



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 01 DE 31 DE ENERO DE 2013

1. **PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

1.1 Sala Civil

El problema jurídico consiste en determinar si, después de presentada la demanda ejecutiva contra los herederos del difunto demandado, el término de prescripción de la obligación se interrumpe con la notificación que del título debe hacerse a éstos, conforme los postulados del artículo 1434 del Código Civil.

EN ESTE CASO, SE APORTÓ COMO BASE DE LA EJECUCIÓN, EL PAGARÉ NO. 118925 DOCUMENTO QUE A JUICIO DEL TRIBUNAL GOZA DE TOTAL IDONEIDAD PARA PRETENDER EL RECLAMO DE LAS PRESTACIONES CAMBIARIAS EN ÉL INCORPORADAS, EN RAZÓN A QUE TIENE LA FIRMA ORIGINAL QUE IMPUSO EL OBLIGADO CAMBIARIO. POR LO TANTO, SI AL TENOR DEL ARTÍCULO 625 DEL ENJUICIAMIENTO MERCANTIL “*LA EFICACIA DE UN TÍTULO-VALOR DERIVA DE UNA FIRMA PUESTA EN ÉL, CONCLUIREMOS QUE EN LA FOTOCOPIA AUTÉNTICA DE UN TÍTULO-VALOR, LA FIRMA (EN ESTE CASO LA DEL CREADOR) NO ES PUESTA, COLOCADA O ESTAMPADA EN ÉL, SINO SIMPLEMENTE CONSTITUYE UNA MERA REPRODUCCIÓN DE LA MISMA, LO CUAL LA HACE CARENTE DE ESTE REQUISITO Y POR CONSECUENCIA LÓGICA, INEFICAZ PARA EJERCITAR LOS DERECHOS CAMBIARIOS INCORPORADOS EN EL TÍTULO ORIGINAL*”¹, ES INDISCUTIBLE QUE LA FIRMA SOBREPUESTA EN EL DOCUMENTO APORTADO NO ES UNA SIMPLE REPRODUCCIÓN, PUES CORRESPONDE A LA FIRMA DE PUÑO Y LETRA DEL DEUDOR O AL MENOS NO SE DEMOSTRÓ NI SE ALEGÓ LO CONTRARIO.

DE IGUAL FORMA NO PUEDE ACEPTARSE EL ARGUMENTO QUE EXPONE LA ENTIDAD DEMANDANTE EN RELACIÓN CON EL HECHO DE QUE CON LA MUERTE DEL DEUDOR DEVINO UNA INTERRUPCIÓN DEL PROCESO, PUES ESE SUceso TUVO OCURRENCIA EN OCTUBRE DE 2004 DOS AÑOS ANTES A LA ANUALIDAD EN QUE SE PRESENTÓ LA DEMANDA, 2006, TODA VEZ QUE LA RAZÓN DE SER DE ESA CLASE DE INTERRUPCIÓN NO ES OTRA SINO LA DE QUE NO CORRAN TÉRMINOS NI SE PRODUZCA LA EJECUCIÓN DE NINGÚN ACTO PROCESAL, COMO LO ESTABLECE EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL², LUEGO MAL PUEDE RECLAMARSE UNA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS CON TOTAL AUSENCIA DE ACTUACIÓN JUDICIAL.

¹ ¹ Lisandro Peña Nossa, *Curso de Título Valores* Sexta Edición. 1998

² Artículo 168 del C.P.C.: “**Causales de Interrupción:** El proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirá:

1. *Por la muerte o enfermedad grave de la parte que no haya estando actuando por conducto de apoderado judicial, representante o curador ad-litem.*
2. *Por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, o por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en én.*
3. *Por la muerte del deudor, en el caso contemplado en el artículo 1434 del Código Civil.*
4. *Por muerte o enfermedad grave del representante o curador ad-litem que esté actuando en el proceso y que carezca de apoderado judicial”.*

a) Antecedentes

Banco Comercial AV Villas, por conducto de mandataria judicial, invocando como fuente de ejecución el pagaré No. 118925, solicitó mandamiento de pago contra la menor Paula Andrea Barco representada por su progenitora Carolina Espinosa Lara, en calidad de heredera determinada del causante Giraldo Salvador Barco Barco, y, en contra de los Herederos Indeterminados, por la cantidad de 372.033,7114 Unidades de Valor Real UVR equivalente en pesos al 7 de abril de 2006 a \$57.762.177,00 como saldo insoluto de la obligación; los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida para créditos de vivienda, desde la presentación de la demanda hasta que se verifique el pago total y, costas del proceso.

El juez *a-quo* libró orden de pago³, notificada en forma personal al apoderado de los herederos determinados (menores) Paula Andrea Barco Espinosa y Jorge Luis Barco Espinosa⁴, quienes en su orden formularon excepciones de mérito similares que denominaron, “*Prescripción de la acción cambiaria*”; “*Inexistencia de la demandada*”; “*No haber sido el demandado quien suscribió el título*” y “*genérica*”, salvo la de “*Cobro de lo no debido*” que sólo propuso el último de los mencionados. Notificado el Curador⁵, postuló las de “*Ineficacia e inexistencia del título valor pagaré No. 118925 o documento con el cual se promueve la presente acción, falta de los requisitos formales de los artículos 488 del C.P.C., 621 y 709 del Código de Comercio*”; “*Incongruencia del derecho incorporado en el título valor con las pretensiones de la demanda, en concordancia con lo ordenado en el mandamiento de pago*” y “*Prescripción y caducidad de la acción cambiaria con respecto al pagaré No. 118925 y todas las cuotas generadas, causadas y no pagadas. Artículo 789 en concordancia con el numeral 10 del artículo 784 del Código de comercio*”.

Verificado el trámite del proceso, el *a-quo* profirió sentencia en la que declaró no probadas las excepciones invocadas, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución por las sumas señaladas en el mandamiento de pago; la liquidación del crédito y el avalúo y remate de los bienes que resulten embargados y secuestrados, por último, condenó en costas a la parte demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tras relatar los antecedentes del litigio, el juez de primer grado consideró que el documento allegado se ajusta a las previsiones legales por lo tanto, se trata de un título valor con mérito ejecutivo de cuya idoneidad y eficacia no hay duda, pues aunque se tratara de una copia informal se encuentra suscrita por el deudor; de paso no es incongruente, toda vez que las cláusulas en el pactadas no lo fueron en pesos ni para cancelar en cuota fija sino en UVR con variación en cada prorrata; que, de acuerdo con los registros civiles, fue el señor Giraldo Salvador Barco Barco quien suscribió el título y no otra persona, por lo que el error al escribir su nombre es solo un lapsus mecanográfico; y que las inconformidades relacionadas con la ausencia de los requisitos formales del título debieron plantearse a través del recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Agregó, que no se configuró el fenómeno de la prescripción alegada en razón a que al ejecutarse el capital desde la presentación de la demanda, 7 de abril de 2006, los 3 años de que trata el artículo 789 del Código de Comercio deben comenzar a computarse desde la fecha del mandamiento de pago, 1 de octubre

³ Folio 66 C.1

⁴ Folios 77 y 81 C.1

⁵ Fol. 78 C.1

de 2009, luego tal término se cumpliría el 1 de octubre de 2012, en atención a que la notificación a la parte demandada se realizó dentro del término del año de que trata el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto a la excepción de cobro de lo no debido, argumentó que no se acreditó que los valores cobrados en la demanda no son los que en realidad se adeudan.

