros.

Pero es que, por otra parte, el principio general de igualdad ante la ley no se realiza en ocasiones sino a través de la desigualdad misma. "La igualdad fiscal consiste —según un conocido expositor— en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias", por lo cual "la existencia de desigualdades naturales justifica la creación de categorías de contribuyentes"; o sea, que la equidad tributaria, que es lo que se propone la regla de la igualdad, no se logra sino mediante la discriminación cuando las circunstancias o condiciones de los contribuyentes son diversas.

En el presente caso, en que rentas producidas fuera del país pueden quedar sujetas a una doble imposición, las normas acusadas procuran precisamente establecer la igualdad en materia tributaria entre nacionales y extranjeros mediante la eliminación de la doble imposición para estos últimos cuando en su país se exima de ella a los primeros.

La regla de la reciprocidad, en el caso concreto de las disposiciones legales demandadas, en verdad sólo tiene por objeto asegurar esa igualdad entre nacionales y extranjeros que consagra el predicho artículo 11 de la Carta, lo que tanto quiere decir que no son violatorias de ella sino que, en cambio, se ciñen de manera estricta a su espíritu. (Sala Plena, julio 3 de 1961. Tomo XCVI, páginas 4, 2ª, 5, 1ª y 2ª).

107

EXEQUIBILIDAD

(Del artículo 26 del Decreto 12 de 1959, sobre captura de delincuentes, por no darse la pretendida violación del artículo 23 de la Carta).

El artículo 26 del Decreto número 12 de 1959 faculta a las autoridades militares y de policía para capturar y poner a la disposición de las autoridades competentes a las personas de que se tenga noticia que han cometido

delitos, o que sean requeridas públicamente por la autoridad, o se hayan fugado estando legalmente detenidas; se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos y estupefacientes o se encuentren en evidente estado antisocial. Se acusa este artículo por violar el 23 de la Carta, ya que las atribuciones que confía a los funcionarios militares y de policía no pueden cumplirse sino a virtud de mandato judicial y por motivos previamente definidos en las leyes.

La demanda acusatoria no acentúa el cargo en lo que respecta a la atribución para capturar a quienes sean requeridos públicamente por las autoridades, se hayan fugado estando legalmente detenidos, o se dediquen al comercio ilícito de armas, estupefacientes o explosivos. Se concreta la acusación, por consiguiente, en cuanto el artículo 26 se refiere a la captura de las personas de quienes se tiene noticia que han cometido delitos o se encuentren en evidente estado antisocial.

El artículo 23 de la Constitución Nacional prescribe que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

La Corte, de acuerdo con el señor Procurador, considera que el precepto acusado no se aparta del ordenamiento constitucional:

En primer lugar, éste no dispone que la orden sea impartida por autoridad judicial sino por "autoridad competente". La autoridad competente la señala en tiempo de paz el legislador ordinario, y en tiempo de anormalidad el Gobierno, puesto que como el artículo 23 de la Constitución no determina cuál es la autoridad competente, no quebranta el Ejecutivo el artículo citado cuando en ejercicio de las facultades del 121 estatuye que la autoridad militar y la de policía pueden detener a los particulares, a pesar de las disposiciones procedimentales y de policía que sean contrarias a tal señalamiento, las que por lo mismo quedan suspendidas.

En segundo lugar, el mandamiento —que ha de ser escrito— debe reunir los demás requisitos legales, esto es, los señalados en las leyes de procedimiento o de policía.

En tercer lugar, si los motivos deben hallarse definidos con antelación en las leyes, eso precisamente hace el artículo acusado, pues si la Carta no los define, ello concierne ante todo a la ley, y en caso de guerra exterior o conmoción interior a los decretos legislativos de acuerdo con el artículo 121, sin que sufra quebranto la inviolable disposición del artículo 23 de la Ley Fundamental. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 22, 2ª y 23, 1ª).

108

EXEQUIBILIDAD

(Del artículo 27 del Decreto número 12 de 1959, que autoriza recompensar pecuniariamente a los particulares que auxilien en la captura de delincuentes).

Autoriza el artículo 27 del Decreto número 12 de 1959 a los Gobernadores de los Departamentos en estado de sitio para que, previa consulta de la cuantía al Ministerio de Justicia, ofrezcan recompensas en dinero a los particulares que entreguen a los delincuentes requeridos por la autoridad o faciliten su captura, debiendo pagarse tales recompensas con cargo al Tesoro Nacional.

No estima la Corte que el texto acusado se halle en pugna con las disposiciones constitucionales que indica la demanda.

El artículo 78, ordinal 5º de la Carta, somete las gratificaciones a que alude, al requisito de hallarse reconocidas en ley preexistente, la cual en el presente caso, es el Decreto número 12, dictado en ejercicio de la potestad emanada del artículo 121, ya que no se trata

de una norma constitucional de aquellas que según la doctrina de la Corte, no pueden suspender su imperio en tiempos de turbación del orden público.

No sufren tampoco los artículos 30, 183 y 189 de la Carta, porque no se afecta el tesoro de los Departamentos sino el nacional, que menciona el citado ordinal 5º del artículo 78 ibídem.

Ni el artículo 23, por último, porque la disposición acusada se refiere a los delincuentes requeridos por la justicia, esto es, contra quienes las autoridades competentes, incluídas las mencionadas en el artículo 26 del Decreto, hayan dictado auto de detención u ordenado su aprehensión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

El Gobierno, en vista de la urgentísima necesidad en que la Nación se halla de terminar esta dolorosa etapa de violencia, ha considerado conveniente que la entrega de los delincuentes o la facilitación de su captura cause una retribución pecuniaria, apenas equitativa, dados los obvios peligros que esa tarea comporta, sin que por ello deje de tener cabal vigencia la facultad del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el alcance del artículo 23 de la Carta, en relación con el 384 del citado Código, la Corte en pleno expuso, en sentencia de 25 de octubre de 1960:

"Es cierto que el artículo 23 de la Carta dispone que 'nadie podrá ser molestado en su persona o familia, **ni reducido a prisión o arresto, ni detenido**..., sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes'. Pero una cosa es reducir a prisión o arresto a una persona, o disponer su detención, y algo distinto realizar su **captura.** Aquéllas exigen un acto jurisdiccional. En cambio la captura es el mero acto físico de aprehensión, la cual deberá cumplir cualquiera, cuando se trata del delincuente cogido **in flagranti** o del que cuya 'captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente'.

"Si el delincuente cogido **in flagranti,** de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Nacional, 'puede ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona', es evidente que también lo puede ser aquel 'malhechor cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente', pues en este segundo caso la formalidad legal a que alude la Carta consiste, precisamente, en ese requerimiento público de la autoridad, para que esa captura se cumpla. Y en este evento, es lógico que precede a tal requerimiento el acto jurisdiccional que ordena o la detención preventiva, o la prisión, o el arresto de la persona o personas cuya aprehensión pide la autoridad c o m p e t e n t e". (XCIII, 2230 y 2231, p. 637).

Determinado así el alcance del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, en sus nexos con el 23 de la Carta, es evidente que el artículo 27 del Decreto guarda armonía con la norma constitucional. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 23, 1ª y 2ª, 24, 1ª).

109

EXPROPIACION INDIRECTA O IRREGULAR

Se conoce en la doctrina con el nombre de expropiación indirecta o irregular la que se lleva a cabo por órganos de la Administración, mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante Juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización previa que aquélla implica.

Si la Corte declaró totalmente inexequible el artículo 269 y también inconstitucionales

los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública", debe concluírse que corresponde a la justicia ordinaria conocer, con aplicación de las normas del derecho común, de la acción que tiene el desposeído por el poder público en tratándose de expropiación irregular o indirecta.

Trátase en el caso **sub judice** de una acción indemnizatoria de todos los perjuicios ocasionados por la ejecución de un trabajo público, en la que el fundamento de la responsabilidad radica en la circunstancia objetiva de la ocupación, y se deriva de una vía de hecho de la Administración que, por lo tanto, la hace responsable en forma directa y la obliga al resarcimiento de los daños derivados de tal expropiación irregular, los cuales comprenden el valor de la zona ocupada por la construcción de la carretera y el de los otros perjuicios accesorios, pero que en conjunto integran la totalidad de la indemnización y el objeto de la acción incoada.

La declaración de inexequibilidad ya mencionada, define claramente que corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción encaminada a obtener el total resarcimiento de los perjuicios causados por la ocupación permanente de la propiedad privada con la construcción de una carretera, con aplicación de las normas de derecho común y no de las reglas procesales recogidas en los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo, de donde resulta evidente que el caso de autos no puede someterse al imperio del artículo 263 de la Ley 167 de 1941, que establece un término perentorio por vía de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción contenciosa contemplada en dicha norma. (Sala de Negocios Generales, junio 28 de 1961. Tomo XCVI, páginas 295, 1ª, 296, 1ª, 297, 1ª).

110

EXPROPIACION IRREGULAR O INDIRECTA DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS

(Acción que el ordenamiento jurídico otorga al desposeído propietario).

La Constitución Nacional garantiza fundamentalmente el derecho de propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título. Así el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad, por motivos que ella misma califica de superiores al particular o privado, como es la utilidad pública o el interés social, sólo puede cumplirse mediante sentencia judicial e indemnización previa. Equilibrio que al dar seguridad y firmeza al derecho de propiedad, no lo constituye en rémora ni obstáculo cuando la utilidad social o el interés público reclaman su aporte. Y la garantía a ese derecho no sólo la estableció para épocas normales, sino que la extendió aun para tiempos de guerra, pues el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial...".

En razón de esas normas, determina quebrantamiento de la ordenación constitucional que el poder público, así sea con progresista intención, las desconozca u olvide, y, en vez de aplicarlas con estricto criterio y prudente empleo de su actividad, ocupe la propiedad privada, sin obedecimiento de las previsiones rigurosas ordenadas por la Constitución.

Cumplida la ocupación sin los requisitos legales, el ordenamiento jurídico del Estado, con la jerarquía suprema de la Constitución, protege al desposeído propietario, dándole la acción, que se resuelve ante la justicia ordinaria mediante el juicio de reivindicación; pero, como ya sería imposible la restitución

de la cosa misma, la acción se cumple y satisface por medio del pago del bien ocupado, es decir, por la subrogación del precio a la cosa, figura jurídica regulada por el artículo 955 del Código Civil.

Oportuno resulta recordar aquí lo dicho por la Corte en casación de 2 de junio de 1960, sobre la expropiación irregular o indirecta (XCII, 2225-2226, pág. 905).

Como la acción conducente en casos como el que se resuelve es la reivindicatoria, regulada por el Código Civil, en armonía con las normas procedimentales del Código Judicial, es lógico concluír que a las disposiciones del derecho privado están sujetos los términos para incoar la acción restitutoria, y, desde luego, lo atinente con la prescripción de la acción.

Se concluye de lo anterior que no es posible aplicar a la acción reivindicatoria las disposiciones relativas a la caducidad administrativa. Ni podría un funcionario judicial hacerlo así, porque arbitrariamente derogaría las normas sobre prescripción de esa acción, regulada concretamente por el Código Civil. Además, al declarar la Corte inconstitucionales los artículos 261 a 268 y 269 de la Ley 167 de 1941, en fallo de 20 de junio de 1955, "en cuanto reglamenta el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública", obviamente dijo que corresponde a la justicia ordinaria aplicar las reglas del derecho común a las acciones de que goza el propietario desposeído por el poder público en casos de irregular expropiación. (Casación Civil, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, páginas 268, 2ª, 269, 1ª y 2ª).

F

111

FACULTADES EXTRAORDINARIAS

(En ejercicio de las otorgadas al Gobierno por el artículo 121, puede suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta las leyes codificadas).

En cuanto a las facultades que tenga el Gobierno en relación con la suspensión o reforma de códigos cuando actúa en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, se considera lo siguiente:

El artículo 76 de la Carta, en su ordinal 2º, faculta al Congreso para "expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones"; y el artículo 80 dispone que los Códigos no pueden ser dictados ni reformados sino en virtud de proyectos adoptados por las respectivas Comisiones Permanentes de una y otra Cámara.

El Gobierno está incapacitado para expedir Códigos en ejercicio de las facultades del artículo 121, porque se trata por excelencia de leyes de orden general y permanente. Ni por su naturaleza sobresaliente ni por el presupuesto de tiempo para su normal vigencia quedan comprendidos los Códigos en el ámbito de las facultades de estado de sitio. (LXXXI, 2202, 13).

Tampoco puede reformarlos, porque ello envuelve derogación parcial de carácter definitivo, e inconciliable, por tanto, con la transitoriedad de los mandatos que se dictan en uso de facultades de emergencia.

Pero sí está facultado para suspender leyes comunes y, eventualmente, hasta las leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de la medida como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 19, 2ª).

112

FALSEDAD DOCUMENTAL

(Prueba grafológica).

Un dictamen pericial de prueba grafológica puede contener un valioso aporte para deter-

minar una responsabilidad criminal en la falsedad documental. Pero si está huérfano de otros elementos colaterales que sirvan de basamento a sus conclusiones, ocurre que siendo apenas un indicio, no es susceptible de que sólo a él se le preste crédito como criterio de verdad. Puede constituír un elemento de juicio que unido a otros permita una cadena de incidentes útiles para formar la certidumbre. Pero si estos hechos no se prestan entre sí, la corroboración requerida para formar toda una concatenación de circunstancias que desemboquen en una única solución, su mismo aislamiento y la existencia de contraindicios o contrapruebas le restan fuerza e impiden que sobre ellos pueda constituírse una sentencia condenatoria, que exige la plena demostración de la responsabilidad, ya que la duda es siempre favorable al incriminado. (Casación Penal, junio 16 de 1961. Tomo XCVI, página 401, 2ª).

113

FERROCARRILES NACIONALES

(Responsabilidad extracontractual. Naturaleza del Consejo Administrativo).

De conformidad con la Ley 29 de 1931, creadora del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, éste disfrutaba "de las prerrogativas y derechos de una persona autónoma", "ejercía todas sus funciones con completa independencia", podía "presentarse ante los Tribunales o autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción que considerare conveniente o necesaria para la buena administración o desarrollo de los bienes confiados a su cuidado"; pero no tenía absoluta libertad en cuanto a disposición de los bienes que administraba (por ejemplo: según el artículo 11 de dicha Ley, deducidas las reservas y gastos allí expresados, el resto del producto neto de la explotación debía consignarse en la Tesorería General de la República), y el Contralor General debía hacer "anualmente una revisión de los libros, registros y cuentas de los Ferrocarriles administrados por el Consejo, y rendirá el informe correspondiente al Presidente de la República" (artículo 3º).

Era, pues, un organismo administrativo, creado por la ley dentro del principio de la descentralización por servicios, para administrar con gran autonomía un determinado sector del patrimonio nacional, pero no era una persona jurídica privada, independiente del Estado, a la que éste le hubiera transpasado, mediante el cumplimiento de las formalidades legales del caso, la propiedad de los bienes que estaba llamada a administrar.

Tal calidad de órgano de la administración fue acentuada mediante el Decreto 1420 de 1943, que declaró que la "dirección y administración de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, quien la ejercerá por delegación al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales creado por la Ley 29 de 1931". Otro tanto hizo el Decreto 2645 del mismo año, pues si en su artículo 2º insistió en dar al Consejo "las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el administrador general", que ejercerá todas sus funciones con una completa independencia, al mismo tiempo preceptúo que el Consejo "tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios".

De las disposiciones legales antes aludidas fluye esta consecuencia importante: que respecto a los litigios que surgieran con ocasión de la gestión del Consejo, las demandas debían dirigirse contra éste, representado por su Administrador General, y que sólo los bienes objeto de dicha gestión debían quedar afectos a las resultas de tales juicios.

Estas conclusiones, por lo demás, fueron las deducidas por la jurisprudencia más constante de la Sala (**Gaceta Judicial**, Tomo LXVIII, página 674, y LXXVIII, 820).

Pero si era al Consejo a quien debía demandarse para deducir obligaciones surgidas con ocasión de la administración de los Ferrocarriles y sólo los bienes sometidos a tal administración debían quedar afectados a las resultas de los juicios, nada podía oponerse, sin embargo, a que un litigante dirigiera también su demanda contra la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, como acaeció en el caso de estudio, porque la considera deudora solidaria del Consejo, lo que llevaría implícita la pretensión de que ella debía hacer frente a la obligación demandada con los elementos comunes y generales del patrimonio nacional.

Por consiguiente, no era inepta la demanda que dio lugar a este juicio por haberse dirigido tanto contra el Consejo, representado por su Administrador, como contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público. (Negocios Generales, 30 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 339, 2ª, 340, 1ª y 2ª).

114

FERROCARRILES NACIONALES

(Extinción del Consejo Administrativo y creación de la empresa de los Ferrocarriles Nacionales. Consecuencias jurídicas).

Debe dilucidarse lo relacionado con la legitimación de la Nación para ser sujeto pasivo de la obligación cuya declaración se demandó en el presente libelo, que tuvo por causa un accidente ferroviario que ocasionó la muerte de un hombre, punto aquel negado por el señor Procurador Delegado.

Durante la tramitación del juicio, iniciado en 1952, se expidió el Decreto 3129 de 1954, en desarrollo de la Ley 17 de 1952, que entre otras cosas, dispuso las siguientes:

"Artículo 1º A partir del primero de diciembre de 1954 queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931 y por el Decreto número 1695 de 1931".

"Artículo 2º Créase a partir del primero de diciembre de 1954 una empresa denominada 'Ferrocarriles Nacionales de Colombia', destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial, y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y que se regirá por los siguientes estatutos...".

"Artículo 5º El patrimonio de la empresa estará integrado por todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y de los que posteriormente adquiera la empresa".

"Parágrafo. El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

Resulta, pues, que uno de los sujetos de la relación jurídico-procesal, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, dejó de existir por obra del legislador durante la secuela del juicio, y que dicho legislador, sin duda en atención a la naturaleza especial de tal organismo, dispuso que la Nación asumiera la totalidad del pasivo del Consejo existente en el momento en que los bienes que éste administraba pasaron a la empresa "Ferrocarriles de Colombia", o sea, en primero de diciembre de 1954.

El señor Procurador le da un sentido restringido, extrictamente contable, según parece, a la palabra pasivo, y no admite, en consecuencia, que a la Nación pueda hacérsele efectiva una obligación cuya declaración judicial sólo podía producirse con posterioridad a la mencionada fecha; mientras que el Tribunal estimó que por no haber hecho distinción el legislador, tal vocablo debía com-

ga del padre en persona para que el reconocimiento del hijo natural se perfeccione en derecho. (Casación Civil, agosto 25 de 1961. Tomo XCVI, página 263, 2ª, y 264, 1ª).

118

FILIACION NATURAL

(Tacha de falsedad del instrumento que reconoce el estado civil de hijo natural).

En cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia puede articularse de falsedad contra el instrumento judicial que reconoce el estado civil de hijo natural. Pero la tacha impone la carga de probarla con plenitud, y exige previo pronunciamiento que, si es contrario, envuelve el pago de las costas incidentales además de multa de diez a mil pesos a favor del adversario, según la importancia del asunto, a juicio del Juez (649, Código Judicial). No basta, entonces, objetarlo o redargüirlo de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad, como si se tratara de documentos privados. (Casación Civil, agosto 25 de 1961. Tomo XCVI, página 264, 1ª).

119

FILIACION NATURAL

(El estado civil de las personas está fuera del comercio).

Es el estado civil una calidad invaluable que en razón de su esencia no ingresa al patrimonio ni admite cotización en el mercado. Constituye un atributo de la personalidad humana, que marca su posición en la familia y en el grupo social a que pertenece. No puede cederse ni enajenarse, ni ser objeto de transacción. El derecho lo protege, eso sí, como a todos los valores imponderables que integran el acervo moral en que reposa la dignidad y estimación de las gentes.

Por todo ello el artículo 406 del Código Civil consagra la norma de que la prescripción nunca podrá oponerse "a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce". (Casación Civil, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, página 274, 1ª).

120

FILIACION NATURAL. - PRESCRIPCION DE LA ACCION

(En derecho colombiano no se extingue por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad).

Es posible en derecho, y así ocurre en varias legislaciones, que por causas obedientes a corregir la incertidumbre en materias que rozan directamente el orden público y las buenas costumbres, se establezcan términos muy breves de caducidad de la acción de paternidad natural, lo que incluye ventajas atinentes a que los recuerdos sean frescos para asegurar o mejorar la credibilidad del testimonio, y a que por lo general el proceso se surta precisamente contra el presunto padre como legítimo contradictor.

Pero si como sucede en derecho colombiano, no hay mandato especial y expreso de la ley que extinga por el transcurso del tiempo el derecho de impetrar la declaración judicial de paternidad, no es posible por analogía con las acciones ordinarias consagrar excepción al principio tutelar de imprescriptibilidad estatuído por el artículo en cita, 406 del Código Civil. (Casación Civil, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, página 274, 2ª).

