



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 11 DE 30 DE JUNIO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. 1

1.1 Sala Civil

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en determinar si ante las desavenencias en el uso de los bienes objeto de la copropiedad, la intervención judicial en la designación del administrador de éstos debe ser precedida necesariamente de intento fallido por los comuneros en junta convocada para ello.

PROVOCADO EL NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR POR LAS DESAVENENCIAS DE LOS COPROPIETARIOS RESPECTO DEL USO DE LOS BIENES, EL PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ, RADICA EN LA NO DESIGNACIÓN POR AQUELLOS GENERADO YA POR NO REALIZAR LA JUNTA, O POR FALTA DE QUÓRUM DECISORIO DE LA MISMA, COMO REFLEJO DE LAS DISCREPANCIAS ENTRE ELLOS, PERO NO LA REALIZACIÓN DE LA JUNTA CON TAL FIN.

O

LA DESCRIPCIÓN NORMATIVA PRECEDENTE NO DEJA VER UN IMPERATIVO DEL CUAL PUEDA INFERIRSE, COMO PRESUPUESTO PREVIO A LA ACTUACIÓN JUDICIAL, LA REALIZACIÓN DE JUNTA DE COMUNEROS PARA LA DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR. LO QUE SE ADVIERTE ES QUE DESARROLLA EL NORMAL DESENVOLVIMIENTO DE LAS RELACIONES, EN CUANTO CONSAGRA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD – DESIGNAR O NO EL ADMINISTRADOR- Y, PREVÉ LA SOLUCIÓN PARA EL EVENTO DE NO EJERCERLA. (...)

a) Antecedentes

Bajo el supuesto de desacuerdo y prevalida de su calidad de copropietaria del apartamento 601, los garajes 17 a 21 y el depósito 2 que hacen parte del Conjunto Residencial Rosales Reservado Etapas I, II, III y IV Torres 1, 2,3 y 4 ubicado en la Cra 2 No. 76 A 02 de esta ciudad, ocupados por el también condueño Andrés de Jesús Duque Peláez, pretende la demandante la designación judicial de administrador, en la forma regulada por la ley 95 de 1890 y el art. 486 del C.P.C.

Como supuesto factico, en síntesis, refiere que con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal le fue adjudicado junto con el demandado, en común y proindiviso, los bienes referidos, razón por la cual "con el ánimo de resolver la comunidad existente" acordaron, mediante acta de conciliación 0239 suscrita el 12/05/2010, su venta con opción de compra primero para el cónyuge, y luego para ella o un tercero. Que ante el no ejercicio de aquel, le informó su decisión de ejercer la suya, quien no compareció a otorgar la escritura de venta, "ni se ha logrado un acuerdo para la designación de un administrador de los bienes ", ni ha permitido su explotación económica, venderlos o arrendarlos.

El convocado se opuso bajo el supuesto de (i)falta de legitimación en la actora por ausencia de desavenencias para el uso y goce de los bienes comunes; consentimiento de aquella para el uso y goce de los bienes por parte del

demandado; pago de las obligaciones económicas acordadas en la conciliación; falta de requerimiento , citación a junta y no realización de esta con el fin de designar administrador .(ii) Incumplimiento de la demandante para el ejercicio de la opción de compra por haberla realizado el 31 de agosto de 2010 y no a partir del 1 de septiembre y ofrecer un precio inferior al mínimo pactado. (iii) Uso legítimo del bien; y, (iv) No cumplimiento de la condición para *desalojarlo*, señalando como tal la de residir en los inmuebles "hasta que se adelantara la venta de los mismos".

La Sentencia apelada

La a quo, historió la demanda y su contestación, determinó la legitimación en la causa la que conforme el art. 486 del CPC derivó de la calidad de copropietarios. Luego con fundamento en lo dispuesto por los arts. 16 a 20 de la Ley 95 de 1890 y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estableció la posibilidad de acudir a la jurisdicción ya por desavenencias en el manejo y uso de los bienes o por indebida designación de administrador ; ubicó la controversia en las primeras, las que infirió del actuar de las partes con relación a lo acordado en la conciliación, cuyo incumplimiento consideró ajeno al trámite incoado y no impeditivo de este; y, accedió a las pretensiones de la demanda, con la consecuente condena en costas, en orden a lo cual fijó como agencias en derecho la suma de \$82'500.000,00.