RECURSO

Inconforme, la parte demandada apeló y solicitó se revoque la sentencia. Para ello, sostuvo, en síntesis, que la copia informal del pagaré que se aportó no constituye título valor al no tener eficacia probatoria; que tampoco contiene una obligación clara y expresa, en razón a que para obtener el pago del crédito No. 118925 se demandó a los herederos de "GIRALDO SALVADRO BARCO BARCO" de quien se desconoce su identificación y se trata de persona distinta al obligado cambiario; que no se adjuntó la carta de instrucciones con autorización para llenar espacios en blanco, ni el estado del crédito; que, si como se indica en la demanda, se excluyó el capital de las cuotas en mora, no hay razón para ejecutar un valor superior al saldo acelerado; que se demostró que al demandado el 25 de junio de 1997 se le otorgó un crédito del cual no se acreditó la restructuración y el mismo se garantizó con el pagaré No. 118925 por la suma de \$34.500.000,00, y no el 30 de julio de 2001 por la cantidad de 431.090,4545 UVR cuyas cuotas para el pago se acordaron en 90 no en 131; y que el término de 3 años para que operara la prescripción se cumplió el 6 de abril de 2009, momento para el cual aun ni siquiera se había notificado del título a los herederos indeterminados y menos se había librado mandamiento ejecutivo y, la muerte del deudor no tuvo la virtud de interrumpirla, toda vez que a su fallecimiento no existía demanda en su contra.

CONSIDERACIONES

En razón a que en el caso bajo examen, el curador ad-litem de las personas indeterminadas demandadas y la apelante controvirtieron la existencia de título ejecutivo que da sustento a la acción, bajo el argumento que el pagaré No. 118925 no es original, en razón a que la primera hoja es fotocopia informal, y la segunda es una copia al carbón, ello obliga a la Sala, en primer término a ocuparse del análisis de ese tema, pues de prosperar dicho argumento el mismo daría al traste con las pretensiones y resultaría inane cualquier pronunciamiento que se hiciera respecto de las demás excepciones.

Al respecto, es sabido que todo título-valor tiene carácter ejecutivo, siempre y cuando el documento respectivo reúna todos los requisitos establecidos por la ley cambiaria, los que atañen primordialmente a aspectos formales, con una finalidad común, cual es la de darle seguridad, rapidez y eficacia a su circulación, todo con el propósito de responder a la movilidad y dinamismo propios del derecho mercantil.

(...)

En este caso, se aportó como base de la ejecución, el pagaré No. 118925 documento que a juicio del Tribunal goza de total idoneidad para pretender el reclamo de las prestaciones cambiarias en él incorporadas, en razón a que tiene la firma original que impuso el obligado cambiario. Por lo tanto, si al tenor del artículo 625 del enjuiciamiento mercantil *"la eficacia de un título-valor deriva de una firma puesta en él, concluiremos que en la fotocopia auténtica de un título-valor, la firma (en este caso la del creador) no es puesta, colocada o estampada en él, sino simplemente constituye una mera reproducción de la misma, lo cual la hace carente de este requisito y por consecuencia lógica, ineficaz para ejercitarse los*

*derechos cambiarios incorporados en el título original*⁶, es indiscutible que la firma sobrepuerta en el documento aportado no es una simple reproducción, pues corresponde a la firma de puño y letra del deudor o al menos no se demostró ni se alegó lo contrario.

De ahí que la obligación contenida en el instrumento cartular No. 118925, sea clara y expresa y también exigible, de donde surge que el demandante podía exigir coercitivamente la satisfacción de las sumas insolutas allí contenidas, como en efecto lo hizo, toda vez que el título proviene del deudor y constituye plena prueba en su contra.

Precisado lo anterior, se ocupa el Tribunal de la excepción de prescripción alegada y para ello se recuerda que el aludido medio extintivo se encuentra contemplado en el numeral 10º del artículo 1625 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2535 y siguientes de dicha normatividad, como una forma de extinguir las obligaciones y derechos ajenos, la que tratándose de la acción cambiaria directa, conforme al artículo 789 del estatuto mercantil, se consuma en el lapso de tres (3) años, cuyo decurso empieza a correr, según lo indica dicho precepto “*...a partir del día del vencimiento.*”, norma que interpretada en armonía con lo preceptuado en los artículos 673 y 711 de la misma codificación, que señalan que el pagaré puede ser otorgado “*con vencimientos ciertos y sucesivos*” se tiene que, en dicho evento, la contabilización del término prescriptivo debe hacerse de manera independiente respecto de cada una de las cuotas en que el deudor prometió pagar la obligación, y para cuando se pacta cláusula de exigibilidad anticipada, será a partir de la presentación de la demanda que empieza a correr tal término, respecto de las sumas que se exijan de esta manera, según lo indica el artículo 19 de la Ley 546 de 1999.

Ora, cuando la prescripción no se ha cumplido puede interrumpirse o suspenderse, lo que implica el conteo de un nuevo término. El primer fenómeno de ellos puede surgir en forma natural o de manera civil; natural, por el hecho de reconocer el deudor la obligación expresa o tácitamente, por sí o por intermedio de un representante suyo; y civil, con la presentación de la demanda judicial por quien se encuentra legitimado para su ejercicio con la condición que se notifique al deudor, conforme a los artículos 2539⁷ del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil; mientras que la suspensión “*aplaza la iniciación del cómputo de la prescripción o paraliza la cuenta del término ya iniciado, en razón de una circunstancia que afecta personalmente al titular de la pretensión en el sentido de impedirle el ejercicio del derecho en cuestión*”⁸.

De cara al asunto, es innegable la operancia de la prescripción, fenómeno que no fue afectado ni por los efectos de la interrupción ni de la suspensión atrás ilustrados pues, desde luego, ninguno de los dos eventos de la primera se configuró en el *sub-litio* y para el segundo, es evidente la inexistencia de obstáculos legales, o por convención, o por fuerza mayor que le impidieran al acreedor ejercitar su derecho ante la jurisdicción, al punto que logró promover su demanda contra los herederos determinados e indeterminados del deudor fallecido. Al respecto veamos: (...)