121

FILIACION NATURAL

(Deberes de los padres para con los hijos, incluso los naturales).

No existe duda acerca de que el matrimonio establece la familia como fundamento de la sociedad y base primaria del orden público. Pero a pesar del cuidado preponderante de las leyes por la protección de la familia legítima, nunca podría olvidar con justicia la organización jurídica, los supremos principios que exigen el cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos, aun los engendrados fuera de matrimonio; y ante todo se consagran por el derecho los medios conducentes a que el Juez declare la paternidad natural, ya que la maternidad es revelada en los hechos por el embarazo y el parto. (Casación Civil, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, página 274, 2ª).

H

122

HOMICIDIO

(Perturbación anímica).

Es un hecho irrefragable y con toda claridad surge del proceso que el homicida abrigaba fundadamente el temor de una agresión o ataque por parte de bandas de facinerosos que en esa región, como en otras muchas del Departamento de Caldas y en las demás secciones del país sometidas al estado de sitio, en forma reiterada y con todas las características de atrocidad, asaltan haciendas y poblados en incursiones de rapiña y de muerte.

Ese estado de temor, agudizado por amenazas concretas y la especial psicosis colectiva que se ha ido formando en las zonas de violencia, no fueron factores ajenos en la conducta del acusado, y es evidente que la acción homicida, en parte muy considerable, obedeció a esos factores de perturbación anímica.

El acusado disparó contra la víctima, persona inocente, que por error las autoridades habían detenido como sospechosa de hacer parte de una banda de forajidos, en el convencimiento de que lo era, y lo hizo de manera voluntaria, no por accidente como cualifica el acusado, en un explicable impulso para el cual su psiquismo estaba en trance. Fue una descarga emocional inevitable, que no podía considerar en que el occiso estaba bajo la custodia de la Policía y que no constituía peligro alguno. (Casación Penal, julio 6 de 1961. Tomo XCVI, página 448, 2ª).

123

HOMICIDIO

(Reacciones explosivas incontrolables).

Ni los antecedentes del insuceso, ni el error en que incurrió el procesado al creer que la víctima era un bandolero, dan viabilidad a la legítima defensa putativa. Muchos medios probatorios indican que el procesado se percató de que la víctima estaba bajo el cuidado de la Policía y de que ningún daño inmediato tenía por qué temer en ese momento. Claro está, y eso hay que aceptarlo, la situación de temor sufrida por muchos días, la zozobra permanente a que estaba sujeto el acusado, necesariamente descompensaron su personalidad afectiva y lo tornaron apto para reacciones explosivas incontrolables. (Casación Penal, julio 6 de 1961. Tomo XCVI, página 448, 2ª).

124

HOMICIDIO

(Perturbación anímica).

Como es obvio, no fue el occiso quien irritó a su matador para encontrar un nexo entre la conducta de aquél y el raptus homicida. La creación del estado anímico provenía de antecedentes imposibles de localizar en persona determinada. Había, por así decirlo, una grave e injusta provocación cierta pero anónima, que dio virtualidad al motivo determinante del homicidio.

Al confundir a la víctima o estimar que éste era uno de los antisociales comprometidos en los enunciados planes de agresión, la carga emocional de un largo período de temor se transformó en un estado de ira para el que caben las notas de gravedad e injusticia en el hecho que lo motivó.

Porque el acusado disparó contra quien creía uno de sus potenciales atacantes, esa conducta antijurídica no tiene la simplicidad del homicidio común. Ello se desprende del contenido del artículo 14 del Código Penal, cuyos efectos son, precisamente, los de enmarcar cualquier delito cometido por error o accidente **(aberratio personae** o **aberratio ictus)** dentro de los delineamientos que competen al elemento subjetivo de la infracción. (Casación Penal, julio 6 de 1961. Tomo XCVI, página 449, 1ª).

125

HOMICIDIO

(Coautores).

Los elementos de juicio examinados con creces, contra lo que se supone en la demanda, establecen la responsabilidad conjunta de los cuatro procesados con respecto al homicidio causado, desde luego no en la modalidad de complicidad correlativa, como erróneamente se entiende en el fallo impugnado, sino como coautores.

El error del Tribunal fue, pues, en favor de los procesados, quienes siendo coautores de un homicidio que ha podido revestir el carácter de asesinato, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, resultaron condenados dentro de la modalidad de cómplices correlativos, equivocación que, conforme a la reglamentación legal del recurso de casación, no autoriza la invalidación del fallo acusado, particularmente con apoyo en la causal 2ª que se invoca. (Casación Penal, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 521, 1ª).

126

HOMICIDIO

(Elementos circunstanciales para inferir la intención o el propósito de matar).

Admitida la modalidad de la riña imprevista para el homicidio a que los autos se contraen para dar aplicación al artículo 384 del Código Penal la otra hipótesis que la demanda plantea y que aceptó el Juez del conocimiento en cuanto al carácter ultraintencional del delito sí no es de recibo. Aparte de que los clásicos elementos circunstanciales que la doctrina señala para inferir la intención o propósito de matar no cabría discutirlos sin invadir la órbita de las instancias en la valoración de los elementos de juicio, ningún indicio conduce a demostrar que el acusado ejecutó el hecho con el solo ánimo de causar una lesión personal. El resultado (la muerte de la víctima) era previsible y debió ser previsto por el agente, y si lo previó mal puede hablarse de homicidio ultraintencional. (Casación Penal, julio 31 de 1961. Tomo XCVI, página 528, 1ª).

127

HOMICIDIO

(Alevosía).

El estado de embriaguez del reo; la ausencia de motivos de enemistad entre éste y su víctima que permitan pensar, siquiera, en la realización de una venganza; el hecho mismo de que el delito lo cometiera en presencia de varias personas, casi extrañas para el procesado, sin tomar en cuenta que ellas habrían de ser los testigos de cargo, impide que subjetivamente pueda atribuírse al reo la circunstancia agravante de la alevosía en el homicidio de que se le sindica.

Al apreciar el juzgador de derecho, como le corresponde dentro del procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959, la existencia de la alevosía en los hechos imputados al recurrente, aplicó erróneamente el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal. (Casación Penal, agosto 22 de 1961. Tomo XCVI, página 609, 2ª).

128

HOMOLOGACION

(Temas extraños al recurso. Improcedencia por falta de interés jurídico).

El recurso de homologación interpuesto por el demandante no podría tener en el presente caso distinto alcance del de lograr la reforma de la decisión proferida por la Comisión de Arbitraje Obligatorio, para aumentar la cuantía de la condena allí decretada a su favor, por concepto de mejoras puestas en los predios litigiosos, pues no sería lógico suponer que el medio de impugnación lo ejercitara para pedir su nulidad. Ahora bien, la Corte, en sede de homologación, no obra como Tribunal de instancia, por lo cual ante ella el recurso no puede llenar la finalidad apuntada. Satisfechas las pretensiones del demandante, carece éste de interés para utilizar el recurso, por lo que, en relación con él, su concesión fue notoriamente improcedente. (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 666, 2ª).

129

HOMOLOGACION

(Facultades de la Corte, en sede de homologación, especialmente referidas a los fallos proferidos por la Comisión de Arbitraje Agrario).

El artículo 5º del Decreto legislativo número 893 de 1955, somete el laudo de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio al recurso de homologación ante la Sala Laboral de la Corte (antes Tribunal Supremo del Trabajo), en la forma y términos del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral.

La citada norma establece un control de forma del fallo arbitral, pues la actividad de la Corte se limita a verificar su regularidad y a declararlo exequible "si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario". Otro medio de control, también formal, es el de que si el laudo no resuelve todas las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, la Corte lo devuelve a los árbitros para que se pronuncien sobre ellas, sin perjuicio de homologar lo ya decidido, si lo estima conveniente. (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 669, 1ª).

130

HOMOLOGACION

(La equidad natural y las facultades de los Tribunales de Arbitramento).

La Sala al realizar la función que le compete en sede de homologación, de verificar la re-

gularidad del laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, que fue convocado mediante resolución del Ministerio del Trabajo, ha efectuado la confrontación entre los puntos contenidos en el Pliego de Peticiones sometidos a arbitramento, todos de naturaleza económica, y la solución dada a cada uno de ellos, y ha llegado a la conclusión de que aquellas decisiones que se estudian conjuntamente no ofrecen reparos de forma, pues se atemperan al objeto señalado en el acto de convocatoria, y han sido proferidas dentro del límite de los poderes o facultades que la ley otorga al Tribunal de Arbitramento.

En efecto, contrariamente a lo sostenido por el apoderado de la empresa recurrente, resulta plenamente establecido en el proceso que los árbitros para decidir los puntos relativos a nuevas condiciones de trabajo, como son las relacionadas con el suministro de asistencia médica y farmacéutica a los familiares de los trabajadores, préstamos para la construcción o adquisición de viviendas, fijación de nuevo salario mínimo, aumento de salarios, primas de Navidad y de maternidad, y efectos y vigencia del laudo, tuvieron en cuenta no sólo las condiciones de trabajo de los servidores de la empresa y las necesidades que confrontan, sino también, en forma que no admite duda al respecto, la actual situación de la compañía en sus aspectos económicos, financieros, legales y contractuales, conforme a lo que resulta, tanto de los documentos aportados al proceso y de las razones aducidas por las partes como de lo que pudieron observar personal y directamente, en la diligencia de inspección ocular que practicaron en las dependencias de la compañía.

De las pruebas aportadas por propia iniciativa de la compañía, como de las que fueron requeridas de ésta por los árbitros, no resulta, a juicio de la Sala, que las decisiones contenidas en el laudo contradigan o estén en pugna manifiesta con los dictados naturales de la equidad. Por el contrario, las cifras tomadas de los balances consolidados de la empresa constituyen demostración elocuente de que las decisiones del Tribunal no son confiscatorias ni conllevan situaciones que atenten contra el capital y la estabilidad misma de la empresa. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 684, 2ª).

I

131

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA

(Como causal de casación).

Cuando se trata de ilegitimidad adjetiva de quien figura en un litigio como apoderado, la nulidad sólo puede ser invocada por la parte mal representada (448-2º y 450 del Código Judicial); de donde se deduce que, en casación, es a la misma parte a quien concierne invocar la causal sexta y no a la parte contraria. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 97, 2ª).

132

INCIDENTE DE LIQUIDACION

(No puede condenarse a una suma mayor de la exigida en la demanda por el actor).

Según lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial, objetada la liquidación, "se abre a prueba el incidente por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado"; pero esta fijación está esencialmente condicionada a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que no puede condenarse, con pretexto de la liquidación, a mayor suma de la exigida en la demanda por el actor, pues sería tanto como condenar **extra petita.** (Sala de Negocios Generales, junio 19 de 1961. Tomo XCVI, página 282, 1ª).

133

INCIDENTE DE LIQUIDACION

(Artículo 553 del Código Judicial).

Objetada o rechazada la estimación presentada por el demandante, en el caso del artículo 553 del Código Judicial, le corresponde probar la exactitud de ella o los extremos en que se funda, porque, como lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, "es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada de sus pretensiones". (Sala de Negocios Generales, junio 19 de 1961. Tomo XCVI, página 282, 1ª).

134

INCONGRUENCIA

(Del sentenciador de segundo grado por fallar por fuera del ámbito del recurso de apelación).

La demanda de instancia contiene peticiones principales y subsidiarias, así: a) Pertenecen a la primera clase las de condena por pensión jubilatoria y cesantía excedente, y b) Pertenecen a la segunda la relativa al reconocimiento de la cesantía por todo el tiempo de servicios (25 años) y la de indemnización moratoria. El fallo de primera instancia negó las súplicas principales y acogió las subsidiarias. En cuanto a cesantía dijo que el derecho era procedente pero sólo a partir del 16 de octubre de 1939. De la referida providencia apelaron ambas partes. El mandatario judicial de la demandante lo hizo por escrito en memorial obrante en el proceso, y en la audiencia celebrada ante el Tribunal, expuso: "apelo de la sentencia porque no se hizo la liquidación de la censantía por el término de 25 años", que la actora trabajó al servicio del demandado "sino sólo a partir de 1939". Agrega que conforme al artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, hay derecho a la cesantía por el tiempo trabajado y según el salario del último mes de servicio. El Tribunal revocó la sentencia del Juzgado y, en su lugar, acogió la súplica sobre pago de la pensión como la relativa a la cesantía excedente, negando las peticiones subsidiarias.

De lo expuesto resulta lo siguiente: no se indicó por la actora el objeto del recurso de apelación al interponerlo, por lo que, conforme al artículo 494 del Código Judicial, debe entenderse que lo concretó a lo desfavorable de sus pretensiones. El agravio ante el Tribunal lo hizo consistir en el hecho de que la condena por cesantía no comprendió todo el tiempo laborado (del 19 de noviembre de 1932 al 21 de diciembre de 1957), esto es, 25 años largos, sino del 16 de octubre de 1939 a la fecha últimamente citada.

Al tenor del artículo 266 del Código del Trabajo, la jubilación excluye la cesantía. Por entenderlo así la demandante dedujo la primera acción como principal y la segunda como subsidiaria. Por tanto, limitada la pretensión a la cesantía, quedaba descartada de debate ante el Tribunal la relativa a la pensión.

El superior ve el recurso dentro de los límites propuestos por las partes, tomando en cuenta las pretensiones objeto de aquél, y la ley material que las regula. Si de las dos peticiones —jubilación y cesantía— formulada ésta como subsidiaria de aquélla, se pide en el segundo grado la estimación de la última únicamente, no puede el fallador, sin incurrir en incongruencia, decidir sobre la primera.

No estudió, pues, el Tribunal el recurso dentro del ámbito que le trazó la parte actora al determinar el objeto. Tal proceder es contrario al artículo 471 del Código Judicial, el cual prescribe que el fallo debe guardar consonancia con lo pedido, y opuesto también al artículo 494 ibídem, conforme al cual la apelación se entiende interpuesta sólo en lo

desfavorable al apelante. Lo que estimó desfavorable la parte actora fue la decisión del fallo de primer grado a la súplica sobre pago de cesantía durante todo el tiempo de servicios (25 años), pues la resolución de aquél comprende un lapso inferior. El segundo grado ha debido, pues, limitarse al examen de lo decidido por el Juzgado **a quo.** No fue esta la conducta observada por el Tribunal: cambió la pretensión que como objeto del recurso señaló la demandante, por la jubilación, abandonada por ella, y excluída por tanto de la impugnación. La relación de apelación no tiene siempre el mismo objeto señalado para el primer grado, sino el ámbito estricto que le comunica la pretensión procesal autónoma que le da vida. El error en el cambio de las acciones produjo la violación de dos normas legales citadas, y como consecuencia la del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto que indica el recurrente.

No es admisible el reparo de la parte opositora demandante, de que si se admite la limitación del segundo grado a la cesantía se prohija una renuncia de derechos prohibida por la ley. La jubilación excluye la cesantía, según el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos hechos al trabajador. Este, en tal caso, debe restituír la cesantía con un porcentaje de la pensión. No se deduce del precepto que la cesantía excluya la jubilación, pero escogida aquella para la apelación, el recurso no podía decidir sobre la pensión. Por la razón expuesta, la glosa del opositor no es valedera. Elegida la cesantía puede estimarse subsistente la pensión, pero a condición de restituír lo recibido por la primera prestación, en la forma que la ley determina. El pleito no se planteó sobre tales bases, según las peticiones de su demanda inicial, pues ésta deduce como acción subsidiaria la cesantía total, sin lugar a reintegro, y la pensión como acción principal. (Casación Laboral, 25 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 694, 2ª, y 695, 1ª y 2ª).

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Embargo y secuestro bienes).

"Cuando el fallo condenatorio que ha sido recurrido en casación impone la obligación **in genere** al pago de los perjuicios causados por la infracción penal es improcedente la petición sobre el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de los bienes que se considera han sido embargados en 'exceso', por la potísima razón de que no existiendo avalúo sobre la cuantía de tales perjuicios resulta ilógico afirmar que hay exceso en el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del reo cuando no se conoce la **'Cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado'** por la infracción...". (Casación Penal, agosto 28 de 1961. Tomo XCVI, página 630, 2ª).

135

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

(Demanda civil).

"El Juez Penal debe, en forma imperativa, ordenar de plano 'el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente' cuando 'las personas a cuyo favor se hubiere decretado los perjuicios civiles no presentaren, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria, la demanda civil para iniciar el juicio ejecutivo correspondiente' (artículo 135 del Código de Procedimiento Penal). A **contrario sensu,** mientras no haya transcurrido el citado lapso no puede ordenar el levantamiento del embargo y secuestro preventivo de los bienes del reo o reos que han sido condenados..." (apartes del concepto de la Procuraduría que la Sala comparte).

La Sala habrá de negar la solicitud sobre levantamiento del embargo de los bienes del procesado, pues habiéndose condenado a éste, en la sentencia recurrida "a indemnizar todos

los perjuicios ocasionados con la infracción... **en abstracto"** y no habiéndose, por otra parte, liquidado dichos perjuicios hasta el momento, se carece enteramente de todo elemento de juicio para saber si existe o no exceso en el embargo de los bienes de propiedad del procesado. (Casación Penal, agosto 28 de 1961. Tomo XCVI, página 631, 1ª y 2ª).

136

INDEMNIZACION MORATORIA

(Cuándo incurre en esta sanción el patrono).

Conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de las deudas por salarios o prestaciones sociales, o en su defecto la consignación judicial de su importe, debe hacerlo el patrono al terminar la relación de trabajo. No habiéndose efectuado la consignación dentro de la debida oportunidad, la aplicación que hace el fallador de la previsión legal, condenando a la empresa al pago de indemnización moratoria, no puede calificarse de indebida. El hecho de que el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del trabajador, no justifica esa demora, pues la disposición legal se aplica independientemente de las causas de expiración del vínculo. Tampoco la justifica la circunstancia de que el empleado fuera deudor del patrono. La compensación alegada por éste dependía del resultado de la litis, incierto durante el trámite del proceso. Su reconocimiento venía a ser hecho posterior al que la ley fija para la solución de las deudas en favor del empleado. (Casación Laboral, julio 5 de 1961. Tomo XCVI, página 659, 1ª).

137

INDEMNIZACION MORATORIA

(Y buena fe patronal).

La buena fe del patrono no juega en el presente caso. La jurisprudencia del trabajo toma en cuenta este factor para eximir al patrono de la sanción establecida en el artículo 65 del Código del Trabajo, cuando aquél discute la existencia del contrato con razones valederas y dentro del juicio aduce pruebas que las demuestren. En tal supuesto, el patrono se abstiene de pagar, porque estima que no debe, como de efectuar consignación alguna. En el caso de autos, la convención laboral, al menos durante el segundo período de servicios, fue admitida por la sociedad demandada. Con base en tal reconocimiento, consignó ella la suma de dinero que estimó deberle al empleado. El retardo en la consignación no podía, pues, fundarse en la creencia de que no la vinculaba al actor contrato alguno. (Casación Laboral, 5 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 659, 2ª).

138

INDICIO

(Oportunidad para delinquir).

De acuerdo con los autores de derecho procesal, la presencia en el sitio de la consumación del delito configura el indicio llamado "de la oportunidad para delinquir", el cual puede llegar, incluso, a revestir el carácter de necesario "cuando se ha probado que en el lugar y en el momento de la misma no estaba ni podía estar otro que el acusado". (Casación Penal, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 518, 1ª).

139

INDICIO

(Móvil para delinquir).

El conjunto de la prueba, la concatenación lógica de todo cuanto contiene la sentencia objetada en lo tocante a elementos de convicción, delata que el botín del robo dio lu-

gar a disputa entre sus autores, la cual terminó con la muerte de uno de éstos. En este aspecto se encuentra el indicio "del móvil para delinquir" comprometiendo a los procesados. (Casación Penal, julio 29 de 1961. Tomo XCVI, página 520, 2ª).

140

INEXEQUIBILIDAD

(Contra los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto extraordinario número 3519 de 1949).

Demandada la inexequibilidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto extraordinario número 3519 de 9 de noviembre de 1949, por el cual el señor Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros del Despacho, con fundamento en el artículo 121 de la Carta, suspendió el artículo 50 del Código Judicial y dispuso que las decisiones de la Corte Plena, respecto de los decretos extraordinarios acusados de inconstitucionales, "tanto en su parte resolutiva como en sus considerandos, deben ser tomadas por las tres cuartas partes de lo votos de los Magistrados que integran dicha Sala", inclusive al fallar sobre el propio decreto acusado, se considera lo que sigue:

En la sentencia de fecha 11 de agosto de 1959, la mayoría de la Sala Plena sentó la siguiente doctrina sobre las consecuencias jurídicas de la Ley 2ª de 1958:

"Así las cosas, 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 a la necesidad superior del restablecimiento 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 contexto 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 remitió 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 prolongaron 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 4º, de la Constitución".