El Recurso

El apelante sustenta el recurso con similares argumentos a los expuestos en primera instancia, tales la improcedencia de la acción por ausencia de los presupuestos consagrados por los arts.16 a 18 de la Ley 95 de 1890, referidos a falta de desavenencias ente los condueños, de reunión de junta e imposibilidad de designar en esta el administrador.

Sostiene que la sentencia es incongruente y violatoria del derecho al debido proceso, además de desconocer lo dispuesto en la ley y los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura respecto de la condena en costas, cuyas agencias en derecho tilda de desproporcionada advertido que la demanda no contiene pretensión económica.

Indica que el a quo aplicó exclusivamente el art. 486 del CPC y omitió dar aplicación a la ley 95 de 1890, en cuanto designó administrador sin advertir que la demandante no se encontraba legalmente facultada para hacer esa solicitud por no estructurarse los supuestos consagrados por los arts. 16 a 18 de la precitada ley, especialmente porque no hubo desavenencias sobre el uso y goce del bien, ni intento de designación de administrador por la junta de comuneros.

Critica especialmente la valoración que hizo respecto del acta de conciliación de mayo 12 de 2010, para establecer de allí las desavenencias al asimilarlas con las originadas por el ejercicio de la opción de compra.

c) Consideraciones

Cuando la titularidad del derecho de propiedad sobre un único bien corresponde a más de un sujeto, el ejercicio de aquel y las correlativas obligaciones, compete a todos en proporción a la cuota parte que a cada uno atañe; en orden a lo cual, en principio las facultades de uso, goce y disposición material del objeto pueden ser realizadas, de común acuerdo, por todos, por uno o por varios de ellos.

En caso contrario, es decir, “si los comuneros no se avinieren en cuanto al uso de las cosas comunes”¹ tal gestión debe ser asumida por un administrador designado por aquellos “en junta general...”² que habrá “cuando concurra un número que represente más de la mitad de todos los derechos”³, los que decidirán “... por mayoría absoluta de votos...”⁴. De tal manera que si no lo escogen, prevé el legislador la designación judicial mediante el trámite previsto por el art. 486 del C.P.C., conforme al cual el nombramiento lo hará por “mayoría de votos”⁵, en presencia del juez, “cualquier número de comuneros que concurra”⁶ a la convocatoria realizada por el funcionario por petición de cualquiera de aquellos, y, “si no se reúne la mayoría necesaria”⁷, corresponde la designación al “mismo juez”⁸.

La descripción normativa precedente no deja ver un imperativo del cual pueda inferirse, como presupuesto previo a la actuación judicial, la realización de junta de comuneros para la designación de administrador. Lo que se advierte es que desarrolla el normal desenvolvimiento de las relaciones, en cuanto consagra el ejercicio de una facultad – designar o no el administrador – y, prevé la solución para el evento de no ejercerla.

Es que resultaría inútil el trámite judicial con el presupuesto previo referido por el demandado, por ejemplo, en copropiedades como la de los litigantes en las que por razón de la igualdad de derechos, en contradicción los condóminos, existiría imposibilidad de realizar la junta general con la concurrencia de un número que represente más de la mitad de todos los derechos, lo que impediría la gestión necesaria para el ejercicio, situación a todas luces contraria al ordenamiento, conforme al cual el derecho de propiedad, como función social, comporta para sus titulares el deber de explotación en beneficio propio y por reflejo, en el de la sociedad en general –art. 58 CN y 669 CC-. Por consiguiente, puede afirmarse que provocado el nombramiento del administrador por las desavenencias de los copropietarios respecto del uso de los bienes, el presupuesto necesario para la intervención del juez, radica en la no designación por aquellos, generado ya por no realización de la junta, o por falta de quórum decisorio, como reflejo de las discrepancias entre ellos, pero no la realización de junta con tal fin.

Ante la insistencia de los argumentos y, sin reparo concreto frente al análisis del a quo con excepción de la valoración probatoria del contenido del acta de conciliación, se precisa que son asuntos ajenos a esta litis, los referentes a las vicisitudes que precedieron a la fuente de la actual copropiedad como las capitulaciones y la adquisición conjunta de los bienes durante el matrimonio. El debate se centra en la facultad de uno de los copropietarios para exigir del otro, la designación de administrador para los bienes comunes, por razón de los desacuerdos entre ellos con relación al uso de los bienes.