⁶ ⁶ Lisandro Peña Nossa, *Curso de Título Valores* Sexta Edición. 1998

⁷ *ARTICULO 2539 del C. Civil 2<INTERRUPCIÓN NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA>. La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524.*

⁸ La prescripción Extintiva. Fernando Hinestrosa, pag. 141,

Acá es bueno señalar que, a juicio de esta Sala, el artículo 1434 de suyo conlleva un beneficio a los herederos del obligado fallecido, pues contra ellos acción alguna puede seguirse a menos que se haya cumplido el presupuesto impuesto por esa norma, pero de ninguna manera puede servir de herramienta para justificar la desidia del acreedor que por negligencia o descuido oportunamente no logra la exhibición de los títulos a los herederos del deudor obligado tal como ocurrió en este asunto que presentada la demanda el **7 de abril de 2006** solamente pasados dos años se concretó esa notificación a la heredera determinada Paula Andrea Barco⁹, entre tanto que al curador de los herederos indeterminados se intimó ese acto 3 años después, el **13 de julio de 2009**¹⁰, por lo que para éstos últimos la prescripción ya había operado, en virtud que el término trienal se cumplió el **7 de abril de 2009**; sin que tampoco exija mayor esfuerzo deducir que con la misma suerte corre la heredera determinada antes mencionada, en razón a que la orden de pago se libró hasta el **1 de octubre de 2009**, hallándose superado con holgura el término de los 3 años a que se ha hecho alusión.

En esta oportunidad, valga aclarar que ningún efecto interruptivo logró la presentación de la demanda, conforme lo prevé el artículo 90 del C.P.C. pues para que así fuera, el demandante debía notificar no solo la existencia del título en el término del año a que alude dicha disposición, sino también el mandamiento de pago a los demandados.

Por lo tanto, como los términos de orden sustancial indican que no puede adelantarse acción legal contra los herederos hasta pasados 8 días de la notificación de la existencia de los títulos que lo fueron contra su causante, resulta inadecuado el razonamiento según el cual el tiempo transcurrido desde que se instauró la demanda hasta que se materializó la notificación de la existencia del título a los herederos se trate de una nueva forma de interrupción del término prescriptivo, pues la ley otorga esa vocación a solo dos situaciones específicas; naturalmente o civilmente y tampoco se enmarca tal situación dentro del fenómeno de la suspensión de la prescripción, como atrás se anotó.

De igual forma no puede aceptarse el argumento que expone la entidad demandante en relación con el hecho de que con la muerte del deudor devino una interrupción del proceso, pues ese suceso tuvo ocurrencia en octubre de 2004 dos años antes a la anualidad en que se presentó la demanda, 2006, toda vez que la razón de ser de esa clase de interrupción no es otra sino la de que no corran términos ni se produzca la ejecución de ningún acto procesal, como lo establece el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil¹¹, luego mal puede reclamarse una suspensión de términos con total ausencia de actuación judicial.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la sentencia impugnada habrá de revocarse íntegramente para, en su lugar, declarar probada la excepción denominada *“Prescripción de la acción cambiaria”* propuesta por la parte demandada, medio exceptivo cuya prosperidad conlleva el rechazo de las pretensiones acogidas por el *a-quo*, lo que permite al Tribunal abstenerse de examinar las demás excepciones formuladas como lo impone el artículo 306 *ídem*. (...)

⁹ Folio 43 C.1

¹⁰ Folio 62 C.1

¹¹ Artículo 168 del C.P.C.: **“Causales de Interrupción:** El proceso o la actuación posterior a la sentencia se interrumpirá:

5. *Por la muerte o enfermedad grave de la parte que no haya estando actuando por conducto de apoderado judicial, representante o curador ad-litem.*
6. *Por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, o por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en én.*
7. *Por la muerte del deudor, en el caso contemplado en el artículo 1434 del Código Civil.*
8. *Por muerte o enfermedad grave del representante o curador ad-litem que esté actuando en el proceso y que carezca de apoderado judicial”.*

FUENTE NORMATIVA :ARTÍCULOS 90, 168 Y 488 DEL C.P.C.
 : ARTÍCULOS 619 a 625, 673, 709, 711, 784 y 789 del C. de Co.
 : ARTÍCULOS 1437, 1625, 2539 del C. C.
 : ARTÍCULO 19 LEY 546 DE 1999
FECHA : 2012-12-09
PROCESO : EJECUTIVO SINGULAR
PONENTE : Dra. MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
DEMANDANTE : BANCO COMERCIAL AV VILLAS
DEMANDADO : PAULA ANDREA BARCO Y OTROS
RADICACIÓN : 11001-31-03-034-2006-0256-02
DECISIÓN : REVOCA

1.2. 1. Sala de Familia

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en establecer si se configuró la causal de nulidad procesal prevista en el numeral 4º del artículo 140 del C. de P.C., esto es, al haber tramitado la demanda por un proceso diferente al que corresponde.

“Y, PRECISAMENTE PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO, EL LEGISLADOR ADOPTÓ EL SISTEMA DE LA DETERMINACIÓN ESPECÍFICA Y TAXATIVA EN MATERIA DE NULIDADES, LAS CUALES SE ENCUENTRAN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 140 DE NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL, ENTRE LAS CUALES, POR SER LA QUE EN ESTE CASO INTERESA, SE ENCUENTRA EN EL NUMERAL 4º QUE DICE LO SIGUIENTE: “CUANDO LA DEMANDA SE TRAMITE POR PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE”. SOBRE ESTA CAUSAL, EL TRATADISTA HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO EN SU OBRA, “INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, PARTE GENERAL, QUINTA EDICIÓN, EDITORIAL A.B.C., PÁG. 682, DICE: “CUANDO SE SIGUE UN PROCESO DISTINTO DEL QUE LEGALMENTE CORRESPONDE, SE CONFIGURA LA CAUSAL DE NULIDAD PREVISTA EN EL NUM. 4º DEL ART. 140. CON LA TIPIFICACIÓN DE ESTA CAUSAL EL LEGISLADOR QUIERE SANCIONAR AQUELLAS ACTUACIONES QUE DEBIENDO TRAMITARSE POR UN TIPO DE PROCESO DE LOS PREVISTOS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO (ABREVIADO, ORDINARIO, DIVISORIO, EJECUTIVO, ETC.), SE TRAMITAN POR UNO DISTINTO”.

La demanda

En el Juzgado Octavo de Familia de esta ciudad cursa el proceso de petición de herencia promovido por LUZ AMPARO ULLOA HURTADO contra RAFAEL GUILLERMO ULLOA ARCINIEGAS y JOSÉ RICARDO ULLOA ARCINIEGAS, acumulado con reivindicación contra GABRIEL GÓMEZ BLANCO, despacho que admitió la demanda mediante providencia del 4 de noviembre de 2011 y dispuso imprimirlle el trámite verbal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, por lo que ordenó correr traslado a los demandados por el término de diez días. -fl. 88 cdno. ppal.-

Los demandados contestaron la demanda, a través de apoderado judicial -fls. 100 al 106 cdno. ppal.-. Por providencia del 21 de marzo de 2012, el Juzgado convocó a las partes a la audiencia prevista en el artículo 430 del C. de P.C., la cual se celebró el 16 de abril de 2012; en dicha oportunidad, ante el fracaso de la conciliación, se evacuaron las etapas de saneamiento, fijación del litigio y fueron decretadas las pruebas del proceso.