En consecuencia, como el fundamento legislativo del decreto acusado no es ahora el artículo 121 de la Constitución, sino el artículo 76 que atribuye al Congreso la facultad de expedir leyes, con el fin de regular la actividad jurídica de la República, después de la vigencia de la Ley 2ª de 1958, prorrogada por las Leyes 105 de 1959 y 79 de 1960, se ha operado el fenómeno de sustracción de materia en cuanto atañe al Decreto número 3519 de 9 de noviembre de 1949. (Sala Plena, 15 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 6, 2ª, 7, 1ª y 2ª).

141

INEXEQUIBILIDAD

(Del artículo 1º del Decreto número 12 de 4 de junio de 1959, en cuanto a las atribuciones que allí se dan a los Jueces de Instrucción Criminal).

No se observa ni defiende la Constitución de la República con el respeto aparente del texto y desconocimiento intrínseco del espíritu institucional de la norma, sin que el acto alcance a justificarse por la nobleza de intención o la altura de los móviles.

En la paz se encuentra el supuesto necesario al desarrollo de la actividad común, pública y privada; y corresponde a lo que en principio acontece dentro de la Nación jurídicamente organizada. O sea que la paz equi-

vale a la normalidad en la vida institucional de la República, y que entonces el ejercicio de la soberanía se manifiesta por la acción separada, no interferida pero armónica, de las tres Ramas del Poder Público: Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional. Así, no es concebible que persona o corporación alguna ejerza simultáneamente la autoridad política o civil, y la judicial o la militar.

Cuando en caso de guerra exterior o de conmoción interior se declara por el Gobierno turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, o parte de ella, el régimen de derecho no hace quiebra. Apenas se acentúa en el Presidente la necesidad de cumplir su imperativo deber constitucional de "conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (7º, 120). Por ello está capacitado el Presidente de la República para dictar "decretos que tengan fuerza legislativa", encaminados única y exclusivamente a restablecer cuanto antes el orden público, puesto que alcanzada esta finalidad determinante dejan de regir tales decretos, como con énfasis notorio lo repite el constituyente (8º, 118; 4º, 121).

Que por la declaración de estado de sitio no desaparece la legalidad, está obviamente prescrito en la Carta. Porque el Gobierno carece de poder para derogar las leyes, y sólo está habilitado para suspender "las que sean incompatibles con el estado de sitio". Esta limitación es de importancia cardinal, puesto que ningún motivo diferente de la incompatibilidad de ciertas y determinadas normas legales con el estado de sitio puede invocarse legítimamente por el Gobierno para suspenderlas. No basta que puedan ser perfeccionadas o reemplazadas por otras mejores, a juicio del Gobierno. Es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad.

Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del Gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, se dará en concreto la calamitosa situación excepcional a que sea aplicable el remedio heroico de que una misma persona o corporación pueda ejercer "simultáneamente la autoridad política y la judicial o la militar".

Este es el verdadero significado y alcance del artículo 61, dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la Nación colombiana como República democrática y representativa. Y puesto que el artículo 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la situación excepcional, angustiosa y extrema de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la Rama Jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no habría otro camino para el retorno a la normalidad.

En efecto: 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 esto 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 o 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 cualquiera 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 actividad jurisdiccional de la República con solo 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. Si así no sucede, si en concreto los Jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta 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 estén en incapacidad actual de ejercerla. Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público. Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los Jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con solo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante **Jueces competentes.**

No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política, con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

No cabría demostrar el imposible de que el ejercicio de la atribución constitucional de nombrar Jueces por los Tribunales de Distrito Judicial sea en modo alguno contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que no estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos Jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

Por consiguiente, si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la Rama Jurisdiccional del Poder Público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de

intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público, y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los poderes públicos, aparte del artículo 26, en la garantía de defensa ante **Juez competente**, en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959, que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia "para fallar en primera instancia", los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía, se conceden en el referido Decreto legislativo a los **Jueces** de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de competencia privativa de los Jueces verdaderos [1]. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 17, 1ª y 2ª; 18, 1ª y 2ª; 19, 1ª).

142

INEXEQUIBILIDAD

(De los incisos b), c) y d) del artículo 10 del Decreto número 12 de 1959, por cuanto desconocen el principio de la aplicabilidad preferente de la ley favorable).

La Corte acoge la tesis del señor Procurador sobre inconstitucionalidad de los apartes b), c) y d) del artículo 10 del Decreto legislativo número 12 de 1959, que ordenan a los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, aplicar, en los asuntos de su competencia, las reglas del Decreto número 12.

No hay duda de que siendo este Decreto restrictivo y desfavorable en relación con las reglas del Código de Procedimiento Penal, sobre la misma materia, no puede aplicarse de preferencia en los procesos a que se contraen aquellos apartes, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 26 de la Carta, el cual, de acuerdo con la doctrina de la Corte, no puede ser suspendido en ningún tiempo.

Tampoco la hay en cuanto el mismo artículo 26 al hablar de "materia criminal", comprende tanto la ley penal sustantiva como la procedimental, en cuanto ésta se refiere a ciertas garantías individuales, como el derecho de defensa, sin que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 oscurezca este concepto, al preceptuar que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores", pues esa disposición no se refiere en verdad sino a las reglas precisamente relacionadas con la simple "sustanciación y ritualidad" de los procesos. (V. sentencia de la Corte de 13 de mayo de 1941. LI, 1970, 37).

En consecuencia, al disponer los apartes b), c) y d) del artículo 10, que en los territorios en estado de sitio los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales, apliquen en los asuntos de su competencia las disposiciones del Decreto número 12, que es ley restrictiva y desfavorable, comparada con la legislación penal procesal preexistente, en lo que atañe a los procesos iniciados antes, o iniciados después de entrar a regir el Decreto, pero en este caso por delitos cometidos con anterioridad, los citados incisos del artículo 10, violan el inciso segundo del artículo 26 de la Carta, según el cual, en materia criminal, la ley favorable, vigente cuando el delito fue cometido, rige el proceso, con la excepción concerniente a las reglas de mera "ritualidad o sustanciación", de que trata el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 20, 2ª, y 21, 1ª).

[1] Respecto de la inconstitucionalidad del artículo 1º del Decreto acusado, véase el salvamento de voto suscrito por ocho Magistrados.

143

INSTRUMENTO INCOMPLETO

(No produce los efectos que al documento completo la ley le asigna).

La Sala comparte sin ninguna restricción los apartes que se transcriben del concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, en este proceso: "Ciertamente que sólo uno de los cargos de que se habla es procedente: el de la falta de la firma del perito Hincapié. Esa ausencia de firma es suficiente para inferir que dicha acta quedó **incompleta,** y que de un instrumento **incompleto,** esto es, no conformado íntegramente, no es posible predicar que se proyecte jurídicamente, produciendo los efectos que al documento completo la ley le asigna.

"Ahora bien, un acto que no se ha producido con todas las de la ley, que no se ha conformado íntegramente, es susceptible de enmienda o corrección si las personas que en él intervinieron se percatan de su ineficacia jurídica o de los errores que con él se han cometido. Pero tal corrección no ocurrió con el documento de que se trata.

"Lo que se arguye es más que claro si se tiene en cuenta que el acta referida no es precisamente un instrumento público a la luz de los artículos 1758 del Código Civil y 251 del Código de Procedimiento Penal, a los cuales alude el artículo 231 del Código Penal. Es simplemente un documento auténtico u oficial de los indicados por el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, y a los cuales se refiere el artículo 233 del Código Penal diciendo 'que en rigor no son equiparables en un todo a los documentos públicos, y que la disposición en cita los distingue de éstos'.

"Con lo razonado hasta aquí queda implícitamente demostrado que el acto de la sustitución de la diligencia del levantamiento de los cadáveres es penalmente inocuo". (Casación Penal, julio 17 de 1961. Tomo XCVI, página 476, 1ª y 2ª).

144

INSTRUMENTOS PUBLICOS E INSTRUMENTOS PRIVADOS

(Oficios que desempeñan).

En materia jurídica los instrumentos públicos y privados desempeñan dos oficios: por regla general obran como prueba de los actos y contratos, y por excepción son requeridos como solemnidad en ciertos casos en que la ley dispone consignar por escrito algunos actos y contratos en protección de las mismas partes y de terceros. Cuando el instrumento obra como simple prueba, se lo puede suplir por otro medio demostrativo, especialmente por el reconocimiento o confesión de las partes, de modo que su falta no le resta validez al contrato. Cuando es exigido como solemnidad no puede ser sustituído por ninguna otra prueba, y su falta priva al acto o contrato de eficacia obligatoria. A este principio obedece precisamente el artículo 1760 del Código Civil. (Casación Civil, agosto 18 de 1961. Tomo XCVI, página 233, 1ª).

145

INSTRUMENTOS PUBLICOS

(Manera de allegarlos al juicio).

Con el objeto de decidir el recurso interpuesto por el Procurador contra la providencia que accedió a decretar las pruebas pedidas por el demandante, la Sala antepone las siguientes consideraciones:

a) El artículo 636 del Código Judicial indica la manera **regular** de allegar documentos públicos al juicio, cuando no han sido presentados con la demanda, la contestación, memoriales de excepciones o con el escrito sobre pruebas, o sea, dispone que "se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia **del instrumento**..."; pero este ordena-

miento presupone como condición esencial la precisa determinación del instrumento, porque el empleado no puede dedicarse a una labor investigativa, para copiar los documentos que él estime conducentes; ni la contraparte estaría en capacidad de conocer, en momento oportuno, los elegidos o seleccionados por el dicho funcionario, con el fin de presentar las contrapruebas necesarias.

b) En tratándose de negocios sobre la propiedad del subsuelo petrolífero, cuando se hace oposición ante el Ministerio, el opositor tiene la obligación de presentar los títulos de propiedad; pero si en lugar de esta facultad prefiere, dentro del plazo legal, promover el correspondiente juicio ordinario, si no los presenta con la demanda, por lo menos debe citarlos en forma precisa; y en todo caso, en el memorial de pruebas debe determinarlos exactamente, como antes se dijo.

Por los motivos expuestos se revoca el aparte 2º del auto sometido al recurso. (Negocios Generales, 11 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 326, 1ª y 2ª).

146

INSTRUMENTOS PUBLICOS

(Manera de allegarlos al juicio).

El artículo 636 del Código Judicial, en que se apoya la resolución judicial que se revisa, dispone que los **instrumentos públicos** no acompañados a la demanda o a su contestación, o a los memoriales de excepciones, deben allegarse al proceso mediante "despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro".

Es claro que, como tántas veces lo ha dicho la Corte, esta norma constituye una garantía de autenticidad del instrumento, esto es, que establece un medio de asegurarse de que procede del funcionario u oficina que lo produjo o emitió; y siendo ello así, no se ve ciertamente dificultad en que, cuando el documento ya no reposa en la oficina de origen, por lo cual se hace imposible solicitar la copia que exige el artículo 636, sino que es custodiado en otra distinta o ha sido protocolizado en una Notaría, se le reconozca y examine por el Juez, mediante inspección ocular, con el fin de suplir por este medio, en cuanto sea ello posible, la garantía de autenticidad que implica la expedición de la copia por el funcionario que lo expidió o la oficina donde tuvo origen, mayormente cuando la diligencia de inspección ocular se propone, conforme al artículo 724 del Código Judicial, el reconocimiento "de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", y en este caso el reconocimiento tiene por objeto una cosa relacionada con el debate: el documento público que se pretende utilizar. Ni se ve tampoco inconveniente para que se tome copia del instrumento en el acto de la diligencia, puesto que el examen y reconocimiento que de él se hace suponen precisamente que de su texto se tome nota y quede constancia en el acta respectiva.

No hay duda, pues, de la idoneidad del medio para traer a los autos la copia de instrumentos públicos que no reposan en la oficina de origen, cuando se solicita que esa copia se tome mediante una inspección ocular destinada a examinar y reconocer el documento, sin perjuicio de que al hacer en la sentencia valoración de la prueba así allegada a los autos se califiquen su mérito y su eficacia para acreditar el hecho que se pretende demostrar. (Negocios Generales, 22 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 328, 1ª y 2ª).

147

INVESTIGACION DE LOS HECHOS

Lo que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal ordena al funcionario instructor que deberá practicar, en sus numerales 3º y 5º, es que los factores determi-

nantes del delito y demás factores que influyen en la violación de la ley penal, lo mismo que las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado sean motivos de investigación. (Casación Penal, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, página 593, 1ª).

148

INVESTIGACION JUDICIAL

Toda investigación judicial presupone que cuantas posibilidades sean factibles, deben ser eliminadas una a una para que surja la que en debida forma y de manera cabal explique la ocurrencia. Si se parte de un supuesto, despreciando otro que pueda dar la explicación, para otorgar al primero aceptación exclusiva, es apenas fácil suponer el error. En cambio, cuando queda debidamente comprobado que no hay explicación distinta, la mente descansa sobre una certidumbre fundada sobre verdaderos soportes de verdad y verosimilitud que, por tener estas notas, no pueden ser menospreciados. (Casación Penal, julio 16 de 1961. Tomo XCVI, página 400, 2ª).

149

IMPEDIMENTO

(Numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal).

En relación con el impedimento consagrado en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, la reiterada y muy conocida jurisprudencia de esta Sala enseña que no toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituírlo, sino que es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía. (Casación Penal, 26 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 430, 2ª).

J

150

JUECES

(Su responsabilidad).

Los Jueces, salvo excepción expresa, y dada la naturaleza especial de sus funciones, no son responsables de los perjuicios que puedan causar por los errores que cometen de buena fe al aplicar el derecho en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, o lo que es lo mismo, que sólo serán responsables cuando actúen dolosamente; por lo que mal podrá quedar comprometida la responsabilidad del Estado en ausencia de una tal conducta torticera, pues por regla general, la responsabilidad de las entidades de derecho público por el hecho de sus agentes o dependientes deriva de la responsabilidad de éstos.

Como es apenas natural, y así lo indica la doctrina, sólo la lesión de un interés legítimo puede constituír un daño indemnizable, y no es de tal calidad el que el demandante afirma le fue ocasionado por la Sala Penal de la Corte, cuando en una providencia suya desautorizó ciertas actividades del mismo, opuestas al espíritu de la reforma constitucional de 1945, sobre ejercicio de la abogacía. (Sala de Negocios Generales, junio 30 de 1961. Tomo XCVI, páginas 302, 2ª, y 303, 1ª).

151

JUECES

(Tienen facultad para dejar de aplicar una ley inexequible).

Los Jueces tienen facultad, en un caso dado, para dejar de aplicar una ley inexequible, sin que sea necesario el previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con base en el artículo 214 de la Carta. (Artículo 215 de la Constitución Nacional). (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 453, 2ª).

152

JUICIO PUBLICO

(Notificación personal al defensor de la fecha de su celebración).

La notificación personal al defensor del auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio público, tiene por objeto garantizar el derecho de defensa, el cual eventualmente puede hacerse ineficaz a través de una simple notificación por estado. (Casación Penal, agosto 23 de 1961. Tomo XCVI, página 626, 2ª).

153

JURISDICCION Y COMPETENCIA

(El Juez tiene obligación de examinar si le asiste competencia. La garantía jurisdiccional es de ineludible observancia).

En doctrina y jurisprudencia es unánime el concepto de que el Juez tiene la obligación de examinar de oficio si le asiste competencia para definir la controversia que se le propone, y, en consecuencia, la facultad para rehusar la jurisdicción si encuentra que el asunto no le está atribuído por la ley. Es ésta la que determina la competencia para cada caso concreto, y por ser de orden público no está a disposición de las partes ni del juzgador. Trátase de una garantía jurisdiccional establecida por la Carta Política en su artículo 26, de ineludible observancia en todo proceso, cuya omisión tiene la consecuencia de impedir que produzca efecto alguno. Así ocurre cuando la competencia se atribuye por materia o por los factores subjetivo y funcional. Su prórroga está autorizada por la ley cuando es el territorio el elemento que la determina. En desarrollo del precepto constitucional, el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 448, numeral 1º, establece como causal de nulidad en todo juicio, la incompetencia de jurisdicción. (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 669, 2ª).

154

JUSTICIA PENAL MILITAR

(Policía Nacional).

La previsión del artículo 170 alude únicamente a "los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sin que pueda ser extendida esta norma a otros cuerpos armados de carácter permanente, como por caso a la Policía Nacional, los Resguardos de Aduana, las Policías de Circulación y Tránsito, así se les denomine, por razón de que portan armas, **fuerzas armadas,** y las comprenda la Carta con las **fuerzas militares,** bajo el rubro de **"fuerza pública".**

No cabe duda alguna de que la Constitución Nacional, a referirse a "los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio...", para disponer que sean juzgados por Cortes Marciales o Tribunales Militares (artículo 170), excluye a los miembros de los demás cuerpos armados o fuerzas armadas o fuerza pública distintos de las fuerzas militares, como la **Policía Nacional,** de la cual dice el artículo 40 del Decreto-ley 1705 de 1960, que 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".**

Dicho **fuero,** de acuerdo con la citada norma de la Carta, es pertinente sólo para los miembros de **"las Fuerzas Militares",** como así las denomina el mismo Decreto 1705 de 1960, en sus tres cuerpos de **Ejército, Armada Nacional** y **Fuerza Aérea,** a los cuales se refieren los artículos 36 a 39 del mismo estatuto.

No puede aceptarse la afirmación que hace el Tribunal Superior Militar en su providencia de 2 de septiembre de 1960 (páginas 166 y 164 del expediente), según la cual, "con arrimo al artículo 58 de la Constitución, se puede ampliar la competencia de la justicia

castrense...", pudiendo la ley atribuírlo, "en cualquier época, el juzgamiento de reos y delitos, aunque éstos o aquéllos no sean puramente militares", porque ello no sólo contraría el alcance del artículo 170 de la Carta, que habla de Cortes Marciales o Tribunales Militares para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", sino que llevaría a que la ley pudiera acabar con la misma rama penal del Organo Jurisdiccional del Estado, asumiendo el Organo Ejecutivo, a través de la justicia penal castrense (que emana de la rama administrativa del Estado), la facultad de administrar justicia en materia penal a los colombianos y extranjeros, así se trate de personas totalmente ajenas al servicio militar y por hechos reprimidos en la ley penal común.

En esta forma, no quedaría función alguna a los Jueces y Tribunales ordinarios, en materia penal. Y ni a la Corte misma, si se restableciera la Militar de Casación y Revisión. (Casación Penal, julio 27 de 1961. Tomo XCVI, páginas 505, 1ª y 2ª, 506, 1ª y 507, 2ª).

155

JUSTICIA PENAL MILITAR

(Fuero castrense).

El fuero penal castrense, previsto en el artículo 170 de la Constitución, no puede, pues, extenderse por la ley a los civiles (o particulares, como los denomina el Código de Justicia Penal Militar), esto es, a personas sin vinculación alguna con las Fuerzas Militares, o con hechos atinentes a la misión misma de las Fuerzas Militares, específicamente señalados como violación punible sólo en el Código Penal castrense.

Siendo evidente que en el artículo 40 del Decreto-ley 1705, de 18 de julio de 1960, se hace de la Policía Nacional una institución de carácter civil, es lógico que sus miembros, salvo que se trate de militares que presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional, son civiles y no militares, así por razón de su disciplina y organización especiales se les clasifique entre Agentes, Suboficiales y Oficiales.

No puede suponerse que la institución sea la que únicamente tenga el carácter civil y que sus miembros sean militares, porque se trataría, entonces, de una fuerza militar, denominada Policía Nacional, que no podría estar por fuera de la organización militar; ni excluída del Comando General de las Fuerzas Militares; ni sometida a un régimen o disciplina especial, distinto del militar; ni tener el carácter de civil.

Y como el fuero penal castrense, como se dejó examinado, no puede ser extendido por la ley a los civiles, esto es, a las personas no militares y sin vinculación alguna con las Fuerzas Militares, es incuestionable que el Decreto número 1705 de 1960, al darle a la Policía Nacional el carácter de institución civil y desincorporarla, en consecuencia, de las Fuerzas Militares derogó tácitamente las disposiciones que le daban a la justicia penal castrense la facultad de juzgar a sus miembros.

Esa incorporación de las fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares, ya se anotó, fue lo que hizo que sus miembros quedaran cobijados con el fuero penal castrense, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional, pues sus Agentes, Suboficiales y Oficiales dejaron de pertenecer a una institución civil para adquirir el carácter de militares, como que quedaron sometidos al régimen militar, bajo el Comando General de las Fuerzas Militares y haciendo parte, al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, como cuarto componente de las Fuerzas Militares. (Casación Civil, julio 27 de 1961. Tomo XCVI, páginas 508, 2ª; 509, 1ª y 2ª, y 510, 1ª).

156

JUSTICIA PENAL MILITAR

(Policía Nacional).