Tampoco, corresponde ahora pronunciamiento sobre el cuestionamiento a la fijación de agencias en derecho, como que tal aspecto debe ser definido en la forma y términos que establece el art. 393 del C.P.C.

Así, realizado el análisis normativo y probatorio con referencia a las manifestaciones del apelante, bien pronto aparece la legitimidad de la decisión por lo que habrá de confirmarse. Son razones las siguientes:

1 Art. 16 Ley 95 de 1890

2 Art. 17 Ley 95 de 1890

3 Art. 17 Ley 95 de 1890

4 Art. 17 Ley 95 de 1890

5 Art. 486 C.P.C.

6 Art. 18 Ley 95 de 1890

7 Núm. 6 art. 486 CPC.

8 Art. 18 Ley 95 de 1890

a. Ningún reparo resiste la consideración del a quo respecto de la in trascendencia, para el caso, del agotamiento previo de realización de junta de comuneros y desacuerdo entre estos para designar administrador, dado que la discrepancia, como ya se señaló, radica en el uso y goce material de los bienes, el que ante el desacuerdo de los copropietarios, requiere de la dirección de una persona distinta a los titulares que gestione los intereses comunes, la que desde luego, por razón del desacuerdo debe ser designada por el juez.

b. No existe discusión sobre la calidad de copropietarios que ostentan las partes. De ello da cuenta la E.P. 03797 de 18/12/2008 y los folios de matrícula 50C-1681128/1047/1048/1049/1050/1056/10469.

c. En el sub-lite la defensa gravita sobre la inexistencia de desacuerdo, razón por la cual le competía, entonces demostrar el acuerdo sobre el uso, goce y disposición material de los bienes, carga que no cumplió como que lo trae de lo estipulado en la conciliación, acto que no evidencia tales aspectos en la forma que refiere el demandado quien aduce consentimiento de la demandante para el uso y goce de los bienes hasta que se adelantara la venta de los mismos.

Nótese que la finalidad de que da cuenta el acta 023910 se contrajo a obligaciones y deberes de los padres en relación con las hijas, atinentes a alimentos, su custodia, régimen de visitas, etc. y, si bien establecieron, adicionalmente, pagos mensuales para la manutención con referencia a ingresos por arrendamiento de inmuebles, no lo fueron por los descritos en la demanda sino por el local 101 del Edificio Zona Franca – estipulación 6.411-, e igualmente delimitaron la forma de pagar los alimentos uno y otro padre para antes y después de la venta del apartamento 601, los garajes y el depósito.

Tampoco emerge de lo consignado en el acápite "RELACIONES ENTRE LAS PARTES" sobre la residencia separada para ese momento y con posterioridad al divorcio, dado que allí solo dejaron consignado cual era la actual de cada uno.

Son las mismas partes las que dan cuenta de sus múltiples desacuerdos, y entre ellos sobre el uso de los inmuebles. Conforme a los interrogatorios¹², la demandante reitera que el demandado, ni vende, ni compra, ni arrienda y, según éste cuestiona desde el acto de disolución y liquidación de la sociedad conyugal hasta la conciliación, lo que riñe con su aceptación de no haber ejercido la opción de compra por razones distintas, como la falta de dinero y, los compromisos laborales posteriores que le impidieron otorgar la escritura para la cual fue citado con ocasión de la opción ejercida por la actora.

En síntesis, como lo sostuvo el juez de primera instancia, analizado en contexto y conjuntamente el actuar de los copropietarios con relación al uso de los bienes, son evidentes los desacuerdos entre éstos como que para la demandante el bien debe ser vendido, comprado o arrendado y, para el demandado el uso le corresponde únicamente y por ende con derecho a ocuparlo hasta tanto se venda, "condición" que no se extracta de la conciliación invocada.