Mediante providencia del cinco (5) de junio de dos mil doce (2012), de oficio, el Juzgado decretó la nulidad de toda la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, por cuanto consideró que se había configurado la causal de nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 140 del C. de P.C., por haberse tramitado la demanda por un proceso diferente al que legalmente le corresponde, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y subsidiario de apelación, los que fundamentó el recurrente en que, en el auto admisorio el Juzgado manifestó que, por ser un juzgado piloto en oralidad, contaba con la infraestructura necesaria para tramitar los procesos de que tratan los artículos 396 y ss del C. de P.C., modificados por la Ley 1395 de 2010, por el procedimiento previsto en la ley, no obstante, declaró la nulidad de la actuación, sin que, a juicio del censor, exista fundamento jurídico o fáctico que avale tal proceder, máxime cuando con la actuación adelantada se garantizó el debido proceso a las partes.

RECURSO

Como el Juez no modificó su decisión concedió el recurso de apelación, respecto del cual, previa su admisión, procede el despacho a resolver lo pertinente, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

El debido proceso como derecho constitucional fundamental que es, debe estar rodeado de todas las garantías para su pleno ejercicio. Por ello nuestro régimen jurídico establece claramente las formas y ritualidades de cada uno de los juicios, sancionando con la invalidez todas las actuaciones adelantadas con transgresión de las formalidades legales cuando ellas son relevantes, como sucede con las que taxativamente fueron erigidas como causales de nulidad. Las nulidades se instituyeron para garantizar el debido proceso y por ende el ejercicio del derecho de defensa.

Y, precisamente para garantizar el debido proceso, el legislador adoptó el sistema de la determinación específica y taxativa en materia de nulidades, las cuales se encuentran previstas en el artículo 140 de nuestro ordenamiento procesal civil, entre las cuales por ser la que en este caso interesa, se encuentra en el numeral 4º que dice lo siguiente: *“Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”*. Sobre esta causal, el tratadista HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO en su obra, “INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, Parte General, Quinta Edición, Editorial A.B.C., pág. 682, dice: *“Cuando se sigue un proceso distinto del que legalmente corresponde, se configura la causal de nulidad prevista en el num. 4º del art. 140. Con la tipificación de esta causal el legislador quiere sancionar aquellas actuaciones que debiendo tramitarse por un tipo de proceso de los previstos en la parte especial del Código (abreviado, ordinario, divisorio, ejecutivo, etc.), se traman por uno distinto”*.

En el caso que se estudia, según la actuación procesal reseñada en los antecedentes, se tiene que, desde el mismo auto admisorio de la demanda, el *a quo* dispuso tramitar el presente proceso por el procedimiento establecido en el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010 para los procesos verbales, el que desarrolló hasta cuando se encontraba agotada la etapa probatoria, para después declarar la nulidad de la actuación procesal, pues observó que se configuraba la causal de nulidad procesal prevista en el numeral 4º del artículo 140 del C. de P.C., esto es, por haber tramitado la demanda por un proceso diferente al que corresponde.

Sin lugar a dudas, dicha decisión debe confirmarse, como quiera que la presente demanda debe tramitarse por el procedimiento ordinario, de conformidad con los artículos 398 y S.S. del C. de P.C., vigentes, habida cuenta que el proceso verbal establecido en los artículos 430 al 432 ibídem, no puede aplicarse a este tipo de procesos, sino hasta cuando así lo disponga el Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo consagra el párrafo del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010.

Ahora, ante la reciente expedición del Código General del proceso, que entró a regir solo de manera parcial el 12 de julio de 2012, los asuntos que vienen sometidos por virtud del Código de Procedimiento Civil, al ritual previsto para el procedimiento ordinario, continuarán por esta senda procesal, mientras entran a regir las previsiones del nuevo estatuto procesal sobre la materia.

Resulta necesario acotar también que, por tratarse de una nulidad de carácter insaneable, por así preverlo el numeral 6º del artículo 144 del C. de P.C., la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, afecta la validez de la prueba practicada, en virtud de lo dispuesto en el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política, que establece: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-407 del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997), al resolver sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, mediante el cual dispuso cómo quedaría el texto del numeral 6º, artículo 144, dijo: *“Finalmente, hay que tener presente que la única nulidad procesal establecida expresamente por la Constitución, se origina precisamente en la violación del derecho al debido proceso: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. ¿podrá, acaso, aceptarse que si es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso, sea válido éste cuando se tramita por una vía equivocada, diferente a la que le está señalada por la ley? ¿Podrá, alguien sostener que ese trámite diferente al especial que le corresponde, configura un “debido proceso?”*. (Subraya el Despacho). (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 140 num. 4º, 144 num, 6º, 396, 398, 430 y 432 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 44 LEY 1395 DE 2010.
: Sentencia C-407 28 de agosto 1997ARTÍCULO 229 DEL C.P.C.
: Sentencia ARTÍCULO 299 DEL C.P.C.
: Sentencia 24 de agosto de 2012 M. P. Carlos Alejo Barrera Arias TSB
FECHA : 2013-01-16
PROCESO : PETICIÓN DE HERENCIA
PONENTE : Dr. IVAN ALFREDO FAJARDO BERNAL
DEMANDANTE : LUZ AMPARO ULLOA HURTADO
DEMANDADO : RAFAEL GUILLERMO ULLOA ARCINIEGAS Y OTRO
DECISIÓN : CONFIRMA -AUTO SALA UNIPERSONAL-
RADICACIÓN : 6413

1.3. 1 Sala Laboral

El problema jurídico a resolver por la Sala es establecer si ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGÁN, o CARMEN CECILIA QUIROGA QUIROGA, acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de ISIDRO RODRÍGUEZ DUARTE.

“PARA ESTUDIAR LA PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, QUE AQUÍ SE RECLAMA, ESTA SALA TRAE LA NORMA VIGENTE A LA FECHA DE FALLECIMIENTO DEL PENSIONADO (5 DE NOVIEMBRE DE 2008), EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993 MODIFICADO POR LA LEY 797 DE 2003:

“ARTÍCULO 47. SON BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:

A) EN FORMA VITALICIA, EL CÓNYUGE O LA COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE O SUPÉRSTITE, SIEMPRE Y CUANDO DICHO BENEFICIARIO, A LA FECHA DEL FALLECIMIENTO DEL

CAUSANTE, TENGA 30 O MÁS AÑOS DE EDAD. EN CASO DE QUE LA PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA SE CAUSE POR MUERTE DEL PENSIONADO, EL CÓNYUGE O LA COMPAÑERA O COMPAÑERO PERMANENTE SUPÉRSTITE, DEBERÁ ACREDITAR QUE ESTUVO HACIENDO VIDA MARITAL CON EL CAUSANTE HASTA SU MUERTE Y HAYA CONVIVIDO CON EL FALLECIDO NO MENOS DE CINCO (5) AÑOS CONTINUOS CON ANTERIORIDAD A SU MUERTE”.

a) La demanda

En este caso, las demandantes pretenden se reconozca su calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, alegando ambas haber sido la compañera permanente del causante hasta su fallecimiento.

b) Los hechos

ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGÁN demandó a BANCOLOMBIA S.A. para que le reconozca la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su compañero permanente ISIDRO RODRÍGUEZ DUARTE, se ordene el pago del retroactivo causado, con los incrementos legales y las mesadas adicionales, de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y de lo ultra y extra petita.