Si la Policía Nacional estuvo sometida, en cuanto al juzgamiento de sus miembros, al fuero penal castrense, porque se la incorporó a las Fuerzas Militares, y éstos dejaron de ser funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada) para tomar el carácter de militares, es lógico que al ser desincorporada de las Fuerzas Militares para hacer de ella una institución de carácter civil, sus miembros dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, así continúen siendo funcionarios civiles armados (componentes de una fuerza armada).

No se explicaría que una fuerza armada fuese militar y no dependiese del Comando General de las Fuerzas Militares. En cambio, resulta acorde con lo previsto en el Título XVI de la Constitución Nacional, que no toda fuerza armada es militar, como que allí, además del Ejército (comprensivo de lo que ahora se denomina fuerza militar), se habla del Cuerpo de Policía Nacional y de la milicia nacional. Y a lo anterior cabe agregar la Policía de Circulación y Tránsito, los resguardos de aduanas y los cuerpos de guardianes de cárceles, como agrupaciones de funcionarios civiles armados.

Así, pues, en el momento de la comisión de un delito quedan determinados el Juez que debe juzgar y el procedimiento aplicable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Carta, según lo cual "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", salvo que la ley posterior sea permisiva o favorable, pues, como lo dispone la misma norma citada, en materia criminal se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La exclusión del fuero penal militar para los miembros de la Policía Nacional, hecha por el Decreto-ley 1705, de 18 de julio de 1960, sólo tiene efectos hacia el futuro. (Casación Penal, julio 27 de 1961. Tomo XCVI, página 510, 1ª y 2ª).

157

JUZGAMIENTO DE MENORES

(En qué sentido son exequibles y en cuál inexequibles los artículos 11, 12 y 13 del Decreto número 12 de 1959, relacionados con él).

Según los artículos 11, 12 y 13 del Decreto legislativo número 12 de 4 de junio de 1959, quedan sometidas las infracciones que cometan los menores de 16 años en los Departamentos en estado de sitio, a los Jueces de Instrucción Criminal, a los Municipales, de Circuito y Superiores, en los términos y según las reglas del Decreto, pero sólo podrán condenar a la medida de seguridad consistente en reclusión en un reformatorio por lapso no inferior a dos años. Siguen los Jueces de Menores con la competencia ordinaria para conocer de los demás asuntos contemplados en la Ley 83 de 1946, así como de los procesos pendientes por infracciones penales con arreglo a las disposiciones de la misma Ley 83.

Al respecto, la Corte extiende a estas normas la motivación expuesta en esta misma sentencia sobre los artículos 1º, 2º y 3º, y en general toda la que antecede. Y puesto que el artículo 11 atribuye competencia de juzgamiento a los Jueces de Instrucción Criminal, que no son funcionarios judiciales, es en ello inexequible. Pero en lo que respecta al trámite o formas procesales no incide la censura, comoquiera que el derecho de defensa de los menores aparece debidamente garantizado. (Sala Plena, 24 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 22, 1ª y 2ª).

L

158

LEGITIMA DEFENSA

(Peligro inminente).

La legítima defensa subjetiva exige que el agente crea, razonablemente, encontrarse en las condiciones que la ley señala, así éstas no se hallen reunidas, particularmente la de actualidad o realidad de la violencia o peligro. Y si razonablemente, se repite, los Agentes Secretos y de la Policía que se encontraban a la entrada del edificio no estimaron necesario cumplir ataque alguno contra los manifestantes, mal puede aceptarse que los procesados, sinceramente, hubiesen creído en la actualidad o evidencia de un peligro inminente, cuando se encontraban en el segundo piso de las dependencias del Servicio de Inteligencia Colombiano, en Manizales.

Asimismo "el exceso en la legítima defensa, ha señalado la Corte, puede buscarse en la falta de proporción entre el peligro y el medio empleado para repelerlo, mas no cuando falta el elemento de la injusticia en la amenaza, pues entonces no podrá haber exceso sencillamente porque la legitimidad está ausente..." (Casación de 3 de marzo de 1934, G. J., t. XLI-bis, p. 88).

Y si en la sentencia acusada el juzgador, con apoyo en numerosos testimonios y en los datos de la inspección ocular, deduce que no existió ataque o amenaza alguna de parte de los manifestantes contra los funcionarios de aquella institución, no puede decirse que se cuenta con la injusticia de tal amenaza. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 566, 1ª y 2ª).

159

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

(Provocación suficiente).

La legítima defensa exige que la agresión que rechaza quien se defiende sea injusta, calidad ésta que deja de existir para quien alega la justificante cuando es éste provocador, dado que esta actitud le quita a la violencia eludida el carácter de injusta. Algunas legislaciones (como la uruguaya y la argentina) señalan, en forma expresa, entre los requisitos de la citada eximente de responsabilidad "la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende". El Código Penal Colombiano (así como la legislación penal italiana) no utiliza la expresión citada, pero exige que la violencia que se rechaza, además de actual, debe ser **injusta.** (Casación Penal, 16 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 376, 1ª y 2ª).

160

LEGITIMATIO AD CAUSAM

No existe presupuesto procesal de **legitimatio ad causam;** ésta, según la doctrina de la Corte, es elemento de la acción y no del proceso. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 100, 1ª y 2ª).

161

LEY

(Su interpretación).

La ley es instrumento llamado a regir las relaciones humanas, y por ello debe interpretarse a base de lógica, no de fórmulas literales al parecer inflexibles, como a simple vista da la impresión de ser la empleada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45, en cuanto al principio y al fin del trato sexual. (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, página 172, 1ª).

162

LEY NUEVA

(Aplicación de la norma preexistente).

Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal. (Casación Penal, julio 8 de 1961. Tomo XCVI, página 470, 2ª).

163

LEY PERMISIVA O FAVORABLE

(Se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable).

El principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley procedimental, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa. (Casación Penal, julio 8 de 1961. Tomo XCVI, página 270, 2ª).

164

LEY PREEXISTENTE

(Aplicación al hecho imputado).

El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal, y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938. (Casación Penal, julio 8 de 1961. Tomo XCVI, página 470, 2ª).

165

LICENCIAS A LOS TRABAJADORES

(Para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización).

Conforme a la disposición contenida en el ordinal 6º del artículo 57, entre las obligaciones especiales del patrono se establece la de conceder al trabajador las licencias necesarias "para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización", siempre que avise con la debida oportunidad al patrono o su representante, y que "el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa". Y agrega la norma: "En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antes dichas. Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del patrono". Por su parte el artículo 51 ibídem,

preceptúa: "El contrato de trabajo se suspende: ... 4º Por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador...". Y el artículo 53 de la misma obra dispone que durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corre a cargo del patrono, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

El artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo establece que a los sindicatos de base corresponde, de preferencia, la representación de sus afiliados, en todas las relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de peticiones; la designación de comisiones disciplinarias o de reclamos, y la de negociadores, dentro de sus propios miembros; el nombramiento de conciliadores y de árbitros en su caso; y la celebración de contratos sindicales y de convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto deben ser consultados los intereses de las respectivas actividades de los asociados. La norma dispone además que dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos (2) o más sindicatos de trabajadores; y si por cualquier motivo llegasen a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

Como se aprecia de las disposiciones transcritas, el patrono está obligado a conceder a las comisiones de trabajadores designadas por el sindicato las licencias necesarias para el desempeño de objetivos sindicales inherentes a la organización. Pero como estas licencias temporales conllevan la suspensión del contrato de trabajo durante el término de las mismas, pues durante ellas el trabajador interrumpe su obligación de prestar el servicio prometido, la ley libera al patrono de la obligación correlativa de pagar los salarios de esos lapsos y los faculta para descontar esos períodos, al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Empero, en el presente caso, el punto relativo a la remuneración de las licencias a los trabajadores comisionados por el sindicato para el desempeño de funciones inherentes a la organización, es materia que fue regulada por la convención colectiva celebrada el 5 de febrero de 1960, que en su artículo 6º dispone lo siguiente: "La compañía, con el mismo espíritu de cordialidad y muestra de su deseo de mantener las mejores relaciones con el sindicato, dará gustosamente los permisos remunerados a los delegados para el desempeño de comisiones sindicales inherentes a la organización, siempre que se le avise por escrito con la debida oportunidad y que el número de los que han de disfrutar de tales permisos no sea en cuantía que perjudique el funcionamiento de la empresa". Seguramente esta fue la razón que tuvo el Tribunal de Arbitramento para no contemplar en su decisión lo relacionado con los permisos remunerados. (Sala de Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 686, 2ª y 687, 1ª).

M

166

MEDIDAS CAUTELARES

(Su característica más acusada).

En principio, las medidas cautelares encuentran su razón en la urgencia de evitar un daño originado en el retardo de una providencia jurisdiccional definitiva y en la necesidad de hacer eficaz el funcionamiento de la justicia; de ahí surge su característica más acusada, como es la de no ser un fin en sí

mismas, sino medio adecuado para providencias posteriores cuyo resultado práctico aseguran.

"Hay, pues, afirma Calamandrei, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, y a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento". (Providencias Cautelares, pág. 45, número 9). (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, página 221, 1ª y 2ª).

167

MEDIO NUEVO

(En casación).

Si la validez del acta de nacimiento de origen eclesiástico (traída a los autos para acreditar la mayor edad de la actora) no fue discutida en ninguna de las instancias, ni el motivo de carecer de estampillas de timbre nacional se trató en ninguna de las sentencias, la alegación de este hecho en casación implica un medio nuevo del todo improcedente en el recurso extraordinario. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 101, 2ª).

168

MEJORAS AGRARIAS. - RECLAMACION

(Cuál ha sido el tratamiento legislativo de los conflictos relacionados con mejoras rurales).

El tratamiento legislativo de los conflictos sobre pago de mejoras presenta tres etapas, así:

1ª Una de conciliación, confiada a la autoridad administrativa del trabajo (Departamento de Asuntos Campesinos). La rige el Decreto legislativo número 2417-bis de 1952 y el 212 de 1953, reglamentario de aquél.

2ª Otra de decisión en derecho, encomendada también a autoridades administrativas del trabajo (la Comisión de Arbitraje Agrario). La gobierna el Decreto legislativo número 893 de 1955, reglamentado por el Decreto ejecutivo número 186 de 1956. Se conserva la función conciliadora de la fase anterior. Representa la segunda etapa un avance en relación con la precedente, pues fracasada la vía de conciliación, no deja el punto sin definir, ya que, para tal fin, crea un organismo especial, de naturaleza arbitral, al cual somete a las partes de manera obligatoria.

3ª El conflicto, como en la etapa anterior, se decide en derecho por la justicia del trabajo. El régimen en esta tercera etapa está constituído por el Decreto legislativo número 291 de 1957. Conserva la conciliación de los dos períodos anteriores, eliminando la función arbitral obligatoria de la segunda etapa. (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 668, 1ª).

169

MEJORAS AGRARIAS. - RECLAMACION

(Conflictos sujetos a la reglamentación especial).

El Decreto legislativo número 2417-bis de 1952 (artículo 1º) determina así el objeto de

la litis: el estudio y solución, por vía de conciliación, de los conflictos rurales entre patronos, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, que tengan carácter económico-social o que sean producidos por virtud de las relaciones, modalidades, efectos y ejecución del contrato de trabajo.

El motivo de la norma lo explica el primero de los considerandos del Decreto, diciendo que "corresponde al Gobierno velar por la cumplida ejecución de las normas laborales dentro de un amplio espíritu de justicia social, procurando el mayor amparo de las clases campesinas en sus relaciones de trabajo".

La previsión del decreto habla, por una parte, de conflicto económico-social, y por la otra de conflicto que tenga su fuente en un contrato de trabajo. Da a entender que se trata de dos cuestiones distintas. Con todo, si se atiende al desarrollo que al precepto da su Decreto reglamentario número 212 de 1953, al señalar las funciones del Departamento de Asuntos Campesinos (artículo 4º, literal c), el aspecto económico-social no es el contenido del conflicto sino su origen. En efecto, el mandato dice que la autoridad administrativa tiene la función de proceder, en acción conciliatoria, respecto de los contratos de arrendamientos de predios rurales que originen conflictos económicos sociales para restablecer la armonía entre las partes.

Son dos los contratos que intervienen en la producción del conflicto: el de arrendamiento y el de trabajo, predominando el de la segunda clase. Lo destaca el artículo 1º del Decreto reglamentario (el 212 de 1953) al expresar que el Departamento de Asuntos Campesinos "tendrá a su cuidado el estudio y solución de los problemas relacionados con el salario, prestaciones, contratos y condiciones del trabajo rural, con el fin de buscar el mejor entendimiento económico y social entre los propietarios de la tierra y sus ocupantes, aparceros, arrendatarios, colonos y similares".

El Decreto legislativo número 893 de 1955 concreta mejor la materia litigiosa. La integra la diferencia entre propietarios de predios rurales y sus ocupantes, arrendatarios, aparceros, colonos y similares, sobre conocimiento y pago de mejoras, que deben definirse en audiencia con intervención de los interesados (artículo 1º).

Como se ve, objeto de la pretensión es el reconocimiento y pago de las mejoras, y su causa jurídica el contrato de arrendamiento. Sin embargo, como el Decreto en mención adiciona el de 1952, el conflicto puede tener también su origen en el contrato de trabajo.

Según lo expuesto, sujetos del conflicto son, por una parte, el dueño de la tierra, o el arrendador, y por la otra el ocupante, aparcero, colono o similares, o de un lado el patrono y de otro el trabajador del agro. (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 668, 2ª).

170

MEJORAS AGRARIAS. - RECLAMACION

(Las controversias sobre mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor no fueron contempladas en el Decreto 2417-bis de 1952 ni en el 893 de 1955. Alcance del artículo 7º del Decreto 186 de 1956).

La calificación de simple ocupante que el fallo proferido por la Comisión de Arbitraje Agrario obligatorio le dio, en el presente caso, a la persona que pidió el reconocimiento y pago de las mejoras por él puestas en la hacienda a que se refiere este pleito, no es la conveniente y, por lo mismo, esta situación jurídica no encaja dentro de las hipótesis previstas en el artículo 1º del Decreto número 893 de 1955. El simple ocupante se apodera del bien sin título alguno que lo respalde, como expresión de un acto unilateral de voluntad, tenga o no la creencia de que es de

propiedad privada o del dominio del Estado, en calidad de baldío. En el caso de autos, el llamado ocupante dio por el inmueble un precio determinado, el fijado para su adquisición en el proceso ejecutivo, esto es, no lo tomó como ocupante de hecho sino que lo detentó como poseedor y dueño.

Se trata, pues, de una controversia entre el poseedor del inmueble que remató, por el reconocimiento y pago de mejoras que en él estableció durante los tres años que la tuvo en su poder, y el titular de la propiedad a quien el demandante la restituyó por virtud de una resolución judicial, después de haberla poseído durante el lapso de tiempo indicado.

Las controversias sobre pago de mejoras entre el dueño del inmueble y el poseedor, no las incluye el Decreto número 2417-bis de 1952 ni el 893 de 1955, y como de esta clase es la contemplada en el caso de autos, quedaron excluídas del conocimiento de la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos, de la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio y de esta Sala Laboral de la Corte.

Da a entender el artículo 7º del Decreto número 186 de 1956, reglamentario del 893 de 1955, que toda diferencia sobre pago de mejoras corresponde a la autoridad administrativa del trabajo, pues dispone que cuando ellas surjan ante los Jueces ordinarios, deben éstos enviar copia de lo conducente a dicha autoridad (Departamento de Asuntos Campesinos), para su decisión. La previsión debe entenderse siempre que la diferencia surja dentro de los límites que trazan los dos Decretos legislativos. Suponiendo que el texto del Decreto quiso incluír la diferencia entre el propietario del inmueble y el poseedor, habría que decir que la norma, **con tal extensión**, excedería la potestad reglamentaria, pues no es cuestión que comprendan los Decretos legislativos citados, y por tal motivo no podría tener aplicación (Ley 153 de 1887, artículo 12). (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 671, 1ª y 2ª).

171

MENORES

(Administración y disposición de sus bienes).

Los artículos 467 y 485 del Código Civil se refieren a los actos de administración y disposición de bienes del pupilo, pero no se extienden a los actos puramente procesales que aquél pueda realizar en la secuela del juicio. Así se infiere también de la segunda parte del artículo 485. (Casación Civil, julio 13 de 1961. Tomo XCVI, página 147, 2ª).

N

172

NULIDAD

Todo lo que el demandante aduce para dar por cierto que el fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad carece de fuerza demostrativa y de atinencia jurídica en materia procesal. Aceptando que hubo irregularidades en la etapa sumária porque los Jueces comisionados sobrepasaron los términos de la ampliación o porque dejaron de evacuarse algunas citas, el motivo de queja no integra nulidad legal, ni menos constitucional. Tratándose de un juicio por jurado, la vocación a juicio que descansa en los presupuestos probatorios del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, sirve precisamente para formar el plenario de la causa y para abrir el debate con todas las garantías, términos y oportunidades que la ley consagra a las partes y en especial al sujeto pasivo de la acción penal. (Casación Penal, agosto 4 de 1961. Tomo XCVI, página 571, 1ª).

173

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Aplicación ley favorable).

Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confron-

tado con la nueva ley, resulta menos gravoso para el procesado en lo concerniente al inalienable derecho de defensa, es preciso aplicarle la ley preexistente. La aplicación de la ley odiosa o restrictiva configura, por tanto, una nulidad supralegal. (Casación Penal, 21 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 416, 2ª).

174

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Aplicación ley favorable).

Si cuando alguien delinquió regía un estatuto de procedimiento criminal que, confrontado con la ley nueva, resulta menos gravoso para el procesado, en cuanto concierne al derecho de defensa, por mandato de la Constitución y de la ley debe aplicarse la norma preexistente. La aplicación de la ley restrictiva o desfavorable configura, por tanto, una nulidad supralegal. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 253, 2ª).

175

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Proceso penal).

Las normas que regulan el proceso penal no son otra cosa que solemnidades que la misma ley prescribe para hacer efectivos los derechos. Por ello plenamente, como lo quiere la Ley dè Leyes, se cumple con tal mandato si la totalidad de esas normas se manifiesta en determinado proceso. En cambio, no puede decirse que la plenitud de tales normas se efectuó cuando se pretermiten formalidades que son sustanciales, a fin de que los derechos a ellas inherentes tengan virtualidad bastante para hacerlos valer en el proceso a objeto de que corresponda a los objetivos de esas prescripciones. Pueden éstas ser inoperantes por efectos de la legislación o por omisiones o errores de los propios Jueces encargados de cumplirlas, para evitar lo cual, precisamente, el canon constitucional señala una garantía que cuando se quebranta obliga a restituír el derecho desconocido invalidando lo hecho con la carga de una nulidad supralegal, no empece que en la normación de las nulidades legales, taxativas como son, nada se hubiera legislado sobre lo que constituye la informalidad procesal de que se acusa la actuación, que desconoció o pretermitió una prerrogativa de la parte agraviada con ese proceder.

"Pero no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional. No, para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial, o sea atinente al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la comisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen. Sólo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuír las garantías del procesado o de la parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional" (G. J., Tomo LXXXIII, pág. 310). (Casación Penal, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, página 587, 2ª).

176

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Derecho de defensa).

Es del más elemental conocimiento que las garantías consagradas por el artículo 26 de la Constitución, tutelares del derecho de defensa frente a la acción penal ejercida por el Estado contra las personas cuya conducta las coloca en calidad de sujetos pasivos de esa acción, no son letra muerta, ni ordenamientos que los poderes públicos puedan faculta-

tivamente cumplir o dejar de cumplir. La misma ley de procedimiento acoge y desarrolla de modo imperativo lo estatuído en la Carta para establecer la asistencia profesional de los sindicados con carácter obligatorio por medio de apoderados, si de sumarios se trata, y de defensores a partir de la vocación a juicio.

Esa asistencia profesional vincula al abogado, haya mandato voluntario del procesado o designación oficiosa del Juez, en términos que entrañan un deber legal y moral, de una parte, y una función pública, de otra, a efecto de que el juzgamiento de toda persona acusada se cumpla con lealtad y sin mengua de los derechos humanos. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 635, 2ª).

177

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Por violar las garantías de la persona).

Por encima de consideraciones que se entrelazan con la conducta del abogado y consecuencias en el proceso penal, precisa tener en cuenta que en el mantenimiento y observancia de las garantías de la persona también están comprometidos los Jueces, y caso de ser violado o conculcado el derecho, a ciencia y paciencia de los mismos funcionarios, necesariamente se produce la nulidad constitucional. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 635, 2ª).

178

NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS

(El acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial).