CONCLUSIÓN:

9 Fols. 23 y 64 a 79 cuad. 1

10 Fol. 80 cuad. 1

11 Fol. 84 cuad. 1

12 Fols. 303 y 323 cuad. 1

Fue acreditada la copropiedad entre las partes y el desacuerdo sobre el uso de los bienes; y, no fue demostrado el nombramiento por la comunidad del administrador. Por consiguiente, legítima resulta la pretensión de la copropietaria para que el juez los convoque con tal fin, o en su defecto haga tal designación. En consecuencia, como ya se anunció, la decisión del a quo debe ser confirmada con la consiguiente condena en costas para el apelante, en la forma que determina el art. 392 del C.P.C. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 392, 393 y 486 del C.P.C.
	: ARTÍCULOS 16 a 20 de la LEY 95 DE 1890
	: ARTÍCULOS 665, 669, 1869, 2322 a 2340 C.C.
	: ARTÍCULO 58 C.P.
FECHA	: 2013-04-04
PROCESO	: DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dra. HILDA GONZÁLEZ NEIRA
DEMANDANTE	: LESLIE MERCEDES STIPEK ÁLVAREZ
DEMANDADO	: ANDRÉS DE JESÚS DUQUE PELÁEZ
RADICACIÓN	: 11001 31 03 037 2011-00088-01
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

Sala Penal

1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. BOBADILLA MORENO JESÚS ÁNGEL Rad. 110016500181201100503 01 (07-05-13) DESISTIMIENTO DE PRUEBAS DECRETADAS – Procedibilidad – Solo excepcionalmente puede afectar garantías defensivas de la contraparte –Prueba desistida por una parte puede ser pedida por la otra cumpliéndose los requisitos relativos a las pruebas sobrevinientes / NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA – Por indebida concreción y fundamentación del defensor técnico al efectuar la postulación probatoria – Papel del juez ante falencias en el ejercicio de la defensa técnica.

“6.1.- El punto central alrededor del cual gira el problema jurídico a resolver es si, en desarrollo del juicio oral y ante petición de la defensa, puede ordenarse la práctica de una prueba testimonial desistida por la fiscalía y sobre la que el peticionario no había efectuado postulación probatoria.

6.2.- La resolución del problema jurídico así planteado, pasa por determinar si en el sistema procesal rituado conforme lo regula la Ley 906 de 2004, es procedente o no, que alguna de las partes desista o renuncie a una o varias de las pruebas de aquellas que ya se le habían decretado.

6.3.- Para el efecto es importante destacar que el aludido sistema procesal se encuentra soportado en la separación de funciones de los actores que intervienen en el proceso penal, en donde uno de los aspectos relevantes es que el juez, en materia probatoria, ostenta limitadas facultades (por ejemplo, efectuar preguntas complementarias a los testigos que ofrecen las partes) pero nunca podrá intervenir efectuando postulaciones probatorias.¹³

6.4.- Lo anterior por cuanto *“la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de*

¹³ Artículo 361 C.P.P.

eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden constitucional y legal. De esta manera, no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda oficiosa de aquella (...). 14

6.5.- De tal suerte que si el sistema procesal colombiano vigente se encuentra fundado en la aludida separación de funciones, de allí se deriva igualmente, que en materia probatoria las partes asumen sus propias responsabilidades para cumplir con el rol que desempeñan dentro del proceso penal.

Es decir, son ellas las que determinan con cuáles medios de conocimiento prueban la teoría del caso que han diseñado y cuándo pueden desistir de los mismos por las razones que ellos mismos consideren convenientes para el éxito de sus pretensiones.

Por lo mismo, de lo dicho también ha de concluirse que una autónoma determinación como la señalada, no tiene, en principio, por qué afectar los derechos de la contraparte, ni comporta una infracción al deber de actuar con transparencia y objetividad, conforme lo exige el artículo 115 del C.P.P., citado por el apelante, como sustento de su pretensión.

La aludida objetividad y transparencia se satisface con la obligación que tiene de descubrirle a la defensa *“todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”*. 15

De allí que si, a modo de ejemplo, la fiscalía descubre una prueba que beneficia al acusado, no está obligada a solicitarla ella, y corresponderá a la defensa, si evidentemente la misma le reporta utilidad a sus intereses, pedirla como propia.

(...)

Ahora, si la prueba le reporta utilidad a las dos partes, lo aconsejable es que la pidan juntas, como se verá adelante.

6.6.- Tal entendimiento (facultad para renunciar o desistir de las pruebas) lo ha consignado el órgano de cierre en materia penal, en los siguientes términos:

“Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aún respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir de explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte).

(...)