Afirmó que hizo vida marital con ISIDRO RODRÍGUEZ DUARTE entre el 30 de abril de 2003 y el 5 de noviembre de 2008 fecha de su fallecimiento; que su compañero recibía una pensión de vejez por parte de Bancolombia S.A., pensión que ella solicitó pero que le fue negada porque Carmen Cecilia Quiroga Quiroga también la había solicitado en su calidad de compañera permanente; que presentó a la demandada la sentencia proferida por el Juzgado 14 de Familia el 12 de abril de 2011 que declaró la existencia de su unión marital de hecho con el causante, y sin embargo, la pensión nuevamente le fue negada por el Banco con el argumento de que dicha sentencia no es suficiente, siendo necesario acudir a la justicia laboral (folios 2 a 5) para que defina sobre la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo condenó a las demandadas BANCOLOMBIA S.A. y ISS al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGAN en su calidad de compañera permanente, a partir 5 de noviembre de 2008, y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación en relación con CARMEN CECILIA QUIROGA QUIROGA. Consideró que mediante la sentencia proferida por el Juzgado de Familia el 12 de abril de 2011 que declaró la existencia de la unión marital de hecho, y del testimonio de Jorge Enrique Rodríguez hijo del causante y quien convivía con la pareja, se probó el requisito de la convivencia con el causante durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO

CARMEN CECILIA QUIROGA QUIROGA adujo en su apelación, que la jueza no tuvo en cuenta el documento donde el causante manifestó que ella era su compañera permanente desde el año 1989; agregó que tampoco fue notificada del proceso en el Juzgado de Familia, que declaró la unión marital de hecho entre el

causante y la demandante, por lo tanto, no pudo controvertir las pruebas allí aportadas.

BANCOLOMBIA S.A. y el ISS también apelaron argumentando que los testimonios recibidos son contradictorios y no permiten establecer con certeza cuál de las dos reclamantes tiene el derecho a la pensión discutida.

CONSIDERACIONES

En este caso, las demandantes pretenden se reconozca su calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, alegando ambas haber sido la compañera permanente del causante hasta su fallecimiento, y si bien la norma trascrita no consagra la posibilidad de dos compañeras permanentes, simultáneamente, la Corte Constitucional sí ha reiterado que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es proteger a los familiares del afiliado o pensionado que fallece, de las contingencias económicas que causa su muerte, de manera que, sin importar que la legislación civil no permita la existencia simultánea de un cónyuge y de un compañero permanente, o de dos compañeros permanentes, sí es posible otorgar la pensión, de manera exclusiva, a quien acredite la convivencia exigida en la norma, y es posible también dividir la prestación entre ellas, es decir, que deberá darse primacía a la realidad, que se acredite, sobre la legislación civil que regula el parentesco.

Procede ahora la Sala a establecer si alguna de las solicitantes acreditó los requisitos para acceder a la pensión que reclaman, que son: i) la existencia de una vida marital con el causante hasta su muerte, y ii) que dicha vida marital fuera, por lo menos, de cinco años con anterioridad a su muerte.

En relación con CARMEN CECILIA QUIROGA QUIROGA, confesó en el interrogatorio de parte rendido ante la juez de primera instancia, que inició su relación con el causante en septiembre de 1989 y que estuvo vigente hasta el año 2006 cuando su compañero fue intoxicado por escopolamina, y su hijo Jorge Rodríguez Duarte se lo llevó a vivir a su casa, y no le permitieron volver a verlo. Lo anterior, aunado a los demás medios de prueba aportados al proceso, permite colegir que, aunque hizo vida marital con el causante, terminó, por lo menos, un año antes de su fallecimiento, es decir, que no se cumplió el segundo requisito legal establecido para acceder a dicha pensión.

Respecto de ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGAN, sí acreditó los requisitos ya señalados:

A folios 63 a 74 obra la sentencia proferida por el Juzgado 14 de Familia de Bogotá D.C. el 12 de abril de 2011 que declaró la Unión Marital de Hecho entre ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGÁN e ISIDRO RODRÍGUEZ DUARTE entre el 30 de abril de 2003 y el 5 de noviembre de 2008.

Obra el testimonio de ISIDRO RODRÍGUEZ DUARTE hijo del causante, quien afirmó que vive fuera del país pero que venía ocasionalmente a visitar a su padre; que cuando vino en el año 2003 vio que su padre vivía solo después de haberse separado de Carmen Cecilia Quiroga Quiroga, y que cuando volvió en el año 2004 ya vivía con la demandante Rosa María Rodríguez Barragán; que convivieron como pareja hasta el momento de su muerte en la casa de su hermano Jorge Rodríguez Duarte, y que cuando vino nuevamente en el año 2008 vio que su padre y la demandante tenían comportamientos de pareja, y que ella lo atendió hasta su muerte.

MARÍA DEL CARMEN MOLINA VDA DE LAVERDE, amiga de la demandante, afirmó que le consta que la pareja inició su convivencia en el año 2003 y se

mantuvo hasta que el causante murió, y que vivían en la casa de un hijo de éste; que le consta lo dicho porque los veía una o dos veces en el mes.

JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ DUARTE hijo del causante y quien convivió con la pareja hasta el fallecimiento de su padre, afirmó que su padre inició su relación con la demandante en el año 2002, que para el 2003 después de separarse de su anterior compañera Carmen Cecilia Quiroga, se fueron a vivir juntos y él los visitaba frecuentemente; que a partir del 2005, tanto su padre como Rosa María, trasladaron su lugar de residencia para la casa donde él vivía y que desde esa época convivieron todos hasta que su padre falleció.

Las pruebas descritas ofrecen a la Sala el convencimiento suficiente para establecer que la demandante ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGÁN acreditó los requisitos para acceder a lo pedido; está probado que convivió con el causante en calidad de compañera permanente hasta el momento de su muerte, y que esta convivencia fue superior a 5 años, y a partir del año 2003; de otra parte, la sentencia proferida por el Juzgado de Familia da certeza de la fecha y señaló como inicio de la unión marital de hecho el día 30 de abril de 2005. Por lo antes expuesto, se confirmará la sentencia apelada". (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 Mod. LEY 797 DE 2003

: ARTÍCULO 6º DE LA LEY 1204 DE 2008
: Sent. C-1035-08 de 22 de octubre de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño

FECHA : 2012-11-15
PROCESO : ORDINARIO LABORAL
PONENTE : Dra. MARÍA DEL CARMEN CHAÍN LÓPEZ
DEMANDANTE : ROSA MARÍA RODRÍGUEZ BARRAGÁN
DEMANDADO : BANCOLOMBIA S. A.
RADICACIÓN : 1312011-00705 01
DECISIÓN : CONFIRMA

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110013104051 2006 00362 07 (09-12-11) DOCUMENTO PRIVADO OTORGADO EN EL EXTERIOR – valor probatorio – Cuando no es protocolizado, su autenticidad está gobernada por las normas de procedimiento civil y penal, aunque no haya sido apostillado tiene validez en el Estado Colombiano. – **CONFESIÓN** - Es indivisible, esto es, se la debe tomar en todos sus aspectos, a menos que haya prueba en contrario de alguno de ellos. – **INTERROGATORIO DE TESTIGOS** - Práctica adecuada - Observancia del derecho a la no autoincriminación.