El acto jurídico nulo produce sus efectos mientras el vicio que lo hiere no sea objeto de declaración judicial. Declarada la nulidad por sentencia firme, las cosas deben restituírse al estado anterior como si no hubiera existido el acto o contrato nulo (artículo 1746 del Código Civil), lo cual no significa que durante su vida no hubiera producido efecto alguno. Prueba de lo contrario es que el citado mandato, en su inciso segundo, contempla y regula los efectos producidos por el acto objeto de la declaración judicial de nulidad al expresar que "en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes". (Casación Laboral, 7 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 670, 2ª).

179

NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO

(A quién compete invocarla en casación).

La nulidad procesal debida a falta de citación o emplazamiento no puede ser invocada en casación sino por las personas que no fueron debidamente citadas o emplazadas al juicio, como lo ha sostenido siempre la Corte, en aplicación del artículo 457 del Código Judicial. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 108, 1ª).

180

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

(La sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional está en función de la causal 6ª, pero no de la 1ª de casación).

Si se demostrara incompetencia de jurisdicción derivada del desconocimiento de las

normas que en desarrollo del artículo 26 de la Carta la disciernen a determinadas autoridades judiciales, no se predicaría otra cosa que nulidad de lo actuado, de acuerdo con el ordinal 1º, artículo 448 del Código Judicial. Nulo el juzgamiento, nada queda como materia propia de acusación por la causal 1ª. Y si la nulidad no existe, si la jurisdicción es competente, y por ello las normas que la organizan no fueron quebrantadas, tampoco hay base alguna para formular cargo al respecto por la causal 1ª de casación.

Así, pues, la sustancialidad de las normas en materia de competencia y su sentido de orden constitucional está en función de la causal 6ª, pero no de la 1ª de casación. Y si no se demuestra nulidad procedimental dentro del sexto motivo de casación, queda situado en el vacío el mismo cargo por la causal 1ª. (Casación Civil, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, página 206, 2ª).

181

NULIDADES SUSTANTIVAS Y PROCESALES

(El quebranto del artículo 6º del Código Civil no da base a nulidades procesales).

La verdad sabida de que las nulidades de carácter sustantivo que afectan los actos y declaraciones de la voluntad tienen distinto ámbito de las nulidades procedimentales, que inciden únicamente sobre la relación procesal y que por afectar el procedimiento lo hacen inhábil para llegar a la solución de la controversia, hace que no puedan confundirse esas clases de vicios hasta pretender que la norma del artículo 6º del Código Civil, que contiene una proposición referida directamente a las nulidades sustantivas en el supuesto de violación de normas también de ese orden, pueda dar base a nulidades procesales que tienen por fundamento, en general, irregularidades que lleven al desconocimiento de la organización judicial o a la violación del derecho de defensa. Es inútil, por tanto, pretender el quebrantamiento de la sentencia del Tribunal, alegando que incurrió en la nulidad prevista por el artículo 6º del Código Civil. (Casación Civil, julio 13 de 1961. Tomo XCVI, página 147, 2ª).

◎

182

OBLIGACIONES

(Deberes del deudor para liberarse de las consecuencias de su incumplimiento).

Demostrada en juicio la existencia de una obligación, toca al deudor, para libertarse de las consecuencias del incumplimiento, demostrar su pago. Porque es de lógica elemental que quien alegue en su favor un hecho modificativo de la situación jurídica por otro adquirida, esté obligado a probarlo. Así lo ordena el artículo 1757 del Código Civil, con cuyo precepto corre parejas aquel otro del artículo 1604 de la misma obra. (Casación Civil, julio 15 de 1961. Tomo XCVI, página 154, 1ª).

P

183

PARTICION

(Pérdida del interés jurídico para atacar en casación la nueva partición).

Cuando a la partición de bienes en un juicio de sucesión, en un divisorio de bienes comunes o de liquidación de una sociedad, se presentan objeciones, el incidente a que

éstas dan lugar, puede tener dos soluciones: 1ª Se declaran infundadas y se aprueba la partición en la misma providencia; si el objetante apela de ella y el Tribunal la confirma, es manifiesto el interés de aquél para interponer el recurso de casación. 2ª Se declaran fundadas las objeciones por el Juzgado, y se ordena rehacer la cuenta; de este auto, el litigante conforme con el primitivo trabajo, debe apelar ante el Tribunal para conservar el derecho de interponer el recurso de casación de la sentencia, por medio de la cual se aprueba la partición. En el supuesto de que no se alce contra dicho proveído, se considera que se halla conforme con las objeciones y la consiguiente aprobación del nuevo trabajo de partición, y, por consiguiente, no cabe atacar en casación la sentencia aprobatoria. En esta hipótesis, el recurso extraordinaria impugna el fallo aprobatorio del segundo trabajo, no ya por vía de objeción, sino en cuanto éste viole los preceptos sustantivos que regulan la partición de bienes, como consecuencia de no haber sido legal el auto que declaró probadas las objeciones propuestas por otro u otros interesados. Cuando este auto se dictó no era recurrible en casación, pero sí lo es indirectamente al proferírse la sentencia aprobatoria del nuevo trabajo y a través de ella.

Sobre este particular se pronunció la Corte en casación de 18 de septiembre de 1936, Tomo 44, páginas 335-336, que conviene recordar ahora.

Cuando el interesado en que se mantenga la primitiva partición, no se alza contra el auto del Juez que declara fundadas las objeciones propuestas por otros litigantes, y ordena rehacerla, pues al dejar ejecutoriar dicha providencia sin proponer los remedios que contra ella le da el Código de Procedimiento Civil, la consiente, y pierde todo interés para atacar en casación la nueva partición. (Casación Civil, julio 5 de 1961. Tomo XCVI, páginas 124, 2ª, y 125, 1ª).

184

PARTIDA DE BAUTISMO

(Para efectos de acreditar la edad de la víctima de un delito).

La partida de bautismo de la menor ofendida fue aportada por la denunciante. Ella acredita plenamente la edad de la joven, igual a catorce años y ocho días para el día de los sucesos, porque es un documento auténtico, cuyo valor probatorio sólo puede desconocerse a través de una tacha de falsedad debidamente comprobada. Cabe anotar que en materia penal, donde todo se endereza a establecer hechos, el concepto de prelación de pruebas es absolutamente inadmisible, cuestión que el señor Procurador recalca en los siguientes adecuados términos:

"Pero conviene también apuntar que dicha partida de bautismo tiene un pleno valor y es pertinente como prueba en los procesos penales, porque en éstos de lo que se trata es de establecer y comprobar hechos, a diferencia de los civiles, en los que para ejercitar determinados derechos o acreditar ciertas obligaciones es preciso producir, en primer término, la prueba principal del estado civil, conforme a los mandatos de la Ley 92 de 1938 y los decretos reglamentarios correspondientes, y a falta de aquélla, las demás pruebas supletorias que la misma ley civil reconoce, sistema éste que no es de rigor en lo criminal, porque el procedimiento penal no señala cuáles pruebas son principales y cuáles supletorias, para efectos de acreditar la edad de la víctima de un delito". (Casación Penal, agosto 23 de 1961. Tomo XCVI, página 624, 2ª).

185

PASAJES Y VIATICOS PARA TRABAJADORES

(Para el desempeño de comisiones sindicales inherentes a la organización).

La Sala no encuentra reparo que formular a lo acordado por los árbitros sobre suminis-

tro de pasajes y viáticos a los trabajadores de la empresa, para el desempeño, dentro del territorio nacional, de comisiones sindicales inherentes a la organización, en los casos previstos por la ley y que se designen por el sindicato de base a que, conforme a la previsión del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, corresponde la representación de los trabajadores afiliados. Empero, como la decisión contempla también la posibilidad de que la empresa asuma el costo de pasajes y viáticos a trabajadores comisionados para asistir a congresos internacionales, la Sala considera que este evento de la resolución debe revisarse para infirmarla, por tratarse de materia no relacionada con las condiciones generales del trabajo que se persigue mediante las Convenciones Colectivas y Laudos Arbitrales, que sólo dentro del ámbito nacional puedan tener operancia y aplición. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 687, 1ª).

186

PELIGROSIDAD

(Factor indispensable para señalar en cada caso el quantum de responsabilidad del procesado).

En un código donde la peligrosidad del agente tiene tan marcada resonancia en orden a graduar la delincuencia, ese factor es indispensable para señalar el quantum de responsabilidad que en cada caso corresponde a un procesado. Por eso, si existen dudas fundadas y razonables sobre si en la ocurrencia surgieron hechos que determinan una modalidad atenuadora, como la riña en este caso, al Juez de Derecho le es dado, por ausencia del tribunal popular, propiciar una decisión que corresponda a las circunstancias, dándoles a éstas entidad bastante para que produzcan aquellos efectos.

No es doctrina ésta susceptible de aplicación en todos los eventos. Como sucede en materia penal, los casos son tan disímiles y su suceder diferente. Basta esto para que no se tome como doctrina general una decisión que sólo es factible para un caso dado por la peculiaridad que revistió su comisión. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 264, 2ª).

187

PERITOS

(Recusación - Causales).

De conformidad con el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, los peritos son recusables, como los Jueces, por las mismas causales que establece el artículo 73 de la misma obra, entre las cuales figura la prevista en el ordinal 5º de ese texto legal.

De otra parte, según el artículo 267 ibídem, el dictamen pericial puede ser objetado en cualquier tiempo, en los juicios con Jurado, antes del veredicto, y en los demás casos, antes de que el asunto entre al Despacho del Juez para sentencia, por cualquiera de los que tienen derecho a intervenir en el proceso, **"por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción"**. (Casación Penal, agosto 23 de 1961. Tomo XCVI, página 622, 2ª).

188

POLICIA NACIONAL

(Su desvinculación del fuero penal castrense, cumplida por razón del Decreto 1705 de 1960, no tiene efecto retroactivo).

De igual manera, la desincorporación de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, llevada a cabo mediante el Decreto 1705 de 1960, que hizo de la "Policía Nacional una institución de carácter civil, con régimen y disci-

plina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Guerra..." (artículo 40), pero sin que forme parte ya, como cuarto componente, de las Fuerzas Militares, las que ahora sólo constituyen el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (artículos 36 a 39 del mismo Decreto 1705 de 1960), le ha quitado a sus miembros el carácter de militares (salvo los que lo sean y presten sus servicios en comisión en la Policía Nacional) y, por tanto, los ha desvinculado del fuero penal castrense. (Casación Penal, julio 27 de 1961. Tomo XCVI, página 510, 1ª).

189

POSESION DE BUENA Y DE MALA FE

(La calidad de poseedor de buena o de mala fe bien puede tenerla una persona jurídica).

No se alcanza a comprender por qué la calidad de poseedor de mala fe no pueda atribuírse, llegado el caso, a la Nación o, en general, a cualquier persona jurídica. Como las personas jurídicas obran por medio de sus órganos, al frente de los cuales aparecen personas naturales, no hay inconveniente alguno en predicar de dichas entidades cualesquiera situaciones jurídicas en que factores subjetivos entren en juego y que no sean incompatibles con la naturaleza propia de ellas. La calidad de poseedor de buena o mala fe bien puede, pues, tenerla una persona jurídica. Tanto más cuanto que no se trata en esta hipótesis de situaciones en que lo objetivo no desempeñe papel alguno. Como ha dicho la Corte "la **bona fides** ha de considerarse como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trata de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho sicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y en el por qué se cree" (G. J., T. XLVII, página 465). (Negocios Generales, 31 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 318, 2ª).

190

PRESCRIPCION DE LA ACCION

(Prescripción de la acción penal sin que se afecte la correspondiente acción civil por perjuicios).

Aunque el proceso penal adelantado contra el chofer responsable del accidente y de sus consecuencias, terminó con la declaración de prescripción, no por eso se afecta la acción civil sobre indemnización de perjuicios, porque a más de tratarse de una actividad peligrosa, en la cual se presume la culpa civil, obra en este caso concreto el antecedente de que el Juez Penal encontró probados los elementos necesarios para dictar auto de vocación a juicio, vale decir, el cuerpo del delito de homicidio culposo, como la responsabilidad del sindicado, fáciles de establecer también en este proceso civil. (Negocios Generales, 29 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 334, 1ª y 2ª).

191

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS

(En estos juicios se sigue la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928).

La Ley 120 de 1928, para la declaratoria de pertenencia, estableció dos procedimientos: 1º El del juicio ordinario "con la persona o personas contra quien se pretenda hacer valer la prescripción" (artículo 4º) de efectos puramente relativos, y 2º El juicio especial o de edictos dirigido "contra todos los que se crean con algún derecho en el inmueble" (artículo 7º) y de efectos **erga omnes** o contra todo el mundo.

La Ley 51 de 1943, que consagró la prescripción del comunero que posea todo el predio indiviso o una parte de él contra los de-

más comuneros y contra terceros extraños a la comunidad, dispuso en el artículo 3º que esta acción se debía deducir en "juicio ordinario siguiendo el procedimiento seguido en la Ley 120 de 1928". La Cámara de Representantes, cuando se adoptó el proyecto que vino a ser la Ley 51 de 1943, hizo constar que al disponer el artículo 3º que se siga el juicio ordinario establecido por la Ley 120 de 1928, "ha querido adoptar el sistema especial de emplazamiento y garantías a favor de demandados inciertos o desconocidos, del artículo 7º de la referida Ley 120 de 1928. Esta proposición se insertará en todas las ediciones de la ley por la cual se dictan algunas disposiciones sobre comunidades".

Basada en este y otros antecedentes de dicha Ley, dijo la Corte: "De tal suerte que aun cuando los términos del artículo 3º de la Ley 51 de 1943 son un poco oscuros, para la Corte no hay duda de que la intención del legislador claramente manifiesta en la historia fidedigna de su establecimiento, fue la de exigir perentoriamente la tramitación establecida en el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, en todos los juicios por usucapión entre comuneros, sea que la acción se dirija contra demandados ciertos o conocidos, sea que la acción se promueva contra demandados inciertos o desconocidos" (T. 79, pág. 156).

Infiérese que, si bien la declaratoria de pertenencia por usucapión de un comunero contra comuneros y terceros se adelanta siempre por la vía ordinaria, se distinguen también dos casos: a) Cuando el juicio se sigue contra comuneros ciertos y conocidos, caso en el cual la notificación con éstos se surte como lo preceptúan los artículos 312, 314, 316 y 317 del Código Judicial, pero deben hacerse también los emplazamientos ordenados en el artículo 7º de la Ley 120, y b) Cuando la acción se dirige contra comuneros y terceros inciertos y desconocidos, ocurrencia en la cual se debe citar como parte al Ministerio Público, y emplazarse a los demandados inciertos y desconocidos solamente con la fijación y publicación de los carteles que prescribe el citado artículo 7º. (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, páginas 177, 2ª y 178, 1ª).

192

PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA

Según repetida dostrina de la Corte, para que la relación jurídico-procesal pueda constituírse debidamente, es indispensable que se reúnan los llamados presupuestos procesales, entre los cuales está el denominado de demanda en forma, consistente en que el libelo se acomode a las exigencias de los artículos 205, 209, 216 y 737 del Código Judicial. Cuando la demanda no llena las formalidades todas, se presenta la falta de dicho presupuesto procesal, que tiene como consecuencia el que el fallador se inhiba de pronunciar sentencia de mérito, precisamente porque no se halla formada la relación jurídico-procesal que le permita penetrar en el estudio a fondo del negocio.

Es cierto que en otro tiempo este fenómeno procesal se consideró como excepción sustantiva de inepta demanda, o de petición de modo indebido, y su pronunciamiento equivalía a la inhibitoria de fallar de mérito el negocio, ya que sólo causaba cosa juzgada formal, porque dejaba al demandante expedita la vía para instaurar nuevamente la acción.

Pero la Corte revaluó esta doctrina al consagrar la de los presupuestos procesales, y expresamente considera que la falta de cualquiera de ellos no constituye excepción perentoria, porque no se trata de un hecho al cual le dé la ley la virtud de desconocer la existencia de un derecho o de extinguirlo si alguna vez existió, las informalidades de la demanda solamente posponen o aplazan el ejercicio de la acción.

Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en casación de 21 de julio de 1954 y 19 de agosto del mismo año (G. J., T. LXXVIII, páginas 104 y 349). (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, página 179, 1ª).

193

PRESTAMOS AL TRABAJADOR

(Con destino a la construcción o adquisición de viviendas).

Por lo que hace a los préstamos a los trabajadores, con destino a la construcción o adquisición de viviendas, ni de la petición del Pliego ni de la decisión del Laudo se puede deducir que se trate de anticipo del auxilio de cesantía. Ni el pago anticipado de esa prestación, en los casos previstos por la ley, constituye liberalidad patronal, sino un derecho del trabajador consagrado en la legislación, que, por tanto, escapa, en la actualidad, a la materia de una Convención Colectiva. Lo pedido por los trabajadores y concedido por los árbitros constituye un beneficio extralegal, de naturaleza distinta al anticipo de cesantía, que puede ser materia de regulación por Convención Colectiva o por Laudo Arbitral.

Ni es verdadero el argumento de la empresa, respecto a que la decisión recaída al artículo 6º del Pliego de Peticiones, contraríe el mandadto contenido en el numeral 3º del artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto en ella no se dispone que los préstamos que se otorguen deban ser aprobados por el respectivo Inspector del Trabajo. En efecto, la intervención de dicho funcionario, que prevé la norma invocada, se refiere a los casos en que se solicite por el trabajador el anticipo del auxilio de cesantía o la concesión de préstamos con garantía en la misma prestación, y no al previsto en el caso **sub lite**, en que se trata de préstamos que, aun teniendo como finalidad la construcción o adquisición de viviendas, se otorgan con garantía real específica, sin comprometer el auxilio de cesantía que corresponde al trabajador. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 685, 2ª).

194

PRESUPUESTO PROCESAL

(De demanda en forma).

En el presupuesto procesal de **demanda en forma**, no está incluído todo defecto de la demanda, sino aquéllos que puedan comprometer las garantías que rodean a los particulares dentro del proceso, según la Carta Constitucional. Se comprende, pues, que el no haberse expresado en el libelo inicial de la litis el domicilio de la actora, cuando aparece señalado en el memorial en que ésta otorgó poder, no ataca garantía alguna de orden procesal. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 99, 2ª).

195

PRIMAS DE SERVICIO

(Liquidación de esta prestación social).

La prima de servicios es una prestación que, de acuerdo con el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, se causa el último día de junio y en los primeros 20 días del mes de diciembre de cada año, a favor de quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hayan servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no se les despida por justa causa. Dicha prima se reconoce a razón de una quincena o de una semana por semestre, según el capital de la empresa.

Del modo de pago establecido en la ley se deduce que las primas han de cubrirse sobre la base del salario devengado en los correspondientes períodos, ya sea cuando se cancelan oportunamente o cuando el pago se haga fuera de tiempo, por cualquier circunstancia. Así lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia de esta Sala.

En el asunto que se examina, como no se tiene el dato acerca del salario que devengó el trabajador en el segundo semestre de 1952, el Tribunal fallador evidentemente se apartó de la ley al condenar al pago de la prima proporcional en ese período, sobre la base del salario que devengó el trabajador en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1953 y el 30 de abril de 1954. Por tal motivo habrá de casarse parcialmente la sentencia, para decidir en instancia lo que sea legal.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que el demandante trabajó bajo la dependencia del demandado durante cinco meses en el segundo semestre de 1952. Tiene derecho, por consiguiente, a la prima de servicios de que trata el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en proporción a ese tiempo.

Aunque el capital del patrono se presume superior a $ 200.000.00, conforme al artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, como no se acreditó el salario que devengó el trabajador en ese período de tiempo, la condena respectiva sólo podrá hacerse sobre la base del salario mínimo, que en aquella época era de $ 2.00 diarios, según el Decreto 71 de 1950.

Por tanto, corresponde al actor por este concepto, proporcionalmente a los cinco meses de servicio, la suma de $ 25.00. (Casación Laboral, 5 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 709, 2ª y 710, 1ª).

196

PROCESO PENAL

(Nulidad constitucional. - Ley favorable).

El delito de homicidio por el cual se juzgó y condenó en segunda instancia al procesado se consumó el día 15 de mayo de 1957, época en que regía un procedimiento penal, de orden general, para todo el territorio del país, más favorable a la defensa del sindicado que el consagrado por el Decreto 0012 de 1959, así que al haberse aplicado al juzgamiento, en el caso de autos, el procedimiento restrictivo y especial establecido en el mencionado Decreto, se violó, en forma notoria y grave, el principio consagrado expresamente por el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución. (Casación Penal, 15 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 370, 2ª).

197

PROMESA DE CONTRATO

(Su valor legal. Cuando atañe a la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, éste debe determinarse por sus linderos).

La validez o eficacia de una promesa de contrato, en los términos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuera de la solemnidad de constar por escrito, exige, entre otros requisitos, que el contrato prometido se determine de tal suerte "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado esta norma, en el sentido de que, cuando la promesa versa sobre la venta de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar por los linderos que lo distingan de cualquier otro, y cuando se refiere a una cuota o porción de otro de mayor extensión, debe también individualizarse éste en la misma forma, es decir, por su alinderación.