14 Sentencia C-396 de 2007 de la Corte Constitucional.

15 Artículo 15 del C.P.P.

*Sin embargo, el asunto es determinar si de cara a la sentencia, la decisión que se adopta en esas precisas circunstancias es ilegal o no lo es. La Sala responde que el desistimiento de una prueba por uno de los sujetos procesales **no lesiona garantías defensivas de la contraparte***¹⁶.

A similar conclusión llegó el órgano de cierre en materia penal en el primer precedente de esa Corporación referenciado en esta providencia:

“De esa manera, si la Fiscalía finalmente renunció al testimonio en mención, o mejor, desistió del mismo cuando no fue posible hacer comparecer al atestante, como parece insinuarlo el recurrente en su escrito, ello no puede estimarse como perjudicial a su teoría del caso, ni mucho menos vulneratorio del derecho de defensa”.

Sin embargo, es necesario precisar que excepcionalmente un desistimiento de prueba sí puede ocasionar afectación de garantías a la parte que no la reclamó. Así lo concluyó otra Sala de esta Corporación, en un asunto en el cual la fiscalía desistió de una prueba pericial, cuyo resultado le favorecía al acusado, pero que no conocía la defensa en la oportunidad en que fue pedida¹⁷. Dicha particularidad de ese asunto dista mucho del que aquí se examina.

6.7.- Resuelto afirmativamente el interrogante formulado, es decir, que sí puede una parte desistir o renunciar a una prueba que había sido ya ordenada, sin que ello deba afectar, per se, a su adversario, ha de precisarse que en el caso concreto, la defensa no podía cuestionar aquella determinación autónoma de la fiscalía de desistir de la práctica de prueba testimonial de Hernando José Hernández Centeno.

Y, si ello es así, mal podía el censor, como lo hace al sustentar los recursos formulados, en insistir en que se practicara la prueba para que la fiscalía *“haga el interrogatorio directo”*, pues ni la juez de conocimiento, ni el defensor pueden obligar a la fiscalía a que interroge al testigo, sobre el que esta parte expresó que renunciaba a llamarlo a juicio.

6.8.- Así las cosas, para la Sala está absolutamente claro que lo acontecido en la última sesión del juicio oral, fue una solicitud probatoria de la defensa, la que en esos términos fue resuelta por la juez a quo.

6.9.- Precisado lo anterior, para el Tribunal es incuestionable que, dada la fase en que se encuentra la actuación, lo reclamado por el defensor no es otra cosa que una prueba sobreviniente así éste quiera darle a tal matiz la categoría de problema semántico, o que expresara, en la sustentación de los recursos, que *“retira”* tal *“palabra”*.

Nótese que en el precedente ya dos veces citado en esta decisión (radicado 34392), en un asunto, por cierto, muy similar al presente, la Corte Suprema de Justicia, concluyó que cuando la fiscalía desistía de una prueba su contraparte se encontraba facultado para pedirla como propia, Así lo dijo:

“Entonces, si estimaba que por fuera de la teoría del caso de la Fiscalía, buscada soportar con el testimonio en mención, el declarante conocía algunos hechos que favoreciesen a la defensa, bastaba a esa parte con solicitar la atestación jurada durante el juicio oral en calidad de prueba directa suya –desde luego, verificando

16 CSJ. Sala de Casación Penal, sentencia de 08/11/2007, radicado: 26411.

17 Sentencia, radicación No. 110001-6000015-2010-09635-01 M.P: Fernando León Bolaños Palacios.

su objeto específico, distinto al del ente investigador y referenciando su conducencia y pertinencia”.

6.10.- Siendo ello así, téngase en cuenta que la prueba sobreviniente, circunstancia sobre la cual la defensa edificó originalmente su petición, encuentra respaldo legal en el inciso final del artículo 344 de la ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

“Sin embargo si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

6.11.- Si bien, la norma acabada de transcribir no encuadra con exactitud en el caso presente, pues en sentido literal no se trata de que la defensa esté justificando un descubrimiento tardío, pues ya el testimonio de Hernández Centeno había sido descubierto para la actuación, por parte de la fiscalía, lo relevante sí es que la petición probatoria en juicio oral está facultada cuando se cumplan los presupuestos de la citada disposición.

6.12.- Es decir debe acreditarse por el postulante que la prueba 1) tenga el carácter de sobreviniente, como lo ha establecido la jurisprudencia, 2) resulta *“significativa”* para la teoría del caso de quien la propone y 3) que no perjudicará ni el derecho de defensa ni la integridad del juicio.