En relación con el argumento de la no validez del documento de Portugalete, del 27 de abril de 1997, “**DECLARACIÓN DE INTENCIONES**”, para tenerlo en cuenta en este proceso por no estar protocolizado ni apostillado, insistentemente formulado por FÁTIMA OLARRA y el abogado de parte civil, debe decirse que no se puede dejar de lado la previsión legal aplicable, en este caso el artículo 262 de la Ley 600:

“Se presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan antes de la finalización de la audiencia pública”. (Se resalta)

Esa inconformidad ha sido planteada por aspectos puramente formales, el *protocolizado y apostillado*, mientras que la ley admite sólo los motivos sustanciales: *con los hechos o las cosas que expresan*. Sobre el contenido de esta “**DECLARACIÓN DE INTENCIONES**” no han manifestado desacuerdo los herederos, por lo tanto se presume auténtico.

El aspecto formal del documento privado queda regulado por el Código Procedimiento Civil, Num. 5 Inc. 3. Art. 252, aplicable por el principio de remisión (artículo 23 Ley 600) en las materias que no se hallen expresamente reguladas en el procedimiento penal, que dice:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

La protocolización en nuestro medio significa la incorporación en una escritura pública de un documento, público o privado, y se aplica en unos casos por mandato de la ley, en otros por voluntad de las partes para darle autenticidad, publicidad y oponibilidad. Pero cuando el documento privado no es protocolizado, su autenticidad está gobernada por las normas de procedimiento civil y penal atrás citadas.

De otro lado, lo más importante del argumento que ataca la admisibilidad de esta **DECLARACIÓN DE INTENCIONES** es que pretende separar la verdad en dos esferas: una sería la verdad para los integrantes de la familia OLARRA, y otra diferente para MÁRQUEZ, SALAZAR y las autoridades extranjeras o colombianas. Sin

embargo, la verdad no puede ser sino una sola, independientemente de que la conozcan sólo en el círculo privado o que se haga pública. No tratándose de derechos personalísimos o sometidos a privilegio legal, es ajustado a derecho tener como verdad para el proceso el contenido del documento cuestionado.

Por lo demás, no es necesario que un documento haya sido apostillado para que tenga aplicabilidad en el Estado Colombiano. Un documento privado comporta aspectos oficiales cuando se le hacen anotaciones oficiales de autenticidad mediante el apostillado, el que significa dar fe pública de que quienes lo suscriben son quienes se dice que son. La Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1996, integrada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 455 de 1998, regula el apostillado para documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante. En relación con esta convención la Corte Constitucional dijo en sentencia C-164/99:

“Suprimir ese trámite, sin duda permite la realización de principios esenciales para la buena marcha de las relaciones entre los países y los particulares, y en general para la eficacia de los proyectos de cooperación entre los países contratantes y los particulares oriundos de los mismos, a tiempo que viabiliza la eficacia, economía y celeridad que el mundo moderno exige en las relaciones económicas, políticas, financieras y comerciales, principios que nuestro ordenamiento superior consagra como rectores de la administración pública.

“En esa perspectiva, las decisiones de la Convención cuya constitucionalidad se examina, a las que pretende adherir el Estado colombiano, en nada contrarían nuestro ordenamiento superior y al contrario generan un espacio en el que la cooperación internacional, tanto en el ámbito público como en el privado, encuentran escenarios cada vez más flexibles y propicios para el intercambio y la integración, lo cual también permite concretar el mandato constitucional que contiene el artículo 226, que establece que el Estado colombiano promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.” (Se resaltó).

En conclusión, no es admisible el argumento de que la *DECLARACIÓN DE INTENCIONES* no tiene validez en Colombia o en este proceso, y por el contrario, al no haber sido cuestionado el contenido ni haberse violado norma alguna del debido proceso probatorio, se tiene por verdadero y vinculante para los sujetos procesales que lo produjeron.

(...)

9.3.1.6. SOBRE LA AUSENCIA DE PRUEBA ESCRITA y LA CONFESIÓN.

Sobre este tópico, se hace aplicable el concepto de *principio de prueba por escrito* regulado por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 232, a falta de regulación expresa en el procedimiento penal: ...

En el presente caso, dentro de las prácticas usuales del comercio, debería haber existido prueba escrita de la titularidad de OLARRA sobre sus cuotas sociales en Promotora Industrial Márquez & Cía. SCA, en HENASA, en Laminados Bogotá Ltda., y en Inmobiliaria Pereira Ltda.

La calidad de las partes es la que en este caso explica que hayan decidido omitir, parcialmente, el otorgamiento de los documentos correspondientes a sus negocios; la calidad de LUIS OLARRA U. era la de una persona avezada en los negocios internacionales y locales, extranjero en Colombia que terminó por conocer y confiar profundamente en el también comerciante extranjero MÁRQUEZ la representación de su patrimonio en Colombia. Como ello no es ilegal, queda sujeto a su libre arbitrio cómo respaldarlo para efectos entre ellos y ante terceros. En la primera negociación importante, la transformación de Zolaeche en Promotora Industrial, además de la escritura pública “en confianza” como se suele llamar, suscribieron una escritura privada, un poder por el que OLARRA podía disponer ampliamente de la nueva sociedad. Si durante más de diez años siguen desarrollando industrias, no se puede sino deducir que esa confianza se fortalecía, y por ello es comprensible que se haya llegado al documento “Contrato de Compraventa”. Pero como este negocio jurídico en sí mismo no se ajusta a las solemnidades de ley, quedó vigente para las relaciones entre sus signatarios únicamente, porque sólo ellos conocían y confiaban en sus propias calidades personales.

No hay prueba *ad substantiam actus ni ad probationem* sobre el negocio realizado, por lo cual el dicho de MÁRQUEZ, quien es persona capaz de obligarse, versa sobre derechos disponibles por él y sobre hechos personales que le perjudican, ante funcionario judicial, adquiere la calidad de confesión como medio probatorio de plena validez para los efectos civiles y comerciales y se le deben aplicar las reglas propias de esa institución en su plenitud.

Una de las características de la confesión es la de ser indivisible, esto es, que se la debe tomar en todos sus aspectos, a menos que haya prueba en contrario de alguno de esos aspectos. El estatuto procesal general prescribe:

“Art. 200: Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte.

La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba en contrario. ...”

Por lo tanto, lo confesado por MÁRQUEZ se debe apreciar con un valor de credibilidad suficiente en la medida en que sus contrapartes no demuestren que es falso en algún sentido o aspecto.

Resulta fortalecida esta inferencia de credibilidad por hechos indicadores y elementos materiales de prueba: ...

Las afirmaciones de MÁRQUEZ sobre el origen del contrato de compraventa de acciones; la modificación de su primera forma de pago; su pago parcial efectivo; la modificación de la forma de pago acordada debido a los problemas generales de la economía que lo hacían impagable en la segunda forma acordada; el que la modificación fue acordada de modo que él conservara la operación industrial o comercial y OLARRA se quedara con los inmuebles determinados como un lote de dos hectáreas y cinco bodegas, una destinada a gastos; el encuentro de Bilbao donde OLARRA le señala que el acuerdo se continúe pero en cabeza de LUIS hijo, son todos hechos confesados por MÁRQUEZ que modifican, aclaran y explican el principal hecho confesado, la existencia de la deuda como obligación natural y la voluntad de pago del deudor. Ninguno de ellos ha sido desvirtuado, sino por el contrario confirmado, en la larga relación de la evidencia recolectada en este proceso. No habiendo prueba en contrario, se tiene esta confesión como verdadera y creíble.

9.3.2. DEL FALSO TESTIMONIO:

El artículo 442 de la Ley 599 de 2000, establece este tipo penal, así: ...

Analizando la descripción de este tipo, la conducta de faltar a la verdad o callarla total o parcialmente está condicionada a que se realice en las circunstancias específicamente señaladas en los elementos normativos previstos en la disposición legal: “**en actuación judicial o administrativa**”, es decir dentro del marco de un proceso donde se profieren decisiones a través de las cuales se resuelvan conflictos interpersonales; “**bajo la gravedad del juramento**” o promesa de verdad y “**ante autoridad competente**” que según la jurisprudencia “*no es propiamente la que resuelve sobre la calificación y fallo del delito, sino cualquier funcionario que en virtud de disposición legal esté facultado para recibir declaración, dictamen o versión bajo juramento*”.¹²

JOSÉ MÁRQUEZ está acusado y condenado en primera instancia por el presunto falso testimonio (2.2.) rendido en declaración del 26 de agosto de 2003 (f. 44 c. 1). Se hace un examen desde el comienzo mismo de su intervención atribuida de falsaria, como se ha propuesto por los diferentes sujetos procesales.

1) OBSERVANCIA DE LAS NORMAS DE INTERROGATORIO DE TESTIGOS.

La forma de un interrogatorio a testigos está sometida a regulaciones de orden constitucional, legal y lógico, es decir, no está librada al arbitrio incontrolado del funcionario o interrogador autorizado. La norma de procedimiento penal de Ley 600 es escasa en su descripción, por lo cual el funcionario y el abogado que pregunta debieron remitirse al procedimiento civil para cumplir su deber de lealtad al realizar y controlar que el interrogatorio fuera legal y correcto. Dice la Ley 600 de 2000:

“ARTÍCULO 274. Prohibición.

El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.”

El fiscal en el ordenamiento de Ley 600 tenían características de juez; debe entenderse que si al juez le estaba prohibido formular preguntas capciosas, también le estaba ordenado impedir que otros interrogadores bajo su dirección las hicieran. Pregunta capciosa es la que en su formulación lleva implícita la aceptación de algo que el interrogado no ha aceptado. El Código de Procedimiento Civil, señala:

“ARTÍCULO 207. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO DE PARTE.

... Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero. Las preguntas podrán ser o no asertivas.”

“ARTÍCULO 226. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO.

... Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa; si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria....”

Las formas de interrogar adecuadamente no son –como algunos afirman- novedad del sistema acusatorio en el derecho procesal colombiano; han estado siempre presentes, han sido comentadas con suficiencia por la jurisprudencia y la doctrina,¹³ y son desarrollo de los giros contenidos en estos artículos del procedimiento civil y de la lógica de la argumentación jurídica enmarcada en el respeto a las garantías fundamentales.

Por ello debe ser reprimida la irregularidad que se observa en este proceso en la forma de practicar este testimonio:
- Al describir la evidencia testimonial (2.2.1. y 2.2.2.) se dejó registrado que hubo preguntas compuestas, confusas y capciosas. A la pregunta compuesta, si entre el testigo y OLARRA se celebró un negocio sobre las empresas Laminados Bogotá y Herramientas Nacionales y si se plasmó en escrito, cuando el testigo responde “No”, no se puede saber cuál fue el verdadero sentido de su respuesta, pues pudo negar válidamente la segunda parte de la pregunta (es lo que normalmente sucede porque es lo más reciente en la mente del interrogado), o pudo negar la primera parte, o ambas; parece contrario a la realidad negar la primera parte, aunque también podría entenderse que la negó porque era un negocio imposible, (comprar lo propio) como quedó descrito atrás. El Fiscal debió impedir la pregunta por ser *compuesta*.

-La siguiente pregunta es capciosa porque da por aceptado lo que el testigo acaba de negar: si el testigo dijo que no había celebrado negocio sobre esas empresas, (si eso fue lo que negó), no podía la siguiente pregunta asumir que lo aceptó. Tendría que haber aclarado primero ese punto para luego preguntarle sobre desarrollos posteriores, como cuánto fue el precio, cómo acordaron el pago, etc. La pregunta debió impedirse por el Fiscal.

A la siguiente pregunta, si pagó después de 1989 y antes de 1994 más de \$4'500.000, con toda razón respondió el testigo que No. Examíñese con cuidado la pregunta: después de 1989 y antes de 1994, reduce el rango a entre 1990 y 1993, para haber pagado más de esa suma. Pero en innumerables ocasiones, y finalmente en el contrato de Transacción, se ha reconocido por ambas partes que pagó menos, sólo \$4'447.000. Por lo tanto la respuesta “NO” es correcta y verdadera, aún sin tener en cuenta que parte de ese dinero lo pagó en 1989, luego fue menos aún lo que pagó a partir de 1990.

En momentos posteriores del proceso se confunden aún más porque hablan de más de cuatro millones, en la misma diligencia cambian el rango, etc. Pero sobra entrar en detalles cuando se ha determinado la enorme debilidad del acto original. Esta clase de imprecisiones han inducido a confusión, no sólo del testigo, sino del fiscal, de los abogados y del juez, y reflejan un gran desgane en el ejercicio de su función.

Las transcritas normas que reglan el testimonio han sido patentemente desconocidas en la prueba practicada, por el interrogador y por el fiscal, y ya por ello tendría que ser desechada como base para tomar una decisión judicial.

(...)

2) VIOLACIÓN AL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.

¹² Casación, marzo 10 1948 G.J.,t LXV, pag 99. Sentencia de Casación. Radicado 9775 del 5 de diciembre de 1996.

¹³ Cfr. Por ejemplo, Romero Soto, Julio, y Romero Álvarez, Rocío, TÉCNICA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN PENAL E INTERROGATORIO. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997; Londoño Jiménez, Hernando, CONFESIONES DE UN PENALISTA. Temis, Bogotá, 1979.

Pese a las anteriores violaciones, de mayor y definitiva trascendencia es la vulneración de elementales garantías procesales que se observa en la práctica de esta prueba. Se hace necesario recordar ciertas normas fundamentales aplicables:

C. Pol. Art 33. Inmunidad penal.

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ...”

Esta norma en su forma literal y escueta es motivo de necesaria interpretación porque de acuerdo con los instrumentos internacionales y con la misma tradición colombiana, esa limitación sólo se entendía aplicable a los testimonios rendidos en asuntos penales, contravencionales y disciplinarios, es decir, en las actuaciones de derecho sancionatorio; así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de octubre de 1991, exp. 2328, en los albores mismos de la vigencia de la Carta vigente, y por lo tanto le era aplicable al caso presente.

Su tenor literal lo hacía aplicable en todas las áreas de la jurisdicción, pero no fue esa la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional sino desde la sentencia C-422/02, reiterada en C-102/05.

Si este tema era claro bajo la anterior Constitución, y bajo la actual fue interpretado tan tempranamente, es incomprensible que funcionarios judiciales del rango de los que han fungido en este proceso no se hayan percatado de la necesidad de hacerlo efectivo frente al testimonio cuestionado.

La norma legal repite esa garantía procesal fundamental y la enmarca en la forma como han de cumplirse los procedimientos:

CPP Ley 600 art. 266. Deber de rendir testimonio.

Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. ...

Art. 267. Excepción al deber de declarar.

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...

El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio.

Art. 276. Práctica del interrogatorio.

La recepción del testimonio se ajustará a las siguientes reglas:

1) Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar. ...

El procesado estaba rindiendo un testimonio en una actuación penal; le fue tomado el juramento, lo cual implica una cominación, sometimiento y obligación de decir la verdad, y se entiende que debió serle advertido que en las afirmaciones que pudieran resultar comprometedoras para su responsabilidad penal podía guardar silencio; pero en todo caso, al escuchárselle una respuesta diferente a la evidencia disponible, como parecía suceder, era deber del fiscal levantarle el juramento, advertirle que esa respuesta podría implicarle responsabilidad penal, y volverle a formular la pregunta sin la cominación de juramento de decir la verdad.

Por la forma como se realizó la prueba, quedó convertida en una indagatoria bajo juramento, sin acompañamiento de defensor, contrasentido inadmisible en toda práctica procesal penal.

La rutina de levantar el juramento dentro de los testimonios, en los segmentos que adquieren esa característica, así como la de imponer el juramento dentro de una indagatoria cuando el indagado afirma imputaciones penales a otras personas, si bien hoy en día no están detalladamente descritas en las normas penales vigentes, son muy conocidas y practicadas en todos los despachos judiciales, incluso en cualquier inspección de policía o alcaldía, y traducen correctamente el mandato constitucional y legal transrito. Por esa razón encuentra esta Sala sorpresivo que al alto nivel al que se tramitó el sumario, y la causa, no fuera señalada esta grave irregularidad.

Véase cómo en el procedimiento civil está previsto expresamente:

“ARTÍCULO 207. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO DE PARTE.

... Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal, se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.”

Es bien sabido que el procedimiento penal se remite al procedimiento civil en lo que no tenga expresamente regulado, de modo que esta norma es de directa aplicación; pero con el garantismo que preside la actuación penal, bastaba con la sola actitud de protección del derecho fundamental al debido proceso para que el Fiscal 76 seccional pudiera deducir que el interrogatorio que formulaba la parte civil se apartaba de la ley.

Se impone la exclusión de esta prueba del proceso, por ilicitud rampante que no puede llevar sino a la aplicación del artículo 29 superior, inciso final:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

En consecuencia, la acusación y condena en primera instancia a JOSÉ MÁRQUEZ será revocada por basarse en prueba ilícita, además de ilegal y violatoria de las formalidades del testimonio.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110016000055 2011 00199 01 (03-12-12) POSTULACIÓN PROBATORIA - Aunque el juez no debe exigir demasiada argumentación a la defensa, la postulación probatoria debe ser suficientemente sustentada ante el juzgador.

“6.1) Los jueces de conocimiento no pueden exigir a la defensa una extensa y farragosa elucubración jurídica para demostrar la importancia y utilidad de las solicitudes probatorias que postula, pues al hacerlo, la obligaría a presentar una teoría del caso que la ley no le impone; además, estaría requiriendo juicios hipotéticos sobre el desarrollo de un debate probatorio que no ha empezado.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que el sujeto procesal quede relevado de exponer, aunque sea genéricamente, argumentos fácticos y jurídicos para demostrar que la prueba peticionada resulta necesaria y útil para esclarecer los hechos materia de acusación o que por lo menos va a tener algún punto de pertinencia importante con los mismos, pues

precisamente con fundamento en esas manifestaciones se busca, a través del juez de conocimiento, depurar la audiencia de juicio oral de debates probatorios injustificados, repetitivos, confusos o dilatorios y permitir a la contraparte postular los argumentos de contradicción que considere pertinentes para evitar que la solicitud probatoria propuesta sea despachada favorablemente.

“En ese orden, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conductencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y, consecuentemente, el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera.

Recuérdese que el sistema procesal penal nacional, de tendencia acusatoria, se caracteriza por su naturaleza adversarial, conforme a la cual cada parte ostenta potestad investigativa individual para demostrar, con sus propios medios de prueba, la teoría del caso adoptada. En tal sentido, la postulación probatoria constituye una actividad rogada, en cuya ejecución las partes deben otorgar elementos de juicio al juzgador que evidencien la conductencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción frente a los hechos o circunstancias de la conducta punible, a la responsabilidad penal del acusado y a la teoría del caso.”¹⁴

6.2) De acuerdo con los argumentos que vienen de exponerse, se concluye que el defensor técnico, estando obligado a hacerlo, no logró transmitir con claridad la importancia y relación concreta que tendría un genérico estudio sicológico consistente en el comportamiento sexual de los adolescentes latinoamericanos y colombianos con los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación fiscal; no disertó de manera convincente sobre su pertinencia y admisibilidad y mucho menos demostró por qué resultaba verdaderamente útil y necesario presentarlo en la audiencia de juicio oral, de tal suerte que ante tal ausencia de carga argumentativa suficiente, no se podía esperar la aceptación de esa postulación probatoria ambigua e indeterminada, con la que no se explicó ni siquiera un punto de pertinencia en relación con alguno de los aspectos principales del debate, ni tampoco el por qué, de cara los artículos 11 y 32 de la Ley 599 de 2000, un estudio sicológico de carácter genérico tenía la potencialidad de demostrar la ausencia de lesividad de la conducta punible enrostrada a la acusada.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2012, radicado 38382, MP. María del Rosario González Muñoz.