La razón de esta doctrina estriba en que el artículo 2594 del Código Civil ordena que en los instrumentos que se otorguen ante Notario referentes a inmuebles, "se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos", y el 15 de la Ley 40 de 1932 reza: "En

las inscripciones de los actos o contratos referentes a inmuebles se copiarán íntegra y textualmente las alinderaciones, cabida, ubicación precisa..., y en los certificados sobre tradición y libertad se suscribirán literalmente las mismas alinderaciones, nombres, etc., sin que en esta materia se puedan hacer cambios, supresiones o adiciones".

La doctrina de la Corte ha sido constante al respecto. (Casación de 12 de agosto de 1925, T. XXXI, pág. 306. Casación de 19 de junio de 1950, T. LXVII, pág. 391).

Si, según los preceptos citados, los inmuebles deben determinarse por sus linderos todos, faltando el correspondiente a cualquiera de sus lados, no se puede concluír que se halle individualizado o especificado. (Casación Civil, agosto 24 de 1961. Tomo XCVI, página 254, 1ª y 2ª).

198

PROMESA DE CONTRATO

(Cuando en ésta se omite alguno de los requisitos esenciales para su existencia, es nula de nulidad absoluta).

En cuanto a la nulidad o inexistencia de la promesa por no llenar la circunstancia de haberse determinado completamente el contrato de venta futura, ha de recordarse que la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar este problema jurídico y aceptar que se da la diferencia entre actos absolutamente nulos y actos inexistentes, pero que el Código colombiano, por la misma razón del chileno, comprende, dentro de la nulidad absoluta, los contratos o actos jurídicos inexistentes, con fundamento en que, si estos se caracterizan en que no se constituyeron por faltarles un elemento esencial, el artículo 1741 del Código Civil sanciona con tacha de nulidad absoluta los actos en que se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ellos en consideración a su naturaleza, no a la calidad o estado de las personas.

En sentencia de 19 de junio de 1959, insiste la Corte sobre la diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta (T. 66, pág. 351).

Y en fallo de 13 de diciembre de 1954, a propósito de promesa, dijo que aquella en que se haya omitido alguno de los requisitos esenciales para su existencia, es nula de nulidad absoluta. Y que "los requisitos o formalidades prescritos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para la validez de la promesa de venta son exigidos en razón a la naturaleza de tal pacto, aceptado en nuestro derecho excepcionalmente como forma contractual ajustada a ciertas restricciones que garantizan la seriedad de las promesas y la constancia cierta de los compromisos contraídos (T. 79, pág. 245).

La Corte reitera la doctrina anterior, y observa que sólo mediante la declaración de nulidad en casos como el que se desata, cuando el contrato que se dice inexistente ha tenido comienzos de ejecución, es posible decretar las restituciones del caso, u ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior, para evitar el litigio posterior a que daría lugar el reconocimiento de inexistencia del acto o contrato, y la consiguiente abstención de cualquiera declaración condenatoria. (Casación Civil, agosto 24 de 1961. Tomo XCVI, página 258, 1ª y 2ª).

199

PRUEBA

(Producida extemporáneamente).

No deja de ser irregular y contrario a la lealtad del debate judicial que un medio de prueba que el sentenciador debe valorar, se produzca extemporáneamente y apenas se allegue a los autos después de proferirse sentencia de segunda instancia. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 635, 2ª).

200

PRUEBA PERICIAL

(Condiciones exigidas por la ley para producirla).

Dice el artículo 256, inciso 2º, Código de Procedimiento Penal, que no es admisible la prueba pericial para establecer, entre otras cosas, que la disposición señala las condiciones psíquicas del procesado, independientes de causas patológicas. Por consiguiente, para esta clase de causas sí resulta admisible aquella prueba; pero entonces debe estar sometida a las condiciones que determina el mismo artículo en el inciso primero, para producirse, pues de otra manera a nada conduciría y la condición principal para que tal categoría de prueba se produzca en un caso dado, es que "la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinada ciencia o arte".

Si la ley es severa al exigir determinadas condiciones para la misma prueba pericial, aun en el caso de que las condiciones psíquicas del procesado obedezcan a causas patológicas, no se ve cómo la simple prueba testimonial pueda tomarse como pretexto para alegar pretermisión de normas constitucionales cuando el Juez, por gozar de amplio arbitrio, no juzgó necesario el examen psiquiátrico del procesado, sin duda porque la sola embriaguez así convertía al que la padece en sujeto peligroso, no es causa bastante para deducir de allí que obró en estado de grave anomalía psíquica. (Casación Penal, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, página 284, 1ª).

201

PRUEBA PERICIAL

(Cuestionarios para ser absueltos por el perito).

De acuerdo con el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal, en el auto en que se "decrete la práctica de la prueba pericial", se formularán "los cuestionarios que hayan de ser absueltos por el perito". Esta regla, como es lógico, envuelve la idea elemental de que esos cuestionarios sean necesarios para el trabajo del perito. En el caso de autos, como se comprende sin esfuerzo, bastaba ordenar el reconocimiento ginecológico de la menor ofendida, ya que con ello se lograba el fin perseguido. (Casación Penal, agosto 23 de 1961. Tomo XCVI, página...).

202

PRUEBAS

En el espíritu que alienta nuestro sistema de pruebas, todo elemento de convicción que pueda acogerse a la tarifa legal es admisible, mientras no ocurra uno de dos supuestos: o que la ley exija precisamente cierto medio con exclusión de otros o que rechace determinado medio respecto de una comprobación dada. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 90, 2ª).

203

PRUEBAS

(Razón de ser del sistema de publicidad y contradicción).

Principio rector en juicio contencioso es el de la **publicidad y contradicción** de las pruebas, que asegura la igualdad de oportunidades a las partes contendientes, sometiéndolas a lealtad mutua, para que de esa pugna ordenada pueda resultar victorioso el derecho, único fin de los procedimientos judiciales (artículo 472, Código Judicial).

La **publicidad** consiste en que, por ante el Juez, la prueba de una parte se haga conocer de su adversario; y la **contradicción**, en que éste tenga la oportunidad de refutarla. Es,

así, de rito procedimental que toda prueba ha de ser recibida o decretada con conocimiento de la otra parte; y que, por lo mismo, no pueda ingresar al proceso, sino en cualquiera de las oportunidades al efecto dispuestas por el artículo 597 del Código Judicial.

Por ello, si un elemento probatorio se agregó a los autos en trámites no comprendidos en este precepto y en que, por lo tanto, no ha podido operar el principio de la publicidad y contradicción, carece de mérito como prueba en la órbita de la relación jurídico-procesal, e impone, entonces, el que se prescinda del mismo para la decisión de la controversia. (Casación Civil, julio 15 de 1961. Tomo XCVI, página 155, 2ª).

R

204

REGISTRO O INSCRIPCION DE TITULOS

(Condiciones para que el Registrador pueda cancelarlos).

Para que el Registrador proceda a dar por cancelado el registro o inscripción de un título ha de presentársele el certificado que al efecto expida el funcionario en cuya oficina se haya otorgado la cancelación del título (artículos 2614 y 2677 Código Civil); y no es dable al Notario autorizar esa cancelación, mientras no aparezca que quien la otorga es persona facultada para hacerlo, lo que claramente resulta del artículo 2612 ibídem. Grave cosa sería, por incompatible con la fe pública en los Notarios depositada, el que éstos pudieran prestarse a la cancelación de un título sin enterarse de que quien la otorga es la persona a que el título confiere tal derecho o su representante o sucesor, como que los artículos 2613 y 2681 del propio Código disponen, respectivamente, que el instrumento que tenga nota de cancelación y el registro cancelado carecen de fuerza legal, a no ser que por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se declare, ya la nulidad de la nota, ya la de la cancelación. (Casación Civil, julio 15 de 1961. Tomo XCVI, página 153, 1ª).

205

RELACIONES SEXUALES

(Noción de "vida marital").

Demandar la declaración de filiación natural con base en el hecho de que un varón hizo "vida marital" con una mujer, por varios años, es afirmar que entre los dos hubo relaciones sexuales, y desde luego estables, porque la noción de "vida marital" encierra este carácter, máxime si duró varios años, si bien la estabilidad en las relaciones sexuales que requiere el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45, la circunscribe el imperativo biológico, recogido por el artículo 92 del Código Civil, al espacio de ciento veinte días, comprendido entre el mínimo de ciento ochenta y el máximo de trescientos, a contar de la media noche en que empieza el día del nacimiento, de suerte que la firmeza del trato sexual, en puridad de verdad, se limita a cubrir esos ciento veinte días. Por lo mismo, si se señala no ya este término sino el de varios años, no puede ponerse en duda que la "vida marital", en este caso, está caracterizada por la estabilidad exigida por el texto legal.

Es más: ya sostiene la doctrina de los Tribunales franceces que en ocasiones "no es necesario que el concubinato haya tenido lugar durante toda la época en que se presume la concepción, no obstante que el texto del artículo 340 del Código Civil (de 1804), parece decir lo contrario, de modo que el abandono de la concubina desde el principio del embarazo no es óbice a la investigación, debiendo "investigar el Juez si había concubinato en la fecha probable de la concepción, determinada por indagaciones o peritazgos", y se citan varias sentencias, según puede ver-

se en el "Traité Elémentaire de Droit Civil", de Planiol, Ripert y Boulanger. I, No. 1111, 5ª ed., 1950 (Cita de la casación de esta Corte, fechada el 28 de febrero de 1961, G. J., T. XCIV, números 2235-2236, pág. 572, 1ª).

Y decir que las relaciones revistieron la forma de "vida marital" y que duraron varios años, envuelve la invocación de su notoriedad.

No debe desviarse el sentido de la expresión "vida marital". Con tales palabras no puede significarse otra cosa que las relaciones sexuales estables y notorias, acentuadas por un trato social propio de esposos, pudiendo llegar a revestir en caso dado toda la apariencia de la unión legítima. La locución "relaciones sexuales", de que se vale el artículo 4º de la Ley 45, comprende diversas modalidades —desde el concubinato perfecto hasta el conocimiento sexual, sin comunidad de habitación ni trato público de esposos—. A tales modalidades se refiere la casación antes citada, en su Capítulo III, y de lo que la Corte dijo entonces y lo que dice ahora se sigue, sin lugar a duda, que con las mencionadas palabras "vida marital" no puede expresarse, en el ámbito del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, otra cosa que el nexo sexual entre varón y mujer, revestido de un tratamiento externo recíproco semejante al de cónyuges entre sí. Lo demuestra esta circunstancia: la respectiva presunción de paternidad natural fue originalmente redactada así: "Respecto del hombre que haya **vivido maritalmente** con la madre", y los antecedentes de la ley acreditan que la sustitución de estas palabras por las que trae el ordinal 4º, obedeció a la necesidad de no circunscribir las relaciones al concubinato o amancebamiento, que a esto equivale, según tales antecedentes, la frase que emplea el proyecto primitivo y que fue reemplazada por ésta: "En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación...". Pero el texto original no se suprimió porque fuese inadecuado o impropio hablar de "vivir maritalmente", para referirse a las relaciones sexuales de hombre y mujer. (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, página 171, 1ª y 2ª).

206

RELACIONES SEXUALES

(No es menester precisar el principio y fin del trato sexual).

No es indispensable que la demanda y la prueba de las relaciones sexuales precisen la fecha en que comenzaron y terminaron éstas. La Corte ha dicho que basta que la época de la concepción esté comprendida dentro del lapso de las relaciones, sin que sea imprescindible determinar fijamente los extremos de aquélla. Así aparece de la casación de 20 de junio de 1950 (LXVII, 2033, 412), y en posteriores sentencias la Corte lo ha repetido. (Casación Civil, julio 24 de 1961. Tomo XCVI, página 172, 1ª).

207

RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

(Poderes discrecionales del fallador en la apreciación de la prueba al respecto).

Si en ejercicio de los poderes que incumben al juzgador de instancia para la crítica del testimonio, el Tribunal llegó en lo íntimo de su fuero a la persuasión de que A. nació por consecuencia de las relaciones sexuales notorias y estables de B. y C., sería preciso a la prosperidad de la censura en casación que los autos mostraran contraria evidencia, constitutiva de cargo por yerro manifiesto de hecho; ya que en materia de error de derecho nada cabe invocar contra aquellos mis-

mos poderes discrecionales del sentenciador, que hallan abrigo en su conciencia y no pueden supeditarse por la Corte, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercera instancia. (Casación Civil, agosto 31 de 1961. Tomo XCVI, página 274, 2ª).

208

RENDICION DE CUENTAS

La obligación del demandado, de rendir cuentas, no es cuestión que pueda controvertirse de nuevo en la segunda etapa del juicio, la cual se construye precisamente sobre el deber comprobado de rendirlas. (Casación Civil, junio 23 de 1961. Tomo XCVI, página 100, 2ª).

209

RENTA VITALICIA

(Es contrato solemne).

De acuerdo con el artículo 2292 del Código Civil, la constitución de renta vitalicia es un contrato solemne por estar sujeto a ser consignado precisamente por escritura pública, y ello aunque el precio de la renta consista en dinero o en otras cosas muebles. Así lo tiene repetido la Corte (XLIII, 1909 y 1910, 560; LXXV, 2130, 327).

Este enunciado entraña que todos los factores integrantes de ese contrato, cuando es serio, deben quedar consignados en el instrumento expresado para que la misma convención adquiera eficacia jurídica. Las estipulaciones que no figuren en la escritura pública no pueden considerarse pactadas, existentes y obligatorias, aunque los contratantes las reconozcan o aunque aparezcan contenidas en documento privado; son, por el contrario, absolutamente nulas por falta de las formalidades propias de la naturaleza del mismo contrato. Estas conclusiones surgen de lo dispuesto por los artículos 1741, 1760, 2292 y 2294 del Código Civil.

Además, cuando este contrato se celebra a título oneroso, adquiere un carácter aleatorio que se opone a la resolución del mismo por falta de pago de la renta. La naturaleza aleatoria de la convención explica la norma del artículo 2294 del Código Civil, lo que vale decir que el contrato de renta vitalicia es por naturaleza irresoluble, y que por lo mismo sólo puede llegar a resolverse por causa de incumplimiento cuando así lo estipulan las partes de manera expresa en instrumento público. (Casación Civil, agosto 18 de 1961. Tomo XCVI, páginas 231, 2ª y 233, 2ª).

210

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

(Por hechos culposos de sus agentes o dependientes).

La responsabilidad de las entidades de derecho público puede quedar comprometida por el hecho culposo de sus agentes o dependientes cuando concurren los siguientes factores: un daño, una culpa en el agente o dependiente de la entidad oficial, y una relación de causalidad entre la culpa y el daño. Faltando uno cualquiera de estos factores no surge la responsabilidad, como tampoco cuando la entidad demandada puede aprovecharse de una circunstancia eximente. (Sala de Negocios Generales, junio 30 de 1961. Tomo XCVI, página 301, 2ª).

211

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Prescripción de la acción por responsabilidad indirecta. Excepción de prescripción).

En el caso de autos, de acuerdo con las pretensiones expuestas en la demanda, la

obligación del Estado de indemnizar los daños causados por el accidente de tránsito, se funda en el primer inciso del artículo 2347 del Código Civil, en cuanto allí se establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

Además, el aparte transcrito guarda relación con el inciso 2º del artículo 2358 del mismo Código, el cual dispone: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años, contados desde la perpetración del acto".

No puede ponerse en tela de juicio que el Estado responde, en este caso, por actos ajenos, vale decir, le incumbe una responsabilidad indirecta por el hecho culposo de su agente, el chofer conductor del camión que ocasionó el siniestro; y así, pues, la prescripción de la acción se consuma en tres años. De acuerdo con las pruebas presentadas, la demanda se notificó al Fiscal cuando se había consumado la prescripción de la acción, por haber transcurrido más de los tres años a contar de la fecha en que ocurrió el accidente, prescripción que no se interrumpe sino por la oportuna notificación de la demanda, como así lo dispone el artículo 2524 del Código Civil.

El artículo 343 del Código Judicial, en armonía con el 2513 del Código Civil, dispone que las excepciones perentorias probadas en un proceso, deben ser declaradas por el Juez, aun cuando no se hayan alegado, salvo la prescripción "que debe siempre proponerse o alegarse", y la segunda disposición citada añade: "el Juez no puede declararla de oficio"; por tanto, ante ordenamientos tan terminantes, no puede procederse de oficio a reconocer o declarar probada la excepción de prescripción de la acción, pues no cabría aplicar por analogía el artículo 170 del Código Judicial, en cuanto prohibe a los Agentes del Ministerio Público "desistir de las acciones intentadas sino a virtud de autorización de la entidad representada...", aun cuando el silencio o la abstención de alegar la dicha excepción pudiera considerarse como un desistimiento tácito, no obstante que ya desde los tiempos romanos se decía **"reus excipiendo fit actor"**, concepto ratificado por el profesor uruguayo Eduardo Couture, así: "El derecho de defensa en juicio se nos parece, entonces, como un derecho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción del demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado, y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 91).

Por consiguiente, no procede la declaración oficiosa de la excepción de prescripción de la acción. (Negocios Generales, 29 de agosto de 1961. Tomo XCVI, páginas 333, 1ª y 2ª, 334, 1ª).

212

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Obligación de indemnizar perjuicios morales futuros pero ciertos).

Dos Magistrados del Tribunal salvaron su voto, porque si bien la sentencia condena a pagar perjuicios morales a favor de la viuda de la víctima del accidente ferroviario, se abstiene de hacer condenación por igual concepto a favor de la hija del mismo, por causa de la menor edad de ésta. Sobre el particular se considera que la menor, que en ese entonces apenas contaba diez meses de edad, seguramente no experimentó un dolor análogo al que sufrió la esposa del accidentado; pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por la falta de un padre. Contrariamente, pues, a lo

sostenido por la mayoría de la Sala falladora del Tribunal, debe admitirse que la menor a que se refieren estos autos también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material. Bien sabido es que, según la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, el perjuicio futuro, pero cierto, es indemnizable. ((Negocios Generales, 31 de agosto de 1961. Tomo XCVI, página 342, 1ª).

213

RESTITUCION DE FRUTOS

(En razón de la buena o mala fe del poseedor)

En el tratamiento que al poseedor de mala fe confiere el artículo 964 del Código Civil respecto a los frutos, no va envuelta en realidad la idea de una punición, sino tan sólo el reconocimiento de los normales efectos del derecho de propiedad que se reconoce en cabeza del reivindicante, a quien, como dueño de la cosa, pertenecen también los frutos percibidos y deben, por tanto, restituírseles, y si por negligencia no los percibió el poseedor, es apenas justo que éste indemnice al dueño del correspondiente lucro cesante. Sólo la buena fe hace cambiar las cosas, pero en virtud del efecto creador de derecho que a tal situación se le reconoce.

En el caso concreto, la Nación no exhibió título alguno para justificar la posesión que ejercía sobre el inmueble de la demandante. Era, pues, poseedora de mala fe. "La falta de título —ha dicho la Corte—, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe". (G. J. LXXV, 546; LXXXII, 251). (Negocios Generales, 31 de julio de 1961. Tomo XCVI, páginas 318, 2ª; 319, 1ª).

214

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

(Procedimiento).

El juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, salvo que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Este criterio se apoya en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio, y sobre la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que reiteran y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 453, 2ª).

215

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

El principio de que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", proclamado por la Carta, no sólo tiene vigencia en cuanto respecta al derecho penal material, como pudiera creerse en presencia de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, sino también en cuanto se refiere a las disposiciones de carácter sustantivo contenidas en la ley de procedimiento, porque muchas de tales disposiciones no se contraen a determinar competencias o a disponer adjetivas ritualidades en los juicios penales, sino que, con notoria frecuencia, constituyen preceptos fundamentales, íntimamente vinculados con el inalienable derecho de defensa. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 453, 2ª).

216

REVISION

(Viabilidad del recurso).

El hecho de ser la revisión un recurso extraordinario dirigido contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando alguna de las circunstancias taxativas que enumera el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal se cumple, indica por ello mismo que no prospere en la generalidad de los casos, porque son de muy difícil ocurrencia aquellas circunstancias que lo hacen viable. Pero cuando se ofrezca al menos un margen que permita admitirlo, no debe dudar la justicia en reconocerlo, pues, por abrir la puerta a la certidumbre y cerrarla al error judicial es por lo que la ley permite que los casos excepcionales conduzcan a la solución también excepcional de decidir favorablemente la demanda que lo impetra. (Sala Penal, 19 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 405, 1ª).

217

REVISION

(Hechos nuevos).