(...)

Constata entonces la Sala que no cumplió el postulante con la carga que se le exigía de determinar con precisión por qué la prueba pedida resultaba pertinente, o, en otras palabras, de qué temas concretos (no etéreos, como la materialidad o la responsabilidad) depondría el testigo aludido y por qué tales temáticas resultarían pertinentes o útiles para acreditar su teoría o desestimar la de la fiscalía.

(...)

Entre otras cosas, no está de más rememorar que en pretérita oportunidad (audiencia preparatoria) el mismo abogado que representa al acusado, de manera obstinada no quiso atender el requerimiento que le habían hecho las partes e intervinientes para que aclarara (pues allí también había sido muy ambiguo y genérico) cuáles eran los fundamentos de pertinencia y utilidad de las tres pruebas testimoniales que había pedido y a cambio optó, de forma desconcertante por cierto, por renunciar a toda la prueba pedida.

Al parecer tal determinación la tomó como consecuencia de la molestia que le causó el requerimiento respetuoso de la fiscalía, la representante de la víctima y el Ministerio Público, (al que le dio lugar la juez de conocimiento) que entre otras cosas, no pretendían algo diferente a brindarle la oportunidad para que no se quedara sin prueba, como lo dijo expresamente la segunda de las citadas.¹⁸

Pero lo relevante fue que el defensor allí sostuvo que no estaba obligado a dar su *“teoría del caso porque es una reserva que tiene la defensa,*¹⁹ infiere la Sala que ello lo dijo como explicación de por qué no accedía a aclarar su petición probatoria

¹⁸ Sesión segunda de A. Preparatoria, Audio 2, de 49 segundos hasta 6 minutos y 58 segundos

¹⁹ Sesión segunda de A. Preparatoria, Audio 2, de 16 minutos y 25 segundos hasta 22 minutos y 30 segundos.

(precisando la pertinencia y utilidad) y prefería de manera inexplicable, opina el Tribunal, renunciar a las pruebas que previamente había descubierto, enunciado y pedido.

Pues bien, considera necesario esta Corporación, precisarle a la defensa que si bien, en estricto sentido, no existe disposición alguna que la obligue a revelar, ni siquiera al inicio del juicio oral, su teoría del caso o sus estrategias de defensa, el ejercicio de tal prerrogativa, no implica que omita cumplir con las exigencias legales cuando se trata de efectuar solicitudes probatorias.

(...)

Lo expuesto hasta ahora conduciría a esta Colegiatura a impartirle confirmación al auto apelado, sin embargo no puede obviarse una particularidad en el presente asunto que exige otra solución.

Nótese que al inicio de la última sesión del juicio oral, en el momento en que el acusado registraba su presencia en el recinto, acotó *“aprovecho para pedir una prueba”*²⁰, lo que dio lugar a que la directora de la audiencia le explicara que por intermedio de su abogado le iba a permitir que elevara la solicitud anunciada, pero una vez se terminara de recaudar la prueba de la fiscalía.

Y, cuando llegó tal oportunidad, ante pregunta de la juez, el defensor precisó que la prueba que pedía era la misma a la que quería hacer alusión su representado al inicio de la sesión.

Tal circunstancia revela que la indebida concreción y fundamentación del defensor técnico al efectuar la postulación probatoria, en criterio de la Sala, puede estar afectando el derecho de defensa material que le asiste a HERNÁNDEZ ACOSTA y probablemente el de defensa técnica, del cual también es titular el citado procesado, si persiste aquel en exponer motivaciones genéricas que no ofrecen la claridad debida.

Es por ello que el Tribunal, al advertir la anotada puntual falencia en el ejercicio de la defensa técnica, no tiene opción diferente a la de acudir al remedio extremo de la nulidad con el propósito de salvaguardar las garantías que con el proceder registrado, se le han afectado al acusado, para retrotraer la actuación, al momento en que concluyó la práctica probatoria de la fiscalía en juicio oral, para que se le de la última oportunidad al aludido defensor para que exponga con claridad los fundamentos de la petición probatoria que reclama su asistido.

No sobra advertir que en caso de que al otorgársele la palabra al aludido profesional del derecho, éste opta por renunciar a la prueba tantas veces referenciada, la juez deberá consultar al procesado sobre su conformidad, o no, con tal determinación. La anterior actuación se justificaría en este caso, atendiendo las particularidades del asunto ya consignadas

Por su parte, la juez resolverá lo pertinente, siguiendo las pautas aquí relacionadas, no obstante si advierte que persisten falencias en el ejercicio de la defensa técnica y estas se tornan protuberantes al punto que pueden trascender en la afectación de las garantías del procesado, deberá adoptar los correctivos que considere necesarios, como lo ha aconsejado la jurisprudencia penal²¹.

20 Sesión tercer de A. Juicio oral, Audio 1, 1 minuto y 42 segundos.

21 En sentencia del 1º de agosto de 2007, radicado 27283, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sostuvo: *“En situaciones extremas el funcionario judicial puede y tiene que reclamar actividad y diligencia al defensor, y, de ser palmaria su colusión o incompetencia, dar amplias explicaciones al acusado para que si a bien lo tiene proceda a remover a su representante e inclusive aclararle que en todo caso puede reclamar que su protector dentro del proceso sea un letrado de la defensoría pública.”*

1.2. M.P. BOBADILLA MORENO JESÚS ÁNGEL Rad. 110016000019200901873 01 (20-05-13) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Violación por condenar por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduciendo, además, una circunstancia de agravación con consecuencias punitivas diferentes a la aceptada por el imputado / REGLAS PARA REDOSIFICACIÓN DE LA PENA – Al variarse la imputación jurídica, para respetar el incremento de pena sobre la mínima que había dispuesto el juez, debe adicionarse el porcentaje que dicho incremento representa dentro del lapso en que podía moverse / EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES POR ANTECEDENTES – Aunque no proceda en los eventos de terminación anticipada, la existencia de antecedentes judiciales sirve como criterio para valorar el factor subjetivo al estudiar la concesión o no del subrogado.

“6.1.1- Sobre la necesidad de que la sentencia respete la imputación fáctica y jurídica, inclusive atendiendo las genéricas o específicas circunstancias de atenuación punitiva que se consolidan en los actos respectivos (imputación y/o acusación), se ha pronunciado de forma profusa la jurisprudencia, así:

*“Por ello, se ha insistido en que la imputación fáctica y jurídica se impone para su adecuada formulación, la cual ha de ser conocida por el imputado y su defensor a efectos del allanamiento, como marco que sujeta al juzgador so pena de infringir el principio de congruencia, ora por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, II) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, II) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y hiv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación”.*²²(Subrayado ajeno al texto original).

6.1.2.- También se ha sostenido que el remedio aplicable en la segunda instancia o en casación, cuando se viola el citado principio, no es la invalidación de lo actuado, sino el ajuste del fallo a la adecuación típica específica que aparece en la acusación²³.

(...)

6.2.1.- Destaca la Sala que la juez a quo incurrió en un yerro, con graves repercusiones en la asignación punitiva, al atribuir en la sentencia la agravante específica del delito base, contenida en el inciso segundo del artículo 290 del Código Penal.

Tal aserto, no cuenta con el debido respaldo de lo registrado en la actuación, pues una atenta revisión de los audios, las actas y el escrito de la fiscalía, permite inferir con absoluta claridad que la agravante contenida en la imputación jurídica elevada por la fiscalía contra CAMARGO URIBE, ante la juez de control de garantías (y que en esas condiciones fue aceptada por aquel), no fue otra que la del inciso primero del mismo artículo 290, referida al uso del documento.

Dicha imputación jurídica igualmente quedó consignada, como ya se dijo, en el “*escrito de acusación con aceptación de cargos*”, presentado por la fiscalía, y en la audiencia de verificación del mismo, celebrada ante la juez a quo.

²² Sentencia de casación de 6 de abril de 2006. Radicación 24668

²³ CSJ. Cas. Penal. Sentencia 26513 de 05-12-07 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

6.2.2.- Pero lo trascendente de tal mutación es que la agravante imputada, y aceptada por el acusado, incrementa la pena básica *“hasta en la mitad”*, en tanto que la atribuida por la juez de conocimiento en la sentencia, lo hace *“en las tres cuartas partes”*, con lo que el primer cuarto de movilidad punitiva, en el primer evento fluctúa entre 48 a 76,5 meses, mientras que, en el segundo evento, lo hace (como que quedó consignado en el fallo censurado) entre 84 a 110,25 meses.