Los procesalistas atribuyen importancia especial a que los hechos nuevos que pueden determinar la revisión de un proceso, son susceptibles de ser establecidos con cualquier medio de prueba, sin excluír ninguno, siempre que sea apto para tal fin y tenga la entidad y relevancia adecuada para producir los efectos que con el mismo hecho probatorio se pretenden. (Casación Penal, 19 de junio de 1961. Tomo XCVI, página 406, 1ª).

218

RIÑA

(Características y naturaleza jurídica de la misma).

Por otra parte, conviene advertir que el Código de 1936, no hace de la modalidad de la riña una concepción autónoma y menos la define. De aquí que sea preciso recurrir a la doctrina de los expositores para describir sus características y la naturaleza jurídica que debe dársele al concepto, el cual, por tales circunstancias, tiene que surgir de la doctrina.

Siendo ello así, cobran especial relieve para fijar aquellos caracteres, las definiciones que se han destacado como las que mejor comprenden y abarcan el fenómeno de la riña dentro de sus modalidades específicas. Por consiguiente, con tal pauta, a falta de alguna que señale el Código, que como queda dicho no existe, las ocurrencias de autos pueden ser comprendidas dentro de circunstancias que caracterizan una riña, en su verdadera significación jurídico-doctrinal, sin que el hecho de apartarse ésta un poco de la concepción corriente o vulgar de que se precisan armas idóneas o semejantes en los contendores, impida aceptar que tal modalidad no es elemento que modifique la naturaleza jurídica de la riña, la cual apenas exige el combate o conato del mismo, la disposición de los contendores, el número de éstos, que tienen que ser de dos o más, y las circunstancias todas que rodean el evento para precisar sus contornos, de tal manera que la predisposición de los protagonistas manifieste el ánimo de actuar, determinado por la controversia verbal a la que siguen vías de hecho, características de la riña. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, páginas 264, 2ª y 265, 1ª).

219

RIÑA IMPREVISTA

(Artículo 384 del Código Penal).

La riña es una entidad jurídica que en el Código Penal Colombiano, a diferencia de otros extranjeros y del derogado de 1890, no está estatuída como infracción autónoma, lo

que quiere decir que en el estatuto penal vigente hace parte como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio o lesiones personales, por mandato del artículo 384 del Código, los cuales ilícitos cuando se cometen mediante la modalidad de la riña imprevista, merecen un grado de atenuación sancionadora, en razón de que el agente actúa u obra por un motivo determinante que si no es excluyente de responsabilidad, sí es susceptible de un tratamiento legal más justo que lo encuadre dentro de la ocurrencia en que el delito se cumplió y la actividad de los protagonistas en el hecho.

Por ser esto así, es necesario señalar el concepto de riña para confrontar si tal concepto, como lo enseña la doctrina, se presenta en un caso dado. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 462, 1ª).

220

RIÑA IMPREVISTA

(Artículo 384 del Código Penal).

Si como dice Odérigo la "agresión es un acometimiento, un ataque unilateral, aunque medio defensa", no es posible prescindir de patentizar esta circunstancia para derivar de ella la enseñanza adecuada en orden a ver en la riña algo más que el acometimiento de dos o más personas armadas, sino también igual fenómeno cuando en determinadas circunstancias, como las que señalan los autos, un hombre en avanzado estado de embriaguez arremete contra un intruso en la discusión o contienda de palabras y de obra, que debe terminarse porque los contendores tienen presente la autoridad, que trata, aunque en forma desgraciadamente pasiva, de contenerlos, pero que la intromisión de un individuo ajeno a aquélla la agrava para recibir las consecuencias de un estado de cosas no provocado sino por el dominio absoluto que sobre la personalidad del homicida había hecho el alcohol.

Con un criterio objetivo, visto el caso no admite modalidad favorable al delincuente pero en sus aspectos subjetivos, determinantes de la conducta del agente en el acto mismo de cumplirse los hechos, no es forzar la equidad, sino más bien atender a ella, considerar que el homicidio presenta características que a falta de un Tribunal popular que las valore con criterio humano dentro de la libre apreciación que la ley les concede a los Jueces de conciencia, los que juzgan en derecho las valoren también para buscar una interpretación de las circunstancias que permita aproximarse a la verdad dentro de la relativa capacidad humana de juzgar.

Existen factores que no excluyen la colocación de la responsabilidad del reo dentro de condiciones que permitan una atenuación de su delincuencia, por el concepto de que obró en circunstancias subjetivas que dieron a su conducta modalidades de una riña imprevista surgida por la intromisión de un extraño en los hechos que determinó la agresión del agente, y a la cual contestó el agredido, dando fisonomía con esta circunstancia al combate que requiere la riña. (Casación Penal, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 463, 1ª y 2ª).

221

RIÑA IMPREVISTA

Entendida la riña como un combate entre dos o más personas en el que hay cambio de golpes, con armas o sin ellas, cuando en su curso se ocasionan lesiones o la muerte a alguno o algunos de los comprometidos en ella, pueden presentarse tres modalidades, a saber: 1ª) La riña es provocada por el autor del homicidio o las lesiones, y entonces ese evento carece de relevancia jurídica para

obrar como aminorante de la responsabilidad porque el hecho reviste la mayor injusticia y no puede ofrecer motivación que atempere la conducta del delincuente. 2ª) La riña es provocada por la víctima, y entonces cabe tener en cuenta el factor **provocación** para los efectos del artículo 28 del Código Penal, y en último extremo, para considerar imprevisto el evento con relación al provocado, y 3ª) La riña es simplemente **casual**, no prevista para los contrincantes, y entonces con ese alcance se toma para las partes que en ella intervienen, con las consecuencias previstas en el artículo 384 ibídem. (Casación Penal, julio 31 de 1961. Tomo XCVI, página 527, 2ª).

222

RIÑA IMPREVISTA

(Artículo 384 del Código Penal).

En una riña cuya provocación se origina en la persona que a la postre resulta víctima de un ataque a su vida o a su integridad personal, de no ser posible el reconocimiento en favor del homicida o heridor de la atenuante específica del artículo 28, por no ser suficientemente grave la provocación o no aparentar las debidas notas —de injusticia— no repugna aceptar que la riña en que se ve comprometido, irritado o estimulado por ofensas de la otra parte, es para él imprevista, no querida e inesperada, pues de no mediar una aceptación expresa del reto o desafío, quien ha provocado se ve envuelto en un combate que no propuso, no propició, ni en modo alguno dio lugar a él. En este sentido hay que tomar la riña en su condición de modalidad imprevista, si es que no es el caso, se repite, de reconocer la atenuante del artículo 28. (Casación Penal, julio 31 de 1961. Tomo XCVI, página 528, 1ª).

S

223

SECUESTRE

(No puede disponer de los bienes de la sucesión).

El secuestre, como regla general, no tiene facultad para disponer de los bienes de la sucesión, y acto de disposición constituye la rebaja de una deuda. (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, página 224, 1ª).

224

SECUESTRO

(Duración de éste en juicios sucesorales y relevo de las obligaciones del secuestre).

No pierden las medidas conservatorias que en el juicio sucesoral pueden tomarse, su fisonomía de instrumentales o preordenadas y transitorias, por ser ese juicio de jurisdicción voluntaria, y al contrario se acentúa su carácter, pues la precaución sobre los bienes tiende a evitar que se deterioren o pierdan, y a darle eficacia práctica y legal al medio de adquirir el dominio por causa de muerte, por cuya razón tales medidas tienen su origen en el Código Civil que legitima, para pedirlas, por regla general, a quien tiene interés o se presuma que lo tenga en la sucesión, correspondiéndole a la ley de enjuiciamiento proveer procedimientos adecuados para lograr el fin respectivo.

La transitoria duración de las providencias cautelares se mide por el tiempo transcurrido entre su pronunciamiento y la presencia de otra de orden judicial que ponga fin a esa situación, terminándose, de consuno, el secuestro y la investidura de depositario judicial, con la obligación para éste, cuando el secuestro fue real, de entregar los bienes a

quien corresponda, y siempre, aun en el simbólico, de rendir las cuentas del caso.

Ordenado en el juicio de sucesión el levantamiento del secuestro por reconocimiento de un heredero del causante, desapareció la medida provisional y también las funciones de secuestre de bienes, siquiera desde cuando éste se hizo legalmente conocedor de la providencia respectiva, sin que esto quiera significar que si por especiales circunstancias la entrega no se cumplió pueda el secuestre relevarse de sus obligaciones, ya que la ley lo hace responsable hasta de la culpa leve, por tener relativamente a la administración de los bienes, las facultades y deberes de mandatario (C. C., 2155-2279). (Casación Civil, agosto 14 de 1961. Tomo XCVI, páginas 221, 2ª; 222, 1ª).

225

SENTENCIA

(Veredicto).

Es indudable que en los juicios con intervención del Jurado la sentencia del Juez de derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto, salvo el caso de ser éste contrario a la evidencia de los hechos. De ahí por qué, de ordinario, la causal 3ª no cabe argüirla para buscar la contradicción o desacuerdo entre el fallo y el auto de proceder. Pero esta tesis invocada por el señor Procurador Delegado, con cita de algunos fallos de la Corte, no puede tomarse con un valor absoluto e indiscriminado. Ante todo hay que tener presente que la cuestión que se propone al Jurado ha de acomodarse a los términos específicos del procesamiento, que delimitan el poder juzgador de los Jueces de hecho, máxime si las condiciones o circunstancias que se atribuyen al delito no sufren variación en el plenario de la causa. (Casación Penal, agosto 30 de 1961. Tomo XCVI, página 641, 2ª).

226

SEPARACION DE BIENES

(Paz y sosiego domésticos. - Arbitrio judicial al respecto).

El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 hizo extensivas a la simple separación de bienes las causales "que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil", que en quinto lugar contempla "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos".

Así, con criterio general y abstracto se destaca en la norma como elemento básico de la sociedad entre cónyuges la paz y el sosiego familiares.

Si la recíproca estimación entre marido y mujer languidece hasta el extremo de extinguir la lumbre del hogar, al propio tiempo se arruina por completo el afecto en que descansa la existencia jurídica de la sociedad conyugal.

Es posible que en el desarrollo de los sucesos que lleguen a lesionar profundamente la armonía conyugal incidan factores de variados matices psicológicos, o que la tolerancia recíproca se quiebre por causas innumerables que cotidianamente pongan a prueba la serenidad de los cónyuges. No es dable ilustrar la casuística en materias donde el subjetivismo reserva su imperio con soberanía tan absoluta como la que se refugia en el fuero interno de los hombres. Por ello la ley abstrae como resultante la necesidad de paz y sosiego domésticos como razón de ser de la sociedad conyugal, aunque para alcanzar tales valores en la práctica y por motivos de muy alta jerarquía moral, marido y mujer sacrifiquen algunas veces hasta su propia y personal felicidad.

Por consecuencia, dentro del debate judicial que la separación de bienes suscita, se

acentúan considerablemente los poderes discrecionales del sentenciador para apreciar en concreto el significado y alcance, bien de los ultrajes, o del trato cruel, o de los maltratamientos de obra, que hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos. No con criterio objetivo aplicable indistintamente a todas las naciones, sino con el más adecuado a medir concreta y subjetivamente si a pesar de la promoción del pleito es todavía posible hallar o restaurar el clima apto para que sobreviva siquiera el mínimo razonable de respeto recíproco y mutua tolerancia que la sociedad conyugal exige y comporta.

Si, pues, en concreto, de la prueba allegada aparece que la paz y el sosiego domésticos fueron aniquilados, no es difícil concluír que en el recurso extraordinario de casación queda cerrado el campo a la censura del fallo que en la instancia decretó la separación de bienes por la causal 5ª, artículo 154 del Código Civil.

Porque el Tribunal en su prudente arbitrio era el llamado a decidir si aquella paz y sosiego domésticos se habían hecho imposibles en el matrimonio, la Corte no podría supeditar la decisión sino en el caso elemental y extremo de que el sentenciador se manifestara en pugna con los dictados mínimos del sentido común frente a la evidencia procesal. Mas no cuando el recurso ensaya otro criterio para interpretar las circunstancias y los elementos de prueba allegados a los autos. (Casación Civil, julio 3 de 1961. Tomo XCVI, páginas 119, 2ª; 120, 1ª y 2ª).

227

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Por ilicitud de causa carecen de efecto en derecho los negocios cuya finalidad concreta consiste en originar, mantener o en cualquiera forma servir de apoyo directo al concubinato en menoscabo de la familia legítima, que el matrimonio cimenta como institución primaria del Estado y de orden público por excelencia.

Pero si el examen en extremo cuidadoso a que el sentenciador está llamado cuando escruta los móviles, le permitió llegar en el fuero de su propia conciencia a la convicción de que la vida en concubinato no fue el motivo determinante de los hechos concurrentes a la formación de una determinada sociedad de giro mercantil, su juicio al respecto es imponderable en casación y conserva su firmeza, a menos que se demuestre error palmar o arbitrariedad manifiesta porque contradiga la evidencia procesal, en el terreno del yerro de hecho; o que niegue el mérito probatorio pleno del medio que ante la ley acredite lo contrario, o lo conceda al que la tarifa se lo niega, en el campo del error de derecho; y, en cualquiera de tales eventos, que allí se encuentre la causa del quebranto de alguna determinada disposición sustancial, cuyo imperio haya de vindicar el recurso extraordinario.

Nada de ello acontece cuando el demandante en casación apenas exhibe otro criterio para valorar las pruebas, como si se tratara de ulterior debate en la instancia. O porque quiera darle valor preponderante a lo que en la demanda inicial del juicio busca apenas cubrir el interés jurídico del actor con proposiciones subsidiarias nada más, por ser contrarias a la verdadera intención, principal y subordinante, según viene expuesto.

Es obvio, además, que aun en la duda acerca de cuál habría sido la solución más acertada frente al alcance probatorio de los medios, no dejaría de ser imperativo que en la certeza y no en posición dubitativa es donde debe necesariamente apoyarse la quiebra del fallo recurrido. (Casación Civil, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, páginas 206, 1ª y 2ª).

228

SUELDO DEL TRABAJADOR

(Que reemplaza a otro de superior categoría. Extralimitación de las funciones del árbitro).

La petición de los trabajadores contenida en el parágrafo 2º del artículo 9º del Pliego está circunscrita a que se reconozca al reemplazante temporal el mayor sueldo devengado por el trabajador reemplazado. En cambio la disposición del Laudo no se contrae a lo pedido, sino que dispone también sobre aspectos que no fueron sometidos a su consideración, al ordenar la estabilidad del trabajador reemplazante, en cuanto a categoría y salario, si el reemplazo se mantiene durante seis meses.

Por lo que hace al primer aspecto de la decisión, o sea el relativo al salario, que deba pagarse al trabajador reemplazante, la Sala estima que lo resuelto se atempera a lo pedido, se conforma a principios doctrinarios y postulados legales sobre la materia, y no contradice los dictados de la equidad. En efecto, si el trabajador desempeña transitoriamente y por encargo del patrono, servicios de categoría superior a la suya, es porque se considera habilitado o capacitado para ello. Y si expresa o tácitamente se han modificado espontánea y temporalmente las condiciones de la relación laboral, debe regir el salario correspondiente, puesto que al trabajador se deben retribuír los servicios que efectivamente haya realizado y que se hubieren convenido.

La parte final de la decisión que establece la estabilidad del trabajador reemplazante, en cuanto a categoría y salario, excede a las facultades de los árbitros, por no constituír materia sometida a su decisión. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 689, 1ª).

229

SUPLICAS PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

Cuando las súplicas principales prosperan es como si las subsidiarias no hubiesen existido jamás. Queda fallida, en efecto, la condición a que estuvieron subordinadas, esto es, que no se despacharan favorablemente las peticiones presentadas con prioridad en la demanda inicial del juicio.

Es así como aun la incorrección sustancial que vicie las súplicas subsidiarias carece en absoluto de incidencia en el recurso extraordinario si el sentenciador ha despachado favorablemente las peticiones principales y por ello no hubo de ocuparse en el estudio inoficioso de las solicitudes formuladas exclusivamente para la eventualidad de pronunciamiento adverso a las súplicas subordinantes.

Si en concreto acontece que el Tribunal estaba dotado de competencia plena para entender de las peticiones principales, no deja de ser evidente que ese presupuesto primario del procedimiento ni desaparece ni se demerita en ninguna forma por el mero hecho de que no tuviese la misma competencia para conocer de la súplica subsidiaria, en que no había de ocuparse por razón de la prosperidad decretada para el interés propuesto en la principal.

Seguiría lo condicionante, principal y subordinante la suerte de lo condicionado, accesorio o subordinado, si por inversión de los valores jurídicos se predicara inhibitoria por falta de competencia, cuando la hay para el pronunciamiento de fondo favorable a lo principal, y no es por lo mismo el caso de mirar siquiera la súplica subsidiaria, en que por sustracción de materia desaparece todo problema de competencia, ya consumida por quien la tenía a plenitud para decidir la cuestión planteada con rango preferencial en la demanda.

La inhibitoria de fallar en el fondo la súplica subsidiaria por incompetencia de jurisdicción, supondría necesariamente que la súplica principal no hubiese prosperado.

Y puesto que las nulidades son de interpretación estricta, mal podría considerarse viciado por incompetencia de jurisdicción para las súplicas subsidiarias el juicio que termina con pronunciamiento favorable del propio juzgador, a quien conforme a derecho incumbe entender de la petición principal que ha prosperado. (Casación Civil, agosto 10 de 1961. Tomo XCVI, páginas 204, 2ª; 205, 1ª).

T

230

TRABAJADOR OCASIONAL

(Qué se entiende por tal, según la ley).

El recurrente dice que, durante el primer período de labores, el demandante fue un trabajador ocasional. Como el Tribunal rechaza el calificativo y afirma que fue empleado permanente, se acusa el fallo de haber violado el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida.

No es aceptable la tesis del impugnador. Trabajo ocasional o transitorio, conforme al citado precepto, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono. No fue de esta clase, según la sentencia, el prestado por el demandante, sino habitual y permanente, conforme a las pruebas allegadas. De ellas también resulta que la labor del trabajador se concretó a actividades normales de la empresa. Fue, pues, correcto el juicio del Tribunal sobre la norma legal citada. (Casación Laboral, 5 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 657, 2ª).

231

TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO

(Sus poderes decisorios, en cuanto al aspecto económico del conflicto, sólo quedan sujetos a los dictados de la equidad).

El presente conflicto, sometido a la decisión de la Corte, en su actual etapa de homologación, ha quedado circunscrito, exclusivamente, a la revisión de cuestiones de naturaleza económica. Es verdad que el Pliego de Peticiones presentado por los trabajadores comprendía la solución de aspectos económicos y jurídicos. Empero, como las cuestiones de esta última clase fueron negadas por el Tribunal de Arbitramento, el recurso de homologación debe entenderse interpuesto únicamente en lo desfavorable a las pretensiones de la empresa recurrente, por lo que resulta claro que la cuestión **sub lite** ante la Corte queda restringida al examen de los puntos aún en conflicto, que son todos de naturaleza económica.

Lo dicho conduce a que, en el presente caso, la actividad de la Corte en el examen de los cargos deba desarrollarse, principalmente, dentro del ámbito que le señala el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral, para verificar su regularidad y declararlo exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si las resoluciones del Tribunal no hubieren extralimitado el objeto para el cual se convocó, y no se observan defectos en la decisión.

Ahora bien, si los poderes decisorios del Tribunal de Arbitramento, respecto a los conflictos de carácter económico o de intereses simples, en que éste asume la posición que corresponde al arbitrador, están circunscritos al **petitum** contenido en los respectivos puntos del Pliego de Peticiones, que por no haber sido materia de acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, se le señalan en el Acto Guberna-

mental de su convocatoria, tales poderes sólo quedan sujetos a las limitaciones impuestas por los dictados naturales de la equidad.

El tema de las facultades y límites del poder arbitral al decidir el aspecto económico del conflicto, fue ya ampliamente estudiado por esta Sala de la Corte, en fallo de homologación de 27 de enero de 1961, al revisar el Laudo Arbitral que decidió el conflicto surgido entre los bancos del país y los empleados bancarios; fallo publicado en la **Gaceta Judicial**, Tomo XCIV, 723 ss. (Casación Laboral, 11 de julio de 1961. Tomo XCVI, página 682, 1ª).

U

232

USUFRUCTO

(El usufructuario es mero tenedor frente al nudo propietario, quien ejerce la posesión de la cosa por conducto de aquél).

Si bien es verdad que el usufructo constituye un derecho real, cuya titularidad corresponde al usufructuario (Código Civil, 665 y 670), y que éste puede promover acciones de índole posesoria en defensa del goce de su derecho (Código Civil, 978), no es menos cierto que dicho usufructuario no tiene calidad de dueño del bien o bienes sobre que recae el usufructo y que, en beneficio de la coexistencia de este derecho con el de nuda propiedad, la ley considera al mismo usufructuario como mero tenedor frente al nudo propietario, y atribuye a éste la posesión de los bienes mencionados (Código Civil, 775 y 786). De manera que el nudo propietario es el poseedor de las cosas dadas en usufructo y ejerce esa posesión por conducto del usufructuario. (Casación Civil, julio 7 de 1961. Tomo XCVI, página 142, 1ª).

V

233

VENTA DE COSA EMBARGADA

(Requisitos previos).

No autoriza el ordinal 3º del artículo 1521 del Código Civil la enajenación del inmueble embargado mientras no medie el permiso del Juez o el consentimiento del acreedor. Lo dispone terminantemente el precepto, el cual no admite otra interpretación, dadas sus voces claras, la finalidad de la prohibición y los efectos naturales del embargo. Y por ello, ni el consentimiento del acreedor se presume ni es lo mismo para el demandante en juicio de venta, que la cosa afecta al gravamen pase de un dueño a otro, durante el mismo juicio, como lo sostiene el recurrente. (Casación Civil, julio 26 de 1961. Tomo XCVI, página 188, 1ª y 2ª).

234

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

(Alegación de ésta en la hipótesis de haberse decretado una nulidad, cuando ninguna pronuncia el fallo).

El cargo que se formule en casación a base de haberse decretado una nulidad, así fuese de oficio, cuando ninguna pronuncia el fallo recurrido, es del todo improcedente. (Casación Civil, julio 26 de 1961. Tomo XCVI, página 188, 1ª).

235

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

(Son cargos distintos la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea).

En casación el quebranto directo de la ley sustancial puede producirse por una cual-

quiera de las tres formas que señala el primer inciso de la causal primera establecida por el artículo 520 del Código Judicial, formas consistentes en la falta de aplicación, en la aplicación indebida y en la interpretación errónea. "Se trata de tres formas de violación de la ley sustantiva, distintas en su naturaleza y efectos doctrinarios, puesto que la primera se cumple por omisión: no haber apelado al texto llamado a resolver la litis; la segunda, por todo lo contrario, por acción, es decir, por haber llamado a resolverlo a un texto ajeno al problema, y la tercera, por haberse equivocado en el significado, sentido o alcance de la forma legal" (casación de julio 5 de 1956, LXXXIII, 2170, 198; LXXIX, 2150, 504 y 553). Siendo distintas e inconfundibles estas tres fuentes de violación directa de la ley, resulta contrario a la técnica de la casación acusar un fallo por infringir un mismo precepto a la vez por interpretación errónea y por aplicación indebida. (Casación Civil, agosto 18 de 1961. Tomo XCVI, página 231, 1ª y 2ª).

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO

NOTA.—Las cifras puestas en la columna **números** indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
11	106
12	106
23	107, 108
24	108
26	85, 141, 142, 154, 157, 165, 177, 181, 197, 216
30	108, 110
33	110
58	155
61	141
76	111, 140
78, ordinal 5º	108
97	62
118	141
121	88, 107, 108, 111, 140, 141
131	62
170	155, 156
183	108
189	108
214	152

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
6	182
27	53
30	53
92	206
154	227
406	119, 120
467	172
485	172
665	233
670	233
775	233
786	233
955	110
964	215
978	233
1041	87
1495	101
1507	101
1517	101
1521, 3º	234
1604	36, 183
1634	92
1637	92
1707	68
1741	199, 211
1746	179
1757	183
1759	68, 143
1760	68, 99, 144, 211
1761	68
1762	68
1766	68
1769	67
1930	75

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1935	75
1936	75
1937	75
2155	225-A
2279	225-A
2292	211
2294	211
2280	92
2341	36
2347	14, 213
2357	78
2358	213
2513	213
2524	213
2594	198
2614	205
2677	205
2680	52

CODIGO PENAL

Artículos	Números
1º	165, 216
3º	165, 216
7º	62
14	124
18	65
19	63
20	63
23	38
28	40, 223, 224
36	59
37, ordinal 5º,	57, 59
37, ordinal 9º,	37, 56, 58
156	66
171	3
172	1
231	143
233	143
363, ordinal 2º,	23
— " 5º,	125, 127
384	126, 221, 222, 223, 224
385	63, 64

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
1º	36
6º	231
16	53
19	36
22	72
23	72
24	72
25	73
26	71
51	166
53	166
55	36
57	69, 166
58	69
64	36
65	32, 136, 137
195	196
253	134
256, inciso 3º,	194
260	134
266	134
306	196
357	166, 186

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
258	69
332, numeral 3º,	77

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
(Ley 167 de 1941)

Artículos	Números
87	25
261 a 269	109, 110

CODIGO FISCAL NACIONAL

Artículos	Números
27	24
78	24
79	24
80	24

CODIGO DE PETROLEOS

Artículos	Números
34, inciso 1º,	25

CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL

Artículos	Números
315	69

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
22	16
50	9, 140
153	60
170	213
205	25, 193
209	13, 14, 17, 25, 193
216	193
222	25
314	192
315	51
316	192
317	192
330	102
334	104
335	102
337	102
340	102
343	213
366	10
375	1
377	1
398, ordinal 4º,	12, 14, 15, 16
448	47, 48, 131, 154, 181
449, inciso 1º,	60
450	131
457	180
466, inciso 2º,	35
471	134
472	25, 204
474	104
482	8, 9, 10
494	131
520	47, 48, 97, 98
553	132, 133
597	204
600	93
606	67
630	51
632	51, 52, 143
636	145, 146
649	118
719	93
724	146
734	75, 93
737	193
1095	75

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
1º	165, 216
5º	165, 216
51	62
76, ordinal 4º,	149
135	135
251	143
256	200
262	188
263	201
267	188
272	66
273	188
294, numerales 3º y 5º,	147
384	108
429	173
499	59
570	40
571	218

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números
86	35
143	232

LEYES

Ley 153 de 1887

Artículos	Números
12	171
40	142, 164, 217
43	164, 217
85	87
89	198, 199

Ley 110 de 1912

80	24

Ley 45 de 1917

2º	24

Ley 120 de 1928

4º	192
7º	192

Ley 29 de 1931

3º	113
11	113

Ley 40 de 1932

15	198

Ley 45 de 1936

2º	117
4º, ordinal 4º,	162, 206

Ley 92 de 1938

—	185

Ley 51 de 1943

3º	192

Ley 6ª de 1946

12, inciso f),	53
36	53

Ley 65 de 1946

1º	53
9º	53

Ley 83 de 1946

—	158

Ley 81 de 1960

6º	106
15, ordinal 3º,	106

DECRETOS

Decreto No. 2645 de 1931

Artículos	Números
2º	113

Decreto No. 756 de 1942

2º	25

Decreto No. 2350 de 1944

8º	53

Decreto No. 1160 de 1947

4º	53

Decreto No. 3519 de 1949

1º, 2º y 3º,	140

Decreto No. 71 de 1950

—	196

Decreto No. 2417-Bis de 1952

—	169, 171
1º	170

Decreto No. 212 de 1953

—	169
1º	170
4º, literal c),	170

Decreto No. 1056 de 1953

34	16

Decreto No. 616 de 1954

1º	36

Decreto No. 1823 de 1954

2º	20
4º	22

Decreto No. 2062 de 1954

6º	20
17	20

Decreto No. 3129 de 1954

1º, 2º y 5º,	114

Decreto No. 893 de 1955

—	169
1º	170, 171
5º	129

Decreto No. 186 de 1956

— 169

7º 171

Decreto No. 1762 de 1956

9º 35

Decreto No. 3050 de 1956

2º 25, 105

Decreto No. 291 de 1957

— 169

Decreto No. 0012 de 1959

— 197

1º 141

3º .85

5º, 6º, 7º, 88

8º 86

10 142

11, 12, 13 158

14, 15, 16, 17 88

26 107

27 108

Decreto No. 1705 de 1960

— 157

36, 37, 38, 39 155, 189

40 155, 156, 189

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE ALFABETICO

A

Página

Acosta de González Graciela. — Casación por falsedad y estafa 386

Aclaración que los Magistrados doctores Luis Fernando Paredes A. y José J. Gómez R. hacen al suscribir la providencia por medio de la cual se llama a responder en juicio criminal de única instancia, por el delito de concusión, al señor Gustavo Rojas Pinilla 68

Angarita Rivera Benjamín. — Revisión de sentencia 403

Ardila Gómez Héctor de Jesús. — Casación por falsedad en documentos públicos 472

B

Baca Barceló Diógenes. — Casación por homicidio en grado de frustración 349

Badel González Santiago (ex Juez Civil del Circuito de Cartagena). — Se abre causa criminal por abuso de autoridad y otras infracciones 539

Barbosa Díaz Helí. — Homicidio imperfecto. Se desecha el recurso propuesto 418

Beneficencia de Cundinamarca c/. La Nación. Ordinario sobre resolución de un contrato. Se deniega la reposición del auto admisorio de la demanda 304

Bernal Contreras Carlos J. c/. Dioselino Cárdenas. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa 149

Bolaños Penagos Julio Alberto. — Homicidio. Se invalida la sentencia recurrida 611

Bustamante José Clemente. — Sucesión 122

Bustos Eudosio. — Amnistía en relación con delitos de homicidio y lesiones personales ... 529

C

Caballer V. José c/. Delio Isaza Londoño. — Ordinario sobre cumplimiento de un contrato . 190

Caicedo Millán José Elcías contra Ministerio Público y otros. — Acción de pertenencia ... 174

Carbonell de Zamaro Bertha H. — Homicidio. Se desecha el recurso de casación propuesto . 594

Cárcamo de Rueda Pabla contra Carmelo Cárcamo Benavides. — Ordinario sobre rendición de cuentas 95

Página

Carvajal González Juan de Dios. — Robo. Se invalida la sentencia recurrida 632

Castaño Moreno Jaime. — Casación por homicidio 379

Castellanos Burgos Salvador y otro. — Casación por homicidio (asesinato) 354

Coronado Petronila (sucesión) contra la Nación. — Ejecución de sentencia 278

Correa de Cárdenas María del Rosario contra "Laboratorios Lister". — Ordinario laboral ... 690

Crispín Ruiz Miguel A. — Casación por homicidio 482

Cucalón Varona Bernardo y Pedro Nel contra Luis Vásquez Valencia y otros. — Ordinario sobre simulación de una compraventa 158

Cuéllar Jesús Ramón contra la Nación. — Ordinario sobre indemización de perjuicios a causa de una providencia judicial 300

CH

Charry Arcadio. — Casación por homicidio ... 468

Chavarriaga Segismundo con Miguel Amariles y otros. — Ordinario sobre nulidad de un juicio reivindicatorio 235

Chaves José María contra Apolinar Moreno. Ordinario reivindicatorio 183

Chaves Luque Jorge contra Gundisalvo Rodríguez Páez. — Ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta 86

D

Decreto extraordinario número 3519 de 1949. La Corte se abstiene de decidir en el fondo sobre la demanda de inexequibilidad propuesta contra los artículos 1º, 2º y 3º del nombrado estatuto 6

Decreto legislativo número 12 de 1959. — Se resuelve que, por sustracción de materia, no procede aclarar la sentencia de 24 de julio de 1961, sobre inexequibilidad de algunas normas del decreto aludido 8

Decreto legislativo número 12 de 1959. — Se declaran parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 8º, 10, 11 y 24, en cuanto a las expresiones de que en el fallo se habla; exequibles en todo lo demás las referidas normas; y, finalmente, también se declaran exequibles en su integridad, el parágrafo del ar-

Página

tículo 5º, los artículos 6º y 7º, 12 a 23, 26 a 28, 30 y 32 del mismo Decreto ... 8

Departamento de Antioquia contra Jesús María Rojas Giraldo. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa ... 288

Duque Z. José contra Compañía de Gaseosas Posada Tobón. — Ordinario laboral ... 731

E

Echeverri Jael contra la Nación. — Ordinario reivindicatorio ... 317

Espeleta Eduardo Enrique contra María Etelvina Buelvas y otros. — Ordinario de filiación natural ... 271

F

Fajardo Bautista Guillermo. — Casación por homicidio ... 365

G

Garzón viuda de Torres Lilia E. contra la Nación. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 335

Gobert Méndez José y otros. — Casación por homicidio ... 514

Gómez Escalante José E. — Homicidio. No se casa el recurso de casación interpuesto ... 577

González Velasco Samuel contra Aparicio Velasco R. — Ordinario sobre filiación natural y peticiones consecuenciales ... 259

Guayara Rojas Abdonías. — Casación por homicidio ... 455

Gutiérrez Aragón Servando (Magistrado de Tribunal Superior). — Se le impone una sanción disciplinaria ... 81

H

Huertas Francisco Evelio contra Municipio de Guateque. — Ordinario laboral. Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto . 728

J

Jaramillo Alvarez José. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Manizales que dispuso abrir causa criminal por abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones como Juez 2º del Circuito Civil de dicha ciudad ... 544

Jiménez Fernández Mario. — Casación por homicidio ... 441

Jiménez H. Aristides. — Sucesión ... 146

L

"Ladrillera de Neiva Ltda.", contra Municipio de Neiva. — Ordinario reivindicatorio ... 266

Página

Leiva Charry José Onías contra José Domingo Leiva Charry y otros. — Ordinario sobre resolución, por incumplimiento de un contrato de renta vitalicia ... 226

León Alvarez Telmo Enrique y otros contra Fernando León Díaz y otros. — Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia ... 104

"Leonidas Lara e Hijos Ltda.", contra "Rápido Antioquia Limitada". — Ordinario sobre indemnización de perjuicios ... 110

Ley 81 de 1960 (Reorgánica del Impuesto sobre la Renta). — Se declaran exequibles el artículo 6º y el inciso 3º del artículo 15 de la nombrada Ley ... 3

Londoño de Tamayo Sofía contra la Nación. Ordinario de petróleos. Se confirma el auto denegatorio de la acumulación de un juicio . 284

Londoño Pineda Gabriel contra "Gutiérrez & Compañía". — Ordinario laboral ... 650

M

Martínez Martiniana (en representación de su menor hijo Alberto José Riascos Martínez) contra Carmen Labarcés viuda de Riascos y otros. — Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia ... 168

Mejía Mejía Eduardo contra la Nación. — Ordinario sobre pago del valor de unos tubos de cemento ... 345

Meneses José Ignacio y otros. — Casación por homicidio (asesinato) ... 450

Moreno Pastor — Homicidio. No se levanta el embargo de bienes del procesado ... 627

O

Obispo de la Diócesis de Tunja contra la Nación. — Ordinario sobre dominio del subsuelo. Se revoca el aparte II del auto de 28 de junio de 1961, objeto del recurso de súplica ... 325

P

Palacio José Alfonso. — Homicidio. Se invalida parcialmente la sentencia ... 637

Pérez Upegui Oscar. — Corrupción de menores. No se casa la sentencia recurrida en casación ... 619

Puyo de Suárez Blanca contra Justo Céspedes. Ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños ocasionados en cultivos de arroz y maíz por ganados vacunos ... 195

Q

Quintero Ismael E. y otros contra la nación. Ordinario sobre responsabilidad extracontractual ... 329

R

Página

Restrepo Agulo Iván contra María Teresa Ochoa viuda de Medina y otros. — Ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta ... 245

Riaño Peña Honorio. — Casación por homicidio. 435

Ricardo Leopoldo S. contra Vicente Gallo. Ordinario laboral ... 703

Ricardo Leopoldo S. contra Vicente Gallo. — No se accede a aclarar la sentencia a que alude el punto anterior de este Indice ... 713

Rivas Gutiérrez Helena contra Guillermo Lehder. — Ordinario sobre separación de bienes . 115

Rivas Gutiérrez Helena contra Guillermo Lehder. — Ordinario sobre separación de bienes. No se aclara la sentencia proferida en el juicio ... 121

Rivera o Herrera Saúl y Santos contra Lorenzo Herrera y otros. — Ordinario sobre filiación natural ... 126

Rodríguez Adalberto Lorenzo contra Rafael Restrepo Echavarría. — Ordinario sobre nulidad de un reconocimiento de pago y otras peticiones ... 208

Rojas Pinilla Gustavo (Presidente de la República del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957). — Se le llama a responder en juicio criminal de única instancia por el delito de concusión ... 42

Rueda Sarmiento Alfredo contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de hidrocarburos. Se confirma el auto por medio del cual se declaró no probada la excepción de pleito pendiente ... 309

Ruiz Isaza Clodomiro y otros contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. Se declara probada la excepción de inepta demanda propuesta con relación a los predios Germania y Villa Lucía ... 313

Ruiz viuda de Herrera Mercedes y otros contra Ana María Gaviria viuda de Uribe y otros. Ordinario reivindicatorio. Se deniega la aclaración del fallo proferido en el juicio ... 131

S

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en el fallo dictado en el proceso contra Miguel A. Crispín Ruiz, por el delito de homicidio ... 511

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en la providencia por medio de la cual se llama a responder en juicio criminal al señor Gustavo Rojas Pinilla, por el delito de concusión ... 72

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pizón, Enrique López de la Pava y José Hernández, en la providencia por medio de la cual se llama a responder en juicio criminal al señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión ... 71

Página

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada en la providencia por medio de la cual se llama a responder en juicio criminal de única instancia al señor Gustavo Rojas Pinilla por el delito de concusión ... 69

Salvamento de voto del Magistrado doctor Julio Roncallo Acosta en la providencia por medio de la cual se llama a responder en juicio criminal de única instancia, por el delito de concusión al señor Gustavo Rojas Pinilla ... 68

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en la providencia de 23 de agosto de 1961, que resolvió no aclarar, por sustracción de materia, el fallo sobre inexequibilidad de algunas normas del Decreto legislativo número 12 de 1959 ... 39

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, en el fallo de 24 de julio de 1961, sobre exequibilidad de algunas normas del Decreto legislativo número 12 de 1959 ... 31

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ramiro Araújo Grau, José J. Gómez R., Luis Fernando Paredes A., Arturo C. Posada, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad y Luis Carlos Zambrano en el fallo de 24 de julio de 1961, sobre inexequibilidad de algunas normas del Decreto legislativo número 12 de 1959 ... 26

Sánchez Castañeda Joselín y otros. — Colisión de competencias. El conocimiento de este negocio corresponde al Juzgado Tercero Superior de Medellín ... 407

Silva Sierra Urbano. — Homicidio. Se invalida la sentencia recurrida ... 599

Sindicato de Empleados y Trabajadores de la Compañía Colombiana de Electricidad, División Atlántico, División Central o Seccional del Magdalena, contra Compañía Colombiana de Electricidad. — Homologación ... 674

T

Torres Meses Esteban. — Homicidio. Se invalida parcialmente la sentencia recurrida ... 567

Touring Club de Colombia contra Banco del Comercio de Bogotá (Sucursal de San Victorino). Ordinario encaminado a hacer efectivo el derecho de crédito incorporado en un instrumento negociable ... 162

Trespalacios Santodomingo María Josefa contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad privada de hidrocarburos. Se reforma el auto de 22 de febrero de 1961 en el sentido de decretar la práctica de unas inspecciones oculares ... 327

Trujillo Vicente Emilio contra sucesión de Guillermo Rivera Abadía. — Se declara nulo lo actuado ante la Inspección de Asuntos Campesinos del Ministerio del Trabajo y la Comisión de Arbitraje Agrario Obligatorio, por incompetencia de jurisdicción, en la presente controversia sobre reconocimiento y pago de mejoras ... 660

Página

Trujillo Vicente Emilio contra sucesión de Guillermo Rivera Abadía. — No se accede a aclarar la providencia de que trata el punto anterior de este Indice 672

V

Valmore González José. — Casación por homicidio 554

Vargas Marroquín Bernardo y otra contra la Nación. — Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. Se confirma el auto suplicado por medio del cual se denegó un desistimiento 321

Vargas Alba Ligia contra Miguel A. Burgos. Ordinario sobre existencia de una sociedad comercial de hecho y liquidación de la misma. 200

Vasco Otálvaro Hernán. — Casación por homicidio 478

Velásquez Enrique y otros. — Casación por homicidio y robo 412

Vélez Otálvaro Herculano y otros. — Casación por homicidio, robo y otros delitos 427

Villa Velásquez Carlos de (Presbítero) contra Departamento de Antioquia. — Ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos 292

Villa Olivares Eusebio contra Cías. Unidas de Combustibles (Cudecom). — Ordinario laboral 716

Villalobos Martínez Tomás Alberto. — Se abre causa criminal por los delitos de "abuso de autoridad y otras infracciones", por el desempeño de sus funciones como Juez del Circuito Promiscuo de San Andrés y Providencia. 573

Villano P. Matías contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad de unos yacimientos de caolín y arcillas cerámicas: Se confirma el auto denegatorio de la ampliación de un dictamen pericial 306

Viña González Ismael. — Casación por homicidio cometido en riña imprevista 512

Z

Zapata Echeverri Olmedo. — Casación por homicidio 371

Zapata José Luis y otro contra Jorge de Bedout y otra. — Ordinario laboral 723