6.2.3.- En esas condiciones, el Tribunal concluye que la sentencia impugnada vulneró el principio de congruencia, por lo que deberá efectuarse, en seguida la respectiva corrección.

6.2.4.- Como quiera que la juez a quo, había determinado los extremos punitivos con la imputación jurídica diversa a la aceptada, corresponde, en esta sede aplicar la correcta que ya fue reseñada.

Y, dado que no existe discusión en cuanto a la ubicación del procesado en el primer cuarto de movilidad, nos limitaremos a rememorar tal fracción: 48 a 76,5 meses de prisión.

6.2.5.- Ahora bien, debe recordarse que dado que la juez a quo, dentro del cuarto de movilidad seleccionado incrementó 6 meses al menor extremo, el respeto a dicha determinación, en esta instancia, no se concreta en adicionar la aludida cifra, sino el porcentaje que ella representa dentro de la fracción, siendo éste del 22,8% del lapso en que se podía mover (26,25 meses)²⁴.

(...)

6.2.6.- Por último, no puede ignorar la Sala que la juez a quo, fundamentó la negativa a otorgar tanto el subrogado penal, como la prisión domiciliaria al incumplimiento del presupuesto objetivo que refieren los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente, y con la adecuada imputación jurídica sí se cumple el citado requisito para las dos figuras, sin embargo esta Corporación no modificará la determinación en lo relativo a tales tópicos por las siguientes razones.

(...)

Al respecto, admite el Tribunal que la prohibición expresa contenida en el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 que creó el artículo 68A en el Código Penal²⁵, para quienes registran antecedentes penales por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores, no aplica en el presente caso, pues el parágrafo del artículo 28 de la Ley 1453 de 2011²⁶, dispuso que dicha proscripción genérica y automática no procedía en eventos de allanamiento a cargos, como ocurre en el presente asunto.

Sin embargo, frente a ello debe indicarse que un examen del requisito subjetivo que exige cada una de las disposiciones reseñadas que tratan de las figuras jurídicas aludidas, no permite inferir un buen pronóstico de cumplimiento de los compromisos propios previstos en la Ley cuando se conceden los referidos beneficios, precisamente por la existencia de cuatro sentencias condenatorias y varias anotaciones contra CAMARGO URIBE, lo que permite revelar una personalidad proclive al delito por parte de éste.

24 Valga precisar que no obstante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en algunos casos, por ejemplo en el de radicado 31635 de 22-04-2009, para redosificar la pena en instancia superior al haberse variado la imputación jurídica, efectuaba una regla de tres simple, tomando como referente el incremento de pena sobre la mínima que había dispuesto el juez o el Tribunal, posteriormente ha venido aplicando la pauta aquí señalada que en criterio del Tribunal consulta criterios de equidad (ver, entre otros, radicados 35521 de 28-03-2012 y 38164 de 05-09-12).

25 Norma vigente para el momento de ocurrencia de los hechos.

26 Disposición que debe aplicarse en acatamiento al principio de favorabilidad.

Bajo ese entendido, resulta no solo valido, sino razonable que la existencia de antecedentes judiciales sirva como criterio que permite valorar el cumplimiento del aludido factor subjetivo.

Adicionalmente, es menester recordar que la conclusión acabada de registrar, cuenta con el respaldo de la jurisprudencia penal, en los siguientes términos:

“De esa manera, si la persona registra condenas dentro de los 5 años anteriores, está claro que de entrada se le debe negar subrogados y beneficios, entre ellos el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Pero, si los antecedentes son anteriores a esos 5 años, no es que dejen de considerarse tales, sino que la evaluación acerca de la concesión o no del subrogado en examen, opera a través de lo que dispone el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, en su numeral 2º, (...)” 27. (Negrillas resalta la Sala)

Similar conclusión ha de aplicarse cuando se trate de asuntos que han terminado anticipadamente, pues el hecho de que en dichos eventos no proceda automática y objetivamente la prohibición señalada, no es óbice para la judicatura valore el cumplimiento de los requisitos legales previstos para otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.”

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Pernal. Sentencia del 18 de enero de 2010. Radicación: 33177. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez