



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 17 DEL 15 DE OCTUBRE DE 2012

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

CON EL OBJETO DE TEJER UN MANTO DE PROTECCIÓN A FAVOR DEL PERJUDICADO, LA JURISPRUDENCIA PATRIA, APOYADA EN EL ARTÍCULO 2356 IB., HA ELABORADO UNA TEORÍA EN TORNO A LAS DENOMINADAS “**ACTIVIDADES PELIGROSAS**”, SEGÚN LA CUAL CUANDO EL DAÑO SE CAUSA EN EJERCICIO DE UNA ACTUACIÓN DE ESTA NATURALEZA, LA CULPA SE PRESUME Y FRUTO DE ESTA VENTAJA PROBATORIA, EL AFECTADO QUEDA RELEVADO DE PROBARLA. EN FORMA CORRELATIVA, AL CAUSANTE DEL MENOSCABO LE CORRESPONDE LIBERARSE MEDIANTE LA PRUEBA DE LA OCURRENCIA DE UNA CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, FUERZA MAYOR, CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA O EL HECHO DE UN TERCERO. EN EL *SUB JUDICE*, LA SEÑORA JUEZ A QUO NEGÓ LAS PRETENSIONES BASADA EN LA CAUSA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD – “CAUSA EXTRAÑA (CASO FORTUITO)”, CON SUSTENTO EN QUE EL FISCAL PRECLUYÓ LA INVESTIGACIÓN PENAL EN FAVOR DEL CONDUCTOR, MOTIVO QUE GENERÓ LA INCONFORMIDAD DE LAS DEMANDANTES, RAZÓN POR LA CUAL SE HACE NECESARIO SU ANÁLISIS PARA DETERMINAR SU INCIDENCIA EN LA DECISIÓN DE LA APELACIÓN. (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra de un lado en verificar si estamos frente a la causal eximente de responsabilidad -“*Causa extraña (caso fortuito)*” *originado en un accidente de tránsito* y del otro si prosperará la excepción de prescripción de la reparación de perjuicios del inciso 2 del artículo 2358 del C. C. propuesta por los demandados, en los términos del artículo 261 del Decreto 1344 de 1970 Código Nacional de Tránsito Terrestre.

a) La Demanda

Gladys Amelia García Berbeo y Ninfa García de Páez convocaron a proceso ordinario a la sociedad Nueva Transportadora de Bogotá S.A. y a los señores Gregorio Letrado Moreno, Carlos Humberto Letrado Duarte y Hugo Horacio Cruz Díaz, para que sean declarados extracontractualmente responsables por los daños causados con ocasión del deceso de la señora Dilma García Berbeo, ocurrido el 16 de noviembre de 1999 y, consecuentemente, condenados a pagar los perjuicios materiales y morales, junto con las costas del litigio.

b) Los Hechos

Como fundamentos fácticos, las demandantes señalaron que el bus identificado con placa SOA-405, de propiedad de Gregorio Letrado Moreno, afiliado a la empresa Nueva Transportadora de Bogotá S. A., conducido por Hugo Horacio Cruz Díaz, aproximadamente a la 1:30 p.m. del memorado día, le causó la muerte a su hermana Dilma García Berbeo, quien para esa época percibía ingresos

mensuales aproximados de \$880.000,00 por sus actividades de comercio y como rentista de capital, con lo que beneficiaba a las accionantes.

Según su decir, la Fiscalía 42 Seccional de Soacha precluyó la investigación a favor del señor Hugo Horacio Cruz Díaz con un “fallo oscuro, ambiguo y dudoso”.

El auto admisorio fue notificado a la sociedad Nueva Transportadora de Bogotá S.A., Gregorio Letrado Moreno y Carlos Humberto Letrado Duarte, quienes se opusieron con las excepciones que denominaron: “1- Inexistencia de responsabilidad”; “2- Imposibilidad de llamar a la empresa y propietarios cuando no fue vinculado como responsable de los hechos el conductor”; “3- Ausencia de nexo causal entre la actividad que ejercía el automotor y la empresa demandada”; “4- Inexistencia de prueba sobre daños morales”; “5- Inexistencia de prueba sobre daño emergente”; “6- Inexistencia de prueba del lucro cesantes”; “7- Inexistencia de prueba de ingreso de la occisa”; “8- El vehículo estaba cobro(sic) de intereses moratorios dentro de una obligación civil”; “9- Cosa juzgada penal absolutoria”; “10- Falta de legitimación para demandar al Sr. Carlos Humberto Letrado Duarte”; “11- No se cumplió el requisito de procedibilidad sobre la demandada – Nueva Transportadora de Bogotá S.A.”; “12- Fuerza mayor”; “13- Excepciones de fondo de oficio”; “14- Excepción de prescripción de la reparación de perjuicios del inciso 2 artículo 2358 del Código Civil” y “15- Excepción de fondo subsidiaria”¹. Al mismo tiempo llamaron en garantía a la Compañía de Seguros Generales “Cóndor S.A.”

A la actuación se vinculó a Hugo Horacio Cruz Díaz a través de curador *ad litem*, quien contestó la demanda y propuso la excepción “*Genérica*” contemplada en el art. 306 del C. de P. C.

c) Consideraciones

La juzgadora de primer grado, tras memorar los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 2341 – 2356 C.C.), encontró acreditada la legitimidad de las partes, al igual que la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino, pero negó las pretensiones basada en la causal eximente de responsabilidad -“*Causa extraña (caso fortuito)*”, con sustento en que el fiscal de conocimiento había precluido la investigación penal en favor del conductor.

Antes de entrar al estudio de los elementos de la responsabilidad, procede la Sala al análisis de la excepción “Prescripción de la reparación de perjuicios del inciso 2 del artículo 2358 del C. C.”, propuesta por los demandados “Empresa Nueva Transportadora de Bogotá, S.A., Gregorio Letrado Moreno y Carlos Humberto Letrado Moreno, la cual está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

En primer ítem que hay que abordar, es bajo qué legislación se estudia la defensa propuesta, y al respecto el argumento de los excepcionantes se soporta en la declaratoria de prescripción extintiva en los términos del inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil, el cual se debe integrar con el artículo 2356 ibídem, que debe entenderse modificado parcialmente por el artículo 261 del Código de Tránsito²(DECRETO 1344 DE 1970, agosto 4, por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre)³, vigente para el momento de presentarse los hechos.

¹ Ver folios 296 a 313, cuaderno No. 1

² Artículo 262°.- Las acciones a que se refiere el artículo precedente prescriben en cinco (5) años a partir de la ocurrencia del hecho y se interrumpen con la presentación de la demanda.

³ [Derogado por la Ley 769 de 2002](#)

El segundo tema que se debe aclarar es que los mencionados demandados, en los términos del “artículo 261 del Decreto 1344 de 1977”, devienen su “responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de actividades peligrosas”, y en tal sentido, los cobija la mencionada norma, mientras que al conductor del rodante lo ampara el artículo 2356 del Código Civil; así lo ha puesto de presente la doctrina nacional, como se puede colegir del siguiente texto: “3. Pero lo más absurdo consiste en que la norma regula la responsabilidad de la persona que tiene bajo su responsabilidad al conductor, más no la responsabilidad de este último. En consecuencia, en los accidentes de tránsito, la responsabilidad del conductor se rige por el artículo 2356 del Código Civil, y la responsabilidad de quienes responden por el conductor se rige por el artículo 261 del Código de Tránsito”.⁴

Por consiguiente, si a los excepcionantes los arroja el artículo 261 del mencionado “Código de Tránsito”, que modificó parcialmente el 2356 del C.C., se debe decir, entonces, que el término de prescripción es de cinco (5) años, contados a partir del momento de la ocurrencia de los hechos y no de tres (3), como lo pretendían los demandados en su escrito con soporte en el artículo 2358 del C.C.⁵, que para el caso en estudio arroja el siguiente resultado.

Los hechos ocurrieron el 16 de noviembre de 1999, las accionantes se constituyeron en parte civil⁶ dentro de la actuación penal que se tramitó por la Fiscalía 42 Seccional de Soacha, en la que se precluyó la investigación contra el sindicato Cruz Díaz, resolución que cobró ejecutoria el **15 de septiembre de 2004**⁷.

La demanda que nos reúne se presentó a la jurisdicción el **28 de agosto de 2006**, fecha para la cual ya se había cumplido el término de cinco (5) años, necesario para alegar la prescripción extraordinaria, como lo regulaba el artículo 261 del entonces “Código de Tránsito”, vigente para la época de los hechos; pero aun así, el cinco de junio de 2007 se le notificó el auto admisorio a la apoderada de la “Nueva Transportadora” y a ella misma, en representación de Gregorio Letrado y Carlos Humberto Letrado Duarte, el 7 y 15 del mismo mes y año, respectivamente (folios 140 y 141), de ahí que se debe declarar la prosperidad de la defensa propuesta; por consiguiente, la sentencia, en este aspecto debe ser revocada para declarar próspera la defensa propuesta.

Cuestión distinta es la situación del demandado Hugo Horacio Cruz Díaz, representado por curador *ad litem*, quien en su oportunidad propuso la excepción genérica y la aceptación de lo que resulte probado, razón por la cual la Sala procede al análisis de los argumentos de los recurrentes, en los siguientes términos:

Reza de vieja data el aforismo que quien ha causado por sí mismo o por medio de sus agentes un daño, debe repararlo integralmente a la víctima o a sus sucesores. Con fundamento en este postulado el legislador consagró, entre otras, la acción de responsabilidad civil extracontractual, dirigida a indemnizar al lesionado, cuyo elemento distintivo radica en que entre el autor del menoscabo y éste no media un vínculo generador de precisas y anteladas obligaciones.

Al tenor del artículo 2341 del C.C., el que ha padecido un daño se halla facultado para reclamar indemnización de perjuicios en el orden material y en el moral, pero de acuerdo con el principio *onus probandi*, “...le corresponde al que busca el resarcimiento aducir la prueba de los factores constitutivos de responsabilidad extracontractual, como son, el perjuicio, la culpa y la relación de causalidad o dependencia que lógicamente debe existir entre los dos primeros elementos

⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo II. De la responsabilidad extracontractual. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1999. Pág. 478.

⁵ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PERJUICIOS. ART. 2358. —Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal. Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

⁶ Según providencia que obra a folio 52 del cuaderno No. 4, la parte civil se presentó y se admitió en contra de Hugo Horacio Cruz Díaz. En la misma, el ente investigador, decidió “ABSTENERSE de vincular a tercero civilmente responsables, conforme a lo expuesto”

⁷ Ver folio 79, cuaderno No. 4

enunciados, estando desde luego el demandado en posibilidad de exonerarse de la obligación de que se trata si demuestra un hecho exonerativo de responsabilidad” (C.S.J. sent. de 09 de febrero/76).

Con el objeto de tejer un manto de protección a favor del perjudicado, la jurisprudencia patria, apoyada en el artículo 2356 ib., ha elaborado una teoría en torno a las denominadas “**actividades peligrosas**”, según la cual cuando el daño se causa en ejercicio de una actuación de esta naturaleza, la culpa se presume y fruto de esta ventaja probatoria, el afectado queda relevado de probarla.

En forma correlativa, al causante del menoscabo le corresponde liberarse mediante la prueba de la ocurrencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Para la Sala, en el presente asunto no es de recibo el reconocimiento de la “cosa juzgada penal” respecto a la acción civil, por cuanto revisada adecuadamente la actuación se encuentra que la resolución del Fiscalía no fue puntual, clara y cierta en el análisis de la fuerza mayor, dado que sin mayores escrutinios y elementos de juicio, concluyó que el accidente fue producto de un “caso fortuito o fuerza mayor” consistente en una “*falla mecánica ... en sus frenos*”, decisión que no es apropiada jurídicamente, por los argumentos que se exponen a continuación.

Ha dicho la jurisprudencia, que no basta que dentro de la actuación penal se haya indicado que el “caso fortuito” se configuró para que sin más consideraciones, en el campo civil, se declare probada la excepción de “cosa juzgada”, sino que es menester que el juez examine el fallo adoptado, el cual debe caracterizarse por no ser “oscuro, ambiguo y hasta contradictorio”⁸; es decir, que no esté afectado de duda o confusión, para que se esté en presencia de la mencionada figura, pues de lo contrario no puede ser acogida.

Con relación a este tema, señaló la Corte que:
“(…)”

Mas, la detenida lectura de esos fallos en cuanto atribuyeron el resultado dañino a una fuerza extraña, se erige paladinamente como uno de aquellos casos en que, cual lo ha precisado la Corte, no viene posible transplantar mecánicamente la decisión penal al litigio civil, como con prontitud resultó haciéndolo el tribunal al declarar la cosa juzgada; no lo es, porque aun cuando para absolver al procesado se habló de caso fortuito, lo cierto es que ese pronunciamiento en punto del fenómeno exonerativo aludido no pasa de ser simplemente formal.

(…)

‘Expresado en otras palabras, ‘para que el supradicho alcance normativo sea de recibo, requiérese que de la decisión penal brote inequívocamente que la solución descansa en una cualquiera de las causas ya descritas, porque es natural pensar que la preceptiva en cita, atendidos sus peculiares efectos, rechaza su aplicación en aquellos eventos en que, como ocurre a menudo, el pronunciamiento penal se ofrece oscuro, ambiguo y hasta contradictorio. No pueden olvidarse, a este propósito, los rasgos prominentes que orientan tan delicado problema, empezando por tener siempre presente que la autoridad de la cosa juzgada penal absolutoria sobre lo civil, no se presenta frente a una decisión cualquiera, pues es forzoso que, con arreglo a un principio admitido por todos, el pronunciamiento penal, a más de necesario, sea cierto, aspecto este último sobre el que aquí se está llamando la atención con el objeto de indicar que tal connotación exige que ese pronunciamiento no puede estar afectado de dubitación o confusión alguna’.

‘Lo que de suyo pone de presente que, si en algo ha de hacerse énfasis, es en ‘el celo con que el juez civil se aplicará a verificar una cualquiera de tales causas (hace referencia a las previstas en el precepto 55), fijando su atención especialmente en el aspecto intrínseco del pronunciamiento penal, antes que en nomenclaturas que

⁸ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2003. Exp. No. 7576. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez

fácilmente lo puedan distorsionar. En esto quiere ser insistente la Corte: si la decisión penal no es lo suficientemente puntual al respecto, la norma comentada rehúsa su aplicación' (sentencia citada).⁹

En el asunto en estudio, no es de recibo trasplantar sin mayor análisis la decisión del ente investigador, pues se allegaron como pruebas, en primer lugar, una copia de la certificación del taller "SERVICIO TÉCNICO DIESEL" en donde le realizaban "mantenimiento general"¹⁰ al automotor, pero no se precisó que se hubiera efectuado revisión al sistema de frenos; en segundo término, el decir de los otros demandados, quienes no demostraron, ni allá ni aquí, el mantenimiento preventivo del sistema de frenos y que tomaron las previsiones necesarias para evitar el desperfecto mecánico; y tercero, es el mismo conductor quien confiesa que antes de iniciar el recorrido no revisó el estado de los frenos, al respecto indicó: "...cuando arranqué fue cuando me dí cuenta que el carro estaba sin frenos ..."¹¹, y si ello es así, no se puede pretender el reconocimiento del "caso fortuito", pues el hecho constitutivo no es del todo ajeno a cualquier previsión, en condiciones de normalidad y menos imposible de evitar; por ende, no es de recibo la justificación que aceptó la Fiscalía.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que estamos ante el ejercicio de una actividad peligrosa, como es el servicio público de transporte de pasajeros, pero al mismo tiempo lucrativa, lo cual impone a los propietarios, a la empresa y al conductor el deber de máximo cuidado en su condición de guardianes de la cosa y responsables por los daños que con el automotor puedan causar a los pasajeros o a los peatones, razón por la cual han debido ser diligentes, previsivos y cuidadosos en el mantenimiento del mismo y sólo así, podrían propender porque en hechos, como los que aquí nos reúnen, se les reconozca el "caso fortuito" como causal de exoneración de responsabilidad.

Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, indicó:¹²

"(...)

2. Para dilucidar estos cuestionamientos, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es 'el imprevisto a que no es posible resistir' (art. 64 C.C., sub. art. 1º Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos.

(...)

Sobre este último aspecto, conviene acotar –y de paso reiterar– que un hecho sólo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable. Por eso, entonces, si una persona desarrolla en forma empresarial y profesional una actividad calificable como 'peligrosa', de la cual, además, deriva provecho económico, por ejemplo la sistemática conducción de automotores de servicio público, no puede, por regla general y salvo casos muy particulares, invocar las fallas mecánicas, por súbitas que en efecto sean, como constitutivas de fuerza mayor, en orden a edificar una causa extraña y, por esa vía, excusar su responsabilidad. Con otras palabras, quien pretenda obtener ganancia o utilidad del aprovechamiento organizado y permanente de una actividad riesgosa, esto es, de una empresa que utiliza de manera frecuente bienes cuya acción genera cierto

⁹ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2003. Exp. No. 7576. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

¹⁰ Ver folio 285, idem

¹¹ Folio 32 cdno No. 4

¹² Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. Sentencia del 29 de abril de 2005. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

peligro a terceros, no puede aspirar a que las anomalías que presenten los bienes utilizados con ese propósito, inexorablemente le sirvan como argumento para eludir la responsabilidad civil en que pueda incurrir por daños causados, sin perjuicio, claro está, de que en casos muy especiales pueda configurarse un arquetípico hecho de fuerza mayor que, in radice, fracture el vínculo de causalidad entre la actividad desplegada y el perjuicio ocasionado. Pero es claro que, en línea de principio rector, tratándose del transporte empresarial de personas y de cosas, los defectos mecánicos son inherentes a la actividad de conducción y al objeto que el conductor —y el guardián empresario— tienen bajo su cuidado, lo que descarta, en general, su apreciación como inequívoco evento de fuerza mayor o caso fortuito. (...)

A este respecto, ha precisado la Sala que ‘en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas..., por faltarles el requisito de exterioridad’, no pueden, en general, estructurar ‘en la modalidad de caso fortuito o de fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil’ (Se subraya; Sent. No. 104 de 26 de noviembre de 1999, reiterada en sentencia No. 064 de 16 de junio de 2003). (se subraya)

Suficientes son los argumentos expuestos para revocar parcialmente la sentencia recurrida y proceder a declarar la responsabilidad civil extracontractual del demandado, junto con la condena a pagar los perjuicios reclamados y probados.

De la responsabilidad civil extracontractual.

El artículo 2341 del Código Civil establece que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*; de cuya disposición se extraen los requisitos constitutivos de ésta, cuales son: “el hecho, el daño y el nexo causal entre éstos”, tal como lo ha indicado la jurisprudencia.

"Para que a tenor de este artículo resulte comprometida la responsabilidad de una persona —natural o jurídica— se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa (*"lato sensu"*) y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea, la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste. Algunos autores abogan por la supresión de este último elemento, pero examinadas sus razones al respecto, se observa que a lo que ellas tienden es más bien a hacer hincapié en la calidad de directo que debe tener el daño indemnizable, y no a prescindir de todo vínculo de causalidad entre la culpa y éste, lo que, por demás, no podría sostenerse en sana lógica"¹³.

Por lo tanto, para que proceda la “declaración de responsabilidad y la consiguiente condena indemnizatoria”, es preciso que tales elementos estructurales, sobre los cuales ha sido insistente y reiterativa la jurisprudencia, aparezcan plenamente demostrados, a excepción, desde luego, de la culpa en aquellos eventos en que el hecho se originó producido en ejercicio de una actividad peligrosa.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del demandado se colige que la misma es consecuencia del desarrollo de “actividades peligrosas”, como lo es la conducción de vehículos, en la que la culpa se presume y releva a las víctimas de la carga probatoria, la que se traslada a quien causó el daño, para que si pretende desvirtuarla lo haga mediante la demostración de los hechos que configuran cualquiera de los denominados “caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima”¹⁴, pero que en presente asunto brilla por su ausencia cualquier intento al respecto, y por

¹³ S. Negocios Gen., Sent. , jun. 10/63

¹⁴ “la imputación debe ser efectuada con fundamento en el nexo existente entre el hecho riesgoso y el perjuicio

ende, se debe colegir que el señor Hugo Horacio Cruz Díaz no cumplió con el mandato del artículo 177 del C. de P.C.

La jurisprudencia al respecto ha puntualizado lo siguiente.

“La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero.

“Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho.

“La interpretación judicial de la Sala que se ha consignado en innúmeros fallos de la Corte, emana del texto mismo del artículo 2356 del Código Civil cuando dispone que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, lo que significa sin lugar a dudas que los calificativos de la conducta del actor enmarcan dentro del sentido más amplio de lo que debe entenderse por el accionar culposo de una determinada persona en su vida social y en las relaciones con sus semejantes cuando excediendo sus derechos y prerrogativas en el uso de sus bienes o las fuerzas de la naturaleza causa menoscabo en otras personas o en el patrimonio de éstas.”¹⁵

En otra decisión, dijo:

“forzoso es admitir que actividades que por su virtualidad especial para engendrar daños participan del género que implican la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio, luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada un hecho de la índole de los que viene haciéndose mérito en estas consideraciones, en términos de ley ello es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción, la infracción de la obligación determinada de guarda recién aludida. **La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendidas la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda**

sufrido por la víctima, lo que impone que la defensa propuesta por el demandado no pueda plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero” (CCXXXIV, 248). Citada en providencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA CIVIL DE DECISIÓN. Magistrado Ponente. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA. Bogotá, D. C., veintiséis de agosto de dos mil nueve. (aprobado en Sala de 21 de julio de 2009). Proceso No. 11001 3103 016 2005 00643 02.

la reparación” (sent. de 22 de febrero de 1995). (resaltos del texto)¹⁶

No obstante lo anterior, conviene analizar la conducta de la víctima, señora Dilma García Berbeo, quien para el momento de los acontecimientos caminaba por la calle, sin cerciorarse de manera absoluta de la inexistencia de peligro para hacerlo, como hubiera sido verificar la no presencia de vehículos, y con ello desconoció la regulación del Código Nacional de Tránsito el cual establece que **“Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles”**; actuación que fue indispensable y necesaria, pero no suficiente, para producir el daño y con ello generar una concurrencia de culpas.

Recuérdese que para que se genere el fenómeno de “*concurrencia de culpas*”, es necesario que exista una relación de causalidad entre el error de conducta del agresor y de la víctima, y que ésta última sea eficiente, conforme a las reglas de la experiencia, para la producción del suceso; lo que significa que debe de ser de tal magnitud que quien sufre el daño fue porque se expuso descuidadamente a él.

En ese orden de exposición, la Sala considera que junto a la responsabilidad predicada del señor Hugo Horacio Cruz Díaz, como se dejó establecido, se debe admitir la culpa de la víctima en la producción de los hechos que generaron el daño cuya indemnización reclaman las demandantes, pero tan sólo en un porcentaje del 30%, el cual debe ser aplicado a la valoración de los perjuicios que se hace a continuación.

En cuanto a la “excepción genérica” contemplada en el art. 306 del C. de P.C., además de la configuración de la “concurrencia de culpas” ya anotada, no encuentra la Sala hechos probados, diferentes a la ya reconocida respecto a los demás demandantes y cuyos efectos no se hacen extensivos al aquí demandado.

Corresponde a la Sala examinar el tema de los perjuicios, que como bien se sabe, son los materiales que comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante y los morales que atañen a la afectación de aspectos emocionales.
(...)

No hay lugar a indexar suma alguna, como lo pretenden las accionantes, dado que en el presente caso sólo se reconocerán perjuicios morales, cifra que corresponde a valor presente, la cual se hará exigible una vez cobre ejecutoria esta decisión.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a revocar parcialmente el fallo recurrido y en su lugar, declarar civil y solidariamente responsable al demandado Hugo Horacio Cruz Díaz y condenarlo a pagar a cada una de las demandantes la suma arriba indicada por el detrimento reseñado” (...).

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 2341-2356 y 2358 del C. C.
: ARTÍCULOS 306 y 357 del CPC.
: ARTÍCULO 25 LEY 1285 DE 2009
: ARTÍCULO 261 DECRETO 1344 DE 1970 C. de T.
: Sentencia del 11 de octubre de 2004 exp. 4552 C.S.J. M.P.
: Edgardo Villamil Portilla, C.S.J. sent. De 09 febrero/76.
: C.S.J. Sala de Casación Civil sent. Del 16 de mayo de 2003 exp. 7576
: M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, sent. Del 29 de abril de 2005 M.P:
: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Negocios Gen., jun 10/63, CCXXXIV, 248
: M.P. Oscar Fernando Yaya Peña 26 de agosto de 2009 T.S.B., C.S.J. Sala de

¹⁶ Citada en providencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA CIVIL DE DECISIÓN. Magistrado Ponente. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA. Bogotá, D. C., veintiséis de agosto de dos mil nueve. (aprobado en Sala de 21 de julio de 2009). Proceso No. 11001 3103 016 2005 00643 02

	: Casación Civil de 26 de agosto de 2010 exp. 2005-00611-01, sent. Marzo 30/93
	: M.P. Alberto Ospina Botero.
FECHA	: 2012-09-27
PROCESO	: ORDINARIO RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
PONENTE	: Dr. MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
DEMANDANTE	: GLADYS AMELIA GARCÍA BERBEO Y OTRA
DEMANDADO	: NUEVA TRANSPORTADORA DE BOGOTÁ S.A. Y OTROS
RADICACIÓN	: 110013103004200600438 02
DECISIÓN	: REVOCA

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 11001600002320070088205 (21-06-12) PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – Formas de entender este principio – Efectos relativos - En la primera instancia – En la segunda instancia – Inmediación estricta o directa - Inmediación indirecta o mediata / NULIDAD POR CAMBIO DE JUEZ – Crítica a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema – Inconveniencia de la generalizada epetición de juicios: Afectación a la celeridad y eficacia de la administración de justicia y a los derechos de las víctimas – Ponderación de derechos.

“31. Sobre la nulidad por cambio de juez: Antes de desatar la alzada es imperioso pronunciarse sobre la inconformidad planteada por el defensor, en cuanto al cambio de juez porque uno fue el funcionario que dirigió la práctica de pruebas en el juicio oral y otro el que profirió la sentencia de primera instancia. (...)

33. Aquí es necesario destacar que la influencia del sistema de principios ha permeado todo el ordenamiento jurídico, siendo innegable que en el caso de la inmediación éste puede entenderse de dos formas distintas: primera, en sentido amplio, entendida como necesidad de presencia judicial en las actuaciones del proceso, como necesaria garantía del juicio justo y la tutela judicial efectiva. Pero también, en segundo lugar, puede entenderse la inmediación en sentido estricto, lo cual exige que el juez que ha presenciado la prueba sea el mismo que resuelva, con lo cual se está fomentando que la percepción del juez no aparezca distorsionada a través de ninguna forma de mediación y se permite que esté en la mejor situación para valorar y decidir sobre la prueba realizada.

34. Cuando el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal señala que “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, hace que la inmediación resulte relevante porque se otorga valor especial a la proximidad del funcionario judicial con la prueba, a tal punto que su afectación conlleva una irregularidad que genera una anulabilidad constitucional en cuanto es fundada en el artículo 29 de la Constitución Política, siendo por ello que la Corte Suprema en Sala de Casación Penal ha sostenido esa doctrina.

35. Frente a tal postura interpretativa cabe preguntar: ¿Dicha forma de resolver el problema jurídico debe entenderse de manera absoluta o atendiendo las circunstancias predicables de una tópica infinita?. El anterior interrogante no es de fácil respuesta por lo compleja que resulta la problemática, más cuando existen distintas situaciones que pueden derivar en problemáticas concretas y particulares diferentes. Por ejemplo, piénsese en los eventos de cambio del funcionario judicial por retiro voluntario en busca de nuevos horizontes profesionales, por ingreso al régimen de pensionados, por suspensión en el ejercicio del cargo o destitución producida en proceso sancionatorio, por renuncia derivada de amenazas o como consecuencia de un acto de corrupción, a lo que cabe sumar un largo etcétera. Cada uno de tales supuestos posiblemente amerita una solución concreta que necesariamente no tiene por qué ser la misma.

36. Aquí es necesario resaltar que el principio de inmediación fue concebido como un principio general del proceso que tiene efectos relativos. Tal afirmación resulta fácilmente confirmada cuando se observa lo que ocurre con la prueba anticipada: el juez que la recauda y el juez que la valora (Ley 906 de 2004, artículos 274, 284 y 379) no son los mismos y sin embargo se tiene como medio de prueba en la debida oportunidad procesal.

37. Dicho lo anterior valdría la pena preguntar también qué se debe hacer en el evento en que la apelación estuviera soportada en el supuesto de una equivocada valoración de uno o varios medios de pruebas por el juez *a quo*: debe permitirse que el juez de segunda instancia, quien no realizó la inmediación, despliegue el acto decisorio del medio o debe repetirse la recepción del medio con todas sus implicaciones ante el juez *ad quem* (puede acontecer que entre los testimonios a recepcionar nuevamente se tenga que el testigo falleció).

38. Adicionalmente, dicha circunstancia iría en contravía del sentido de la apelación en el derecho nacional como *revisio prior instantae*, que niega la posibilidad de introducir nuevos hechos, pruebas y argumentos, en cuanto los extremos en conflicto optarían por intentar obviar o añadir datos o modular ciertas declaraciones, etc.

39. De esta manera y pese a que en múltiples pronunciamientos la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ exige que se rehaga el debate oral cuando el juez que dicta el fallo no es el mismo que

¹⁷ La Sala no desconoce que las providencias de la Corte Suprema de Justicia tienen fuerza normativa, la que proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del

presidió el juicio, la Sala mayoritaria se aparta de tal línea jurisprudencial¹⁸ porque considera que en el *sub examine* el funcionario contó con los medios audiovisuales que ofrece la tecnología actual para emitir el fallo de fondo, garantizándose así la inmediación y la concentración del debate probatorio, con absoluto respeto de las garantías fundamentales del procesado¹⁹.

40. Lo anterior cobra mayor relevancia cuando se constata que el Juez Colegiado de segunda instancia, al momento de emitir el fallo debe escuchar y analizar todos los videos-audios que fueron grabados durante el debate en el juicio, lo cual es perfectamente permitido en el sistema oral sin que se predique de ello irregularidad alguna.

41. Obsérvese que el juez de segundo grado normalmente emite un juicio sobre las pruebas aportadas ante el *a quo*, de modo que sus valoraciones probatorias carecen de inmediación, más ello a nadie se le ha ocurrido calificarlo como irregular.

42. Cuando las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores examinan las apelaciones que se promueven contra sentencias emitidas por los jueces, siendo el objeto del recurso que el juez colegiado reconsidere la valoración probatoria realizada por el funcionario de primera instancia, no existe inmediación real o directa pero sí formal, indirecta o mediata porque la tecnología actual permite que el juez verifique la prueba practicada ante el *a quo*,...

43. En los asuntos que son sometidos a decisión por un juez de segunda instancia, se tiene claro que el conocimiento por parte del *ad quem* (Código de Procedimiento Penal, artículos 176 a 179F) se obtiene a través de la reproducción audiovisual del Cd, DVD o cualquier otro formato en que se haya grabado la realización del juicio, realidad que conduce a una situación de excepcionalidad de la regla de inmediación. En otras palabras dicho, pero sin tapujos ni adornos dogmáticos, se estaría frente a una inmediación indirecta derivada de la utilización de los modernos medios de grabación o reproducción de la realidad.

44. Esto significa que sí es posible, a partir de la reproducción por medios técnicos de lo acontecido en un debate probatorio, tomar decisiones que pueden llegar hasta la derogatoria de las conclusiones a las que arribó quien sí percibió directamente la prueba y estimar que sus apreciaciones no reflejan el sentido de las pruebas acopiadas en un proceso.

45. Si los jueces colegiados de segunda instancia pueden valerse de sistemas de apoyo para emitir la correspondiente providencia, con mayor razón lo pueden hacer los jueces de primera instancia, porque de lo contrario, no estaría permitido que los primeros también utilizaran los medios audio visuales para resolver la alzada, so pena de vulnerar los principios de concentración e inmediación de la prueba.

46. Precisamente, estos principios que gobiernan el juicio oral, han sido señalados por la Corte Suprema de Justicia como aquellos que en los que el juez tiene contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la inmediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo²⁰, lo que fácilmente puede ocurrir cuando se anula un proceso y después de varios años se debe intentar hacer comparecer nuevamente a los testigos.

47. Por último, si se quiere, mantener una tesis que lleve a la nulidad de las actuaciones procesales por el cambio de juez, para que guarde toda coherencia, tal postura tendría que conducir a que las pruebas recepcionadas por videoconferencia se calificaran de irregulares, porque al fin y al cabo la persona que declara no está en presencia del juez y simplemente es la tecnología la ubica en forma virtual en la sala de audiencias. Pero una conclusión de tal naturaleza desconocería los avances de la ciencia, supuesto que constituye una situación similar u homologable a la que se puede presentar cuando el juez de primer grado valora la prueba a partir de los registros que hacen parte del proceso. Y en tal caso tampoco consideramos que resulte procedente la declaratoria de nulidad.

48. Así, el principio de inmediación no se encuentra vulnerado en este asunto porque el debate probatorio se realizó en una sola sesión celebrada el 2 de mayo de 2008, momento a partir del cual se produjo la valoración del acervo probatorio en un lapso breve, y si bien el fallo fue emitido por un juez diferente al que presidió el juicio, en todo momento se respetaron las garantías fundamentales del procesado y no se afectó la estructura básica del proceso.

49. Admitir que en supuestos como el *sub examine* se debe repetir un juicio, en un país en donde ni siquiera las máximas autoridades respetan las más básicas reglas del Estado de derecho, se convierte en grave atentado a la obligación estatal de evitar la impunidad administrando justicia de manera pronta y cumplida.

50. Además, en una sociedad en la que intervienen de manera tan destacada actores violentos de diferente naturaleza, inclusive de origen estatal o paraestatal, que ha sido testigo permanente de graves amenazas o atentados físicos contra los funcionarios judiciales, la solución de la nulidad se convierte en instrumento funcional para los extremistas.

51. Con la puerta de la nulidad abierta ante el cambio de juez, no resultaría extraño que bajo graves amenazas los funcionarios judiciales renuncien al ejercicio de la función, más cuando el Estado indolente pocas veces otorga protección adecuada y suficiente a los servidores judiciales,

ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (Corte Constitucional, sentencia C-836/01).

¹⁸ “El funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición” (Corte Constitucional, sentencia T-766/08).

¹⁹ Si bien los jueces acatamos las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, es posible apartarse de su jurisprudencia siempre y cuando se cumpla con la obligación de elaborar una carga argumentativa adicional (Corte Constitucional, sentencia C-836/01).

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de enero de 2010, radicación 32196.

52. Y en situaciones extremas, el atentado físico ejecutado con el propósito de segar la vida del juez, acontecimiento que no resulta extraño al acontecer cotidiano de los colombianos, allanaría el camino a la delincuencia para que por medio de la nulidad procesal se retrotraiga el proceso a estadios superados, posibilitándose así la obtención de beneficios (libertad provisional) por no cumplimiento en términos de la actuación judicial.

53. Inclusive, los efectos perversos de la nefasta corrupción, desafortunadamente presente en la función judicial, también podrían afectar el normal desarrollo del proceso, porque, por ejemplo, el juez que presidió el juicio oral, como consecuencia del pago de una fuerte suma de dinero, renuncia a su cargo, evento en el cual -y de acuerdo con la línea jurisprudencia que no respaldamos-, se haría necesario precipitar la nulidad procesal porque el nuevo juez no podría emitir el fallo de condena.

44. De otro lado, aceptar que un proceso es irregular y por lo tanto se debe rehacer, resulta catastrófico para los derechos de las víctimas porque la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición quedan sometidas a la posibilidad de recolectar nuevamente toda la prueba inicialmente practicada, situación que de contera afecta el derecho a que el proceso se tramite dentro de un plazo razonable.

55. En fin, a partir de un necesario juicio de ponderación entre los límites de los derechos y garantías que concurren a la hora de resolver la problemática planteada -principio de inmediación estricto (directo) *versus* el principio de inmediación indirecta (mediata), los derechos de las víctimas, el derecho a un juicio cumplido en un plazo razonable y la obligación estatal de impedir la impunidad-, imponen al Estado social de derecho hacer prevalecer la necesidad de administrar justicia y resolver definitivamente el asunto debatido²¹.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 110016000017200802848 01 (24-05-12) PRECLUSIÓN – Legitimidad de la defensa para la interposición de recursos cuando la fiscalía fue quien solicitó la preclusión – Interpretación extensiva en aplicación del principio *pro homine*.

“18. **Legitimidad:** La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la fiscalía tiene la titularidad, la legitimidad y el interés jurídico para solicitar la preclusión de la investigación penal en la fase de investigación y del juicio en forma exclusiva, de acuerdo con el artículo 332 de la Ley 906/04. Excepcionalmente la defensa y el Ministerio Público también pueden solicitar la preclusión pero únicamente por las causales 1º y 3º *ibídem*.

19. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la jurisdicción ordinaria ha señalado que si el ente acusador fue quien solicitó la preclusión, éste es el único habilitado para interponer los recursos de ley contra la decisión que resuelve la preclusión y las demás partes únicamente pueden actuar como no recurrentes²²...”

3. Puede suceder que hecha la petición de preclusión por la Fiscalía, los argumentos del juzgador la convenzan, a consecuencia de lo cual decida no recurrir, supuesto en el que podría cuestionarse si otra parte o interviniente quedaría facultada para impugnar la determinación.

La respuesta debe ser negativa, porque la postura de la Fiscalía de no cuestionar la decisión del juez que optó por rechazar la preclusión implica consentimiento con la providencia, esto es, que los argumentos judiciales la convencieron, o, lo que es lo mismo, adquiere certeza de que, al menos en ese momento, no procedía declarar la extinción de la acción penal.

...

Si la Fiscalía está conforme con la decisión judicial y la consecuencia de ello es que no impugna, a pesar de lo cual se habilita a otros intervinientes para recurrir, ello comportaría una perversión del sistema, en tanto por esta vía se permitiría, en contra del expreso mandato legal, que una parte ajena a la Fiscalía solicitara la preclusión, pues ese es el alcance real de un recurso ajeno al ente investigador.

20. El anterior pronunciamiento contrasta con otras decisiones emitidas por la misma Corporación, en las que se ha resuelto de fondo la apelación promovida por la defensa empujando de tratarse de asuntos en los que la Fiscalía solicitó la preclusión.

21. Entre las mencionadas providencias se encuentran las radicadas bajo los números 28908 del 8 de febrero de 2008 y 30847 del 26 de enero de 2009, en las que el representante del ente fiscal solicitó la preclusión de la investigación a favor del procesado bajo la causal 4ª del precitado artículo, que al ser negadas por los respectivos Tribunales Superiores de Villavicencio y Cundinamarca, fueron recurridas por la defensa y falladas de fondo por la Corte Suprema de Justicia.

22. Así entonces, es claro que existe una doble interpretación frente a cual es la parte legitimada para recurrir cuando la solicitud de preclusión es elevada por la Fiscalía, situación que abre paso a la aplicación del principio *pro homine* en virtud de la cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o conceder recursos²³, e inversamente, a la norma

²¹ Un ejercicio de ponderación, similar al que aquí se hace, fue el que realizó la Corte Constitucional a desechar la repetición de un juicio oral por el cambio del juez, en la medida en que tal proceder revictimizaría a la persona lesionada con el delito (Sentencia T-205-11). Y ello debe ser así porque, no se debe olvidar, “el principal objetivo de toda Constitución y la razón de mantener su condición de norma suprema en la escala del ordenamiento jurídico, es el de estructurar para la comunidad el Estado de Derecho, entendido como aquél que procura garantizar a sus coasociados el equilibrio y la armonía en las relaciones políticas, económicas y jurídicas, asegurando un orden justo y autónomo” (Corte Constitucional, sentencia C-008/03).

²² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencias del 1º de julio de 2009 radicación 31.763, reiterada en auto del 15 de febrero de 2010 radicación 31.767.

²³ El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el sistema regulador de los derechos humanos, en virtud del cual, siempre habrá de aplicarse la norma o la interpretación más favorable a los referidos derechos. El principio *pro homine* tiene una doble manifestación: **1. Preferencia interpretativa**, que se afirma en la (a). interpretación extensiva y (b). la interpretación restringida; la norma de derechos humanos se debe aplicar en el sentido que brinde más protección a las personas, en el sentido que menos se restrinjan los derechos, de manera que se optimice el disfrute de los derechos. Y, **2. Preferencia normativa**, que se realiza en (a). la preferencia de la norma más protectora y (b). la conservación de la norma más favorable, sin que

o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria, en la cual se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más limitada o la que afecte a un derecho de menor jerarquía.

23. Lo anterior cobra mayor relevancia cuando la Corte Suprema de Justicia ya ha establecido que la víctima sí puede recurrir la providencia que resuelve la preclusión, precisamente porque de llegar a ser favorable a los intereses del indiciado o procesado, no tendría otra vía para hacer valer sus derechos de verdad, justicia y reparación.

24. Lo mismo sucede frente a la decisión que resuelve la preclusión solicitada por la defensa que también puede ser apelada por la fiscalía, de modo que limitar los recursos a la parte defensiva en el escenario en que sus intereses se vean afectados, convierte el proceso en un escenario de clara vulneración a la igualdad.

25. Un claro ejemplo discriminatorio contra la defensa se presenta cuando a solicitud de la Fiscalía el juez precluye la investigación por la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906/04, esto es, *atipicidad del hecho investigado*, pero la defensa desea que se precluya por la causal 3ª, que refiere a la *inexistencia del hecho investigado*, precisamente porque, dependiendo de la causal escogida se pueden producir a futuro efectos patrimoniales. En esta situación si se le niega el derecho a recurrir la providencia se le está cercenando a la defensa la posibilidad de acudir a una segunda instancia contra decisión que afecta sus intereses.

26. Lo dicho constituye una circunstancia indicativa de que la defensa al igual que las otras partes puede interponer los recursos de Ley contra la decisión que fuere adversa a los intereses del procesado, porque de otro lado, no tendría ningún sentido que las partes acudieran a la audiencia para cumplir el papel de meros espectadores, porque si ello correspondiere a la filosofía del proceso regulado en la Ley 906 de 2004 no sería necesaria la presencia en dicho trámite de la defensa, conclusión que resulta absurda al entender que en el referido estatuto se gobierna un proceso de partes que intervienen en igualdad de condiciones.

27. Es importante recordar que la legislación nacional no prevé restricción alguna para que las partes puedan interponer recursos contra la decisión del juez que niega la preclusión, razón por la cual debe darse aplicación a lo reglado en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, que en su inciso 3º señala: *La apelación procede, salvo los casos previstos en este Código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.*

28. Así entonces como el artículo 331 y siguientes de la Ley 906/04 que regulan la preclusión de la investigación no señalan restricciones respecto de la interposición del recurso de apelación contra el auto que rechaza la preclusión, esta Sala entrará a resolver de fondo la apelación interpuesta por el defensor.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2.1. 38285 (11-07-12) M. P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO – FLAGRANCIA - Rebaja de pena por allanamiento – Interpretación y aplicación del parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, introducido con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

“Por tanto, contrario a lo expuesto por el defensor, el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, introducido con el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio de igualdad, en lo atinente a los beneficios punitivos consignados en la Ley 906 de 2004 frente a los institutos en precedencia enunciados y para aquellos sujetos que no fueron aprehendidos en flagrancia, pues en torno a ese tema no se puede predicar que en ambas circunstancias las personas se encuentran en igualdad de condiciones, pues no es lo mismo haber sido capturado en flagrancia que ser ajeno a tal situación, por cuanto en el primero de los supuestos, surge con mayor nitidez el compromiso penal por esa particularidad, concluyéndose que el desgase del Estado, en orden a investigar la infracción a la ley, es mucho menor cuando media flagrancia que cuando está ausente esa evidencia probatoria; de ahí que no resultaría equilibrado otorgar el mismo beneficio punitivo si el allanamiento a cargos o el acuerdo lo realiza un imputado descubierto en flagrante delito que cuando la aceptación de culpabilidad tiene lugar sin que exista una situación de tanto compromiso probatorio.

(...)

De tal manera, si la intención del legislador, dentro del poder de configuración, fue la de reglar la rebaja de pena derivada del estado de flagrancia, teniendo como fundamento que esa particular situación ofrece sin mayor dificultad los medios de prueba que permiten la emisión, por regla general, de un fallo condenatorio, al consagrar: *“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá 1/4 parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”*, la interpretación del mencionado precepto compete hacerse con total respeto a la sistemática allí contenida, la cual está sustentada en la progresividad de los beneficios punitivos ofrecidos por la aceptación de cargos y los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, atendiendo los diversos momentos procesales en que puede darse la aceptación de responsabilidad.

Si no se hiciera de la manera señalada anteriormente, se entraría al campo del absurdo, pues en la audiencia de imputación la rebaja de pena equivaldría a una cuarta parte del cincuenta por ciento, mientras que para la preparatoria, esto es, ya en el curso del juicio oral, ese beneficio sería de la tercera parte de la sanción a imponer, es decir, habría una mayor rebaja para una etapa más avanzada del proceso, donde el acusado ha prestado menor colaboración con la administración de justicia.

Para prever ese tipo de situaciones en la aplicación de la justicia premial, la Sala en su fallo del 5 de septiembre de 2011, señaló que respetando el principio de progresividad de las rebajas por los institutos tantas veces mencionados, *“los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la 1/4 parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera*

importe que la norma sea anterior o posterior ni su jerarquía. Cfr. *vías de hecho, hábeas corpus y proceso penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 2011, p. 167-170. En la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el referido principio ha sido mencionado en múltiples providencias, de las que son ejemplo las siguientes: 01/06/05, radicación 23660, M.P. QUINTERO MILANÉS, 03/11/04, radicación 22072, M.P. GÓMEZ QUINTERO, 04/05/05, radicación 19094, M.P. RAMÍREZ BASTIDAS, 31/08/05, radicación 21547, M.P. PULIDO DE BARÓN, 22-06-05, radicación 23047, M.P. LOMBANA TRUJILLO, 04/05/05, radicación 23567, M.P. PULIDO DE BARÓN, entre otras.

de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos bien sea por allanamiento o preacuerdo con el fiscal” (página 42 de la sentencia).

En ese propósito, de acuerdo con la Ley 1453 de 2011 el esquema de rebajas por razón de dichos institutos, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero obviamente respetándose las reducciones de pena inicialmente consagradas para el allanamientos a cargos y preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, de las cuales el sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador.

Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación Art. 351	Rebaja original ½ (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria Art.356 N.5	1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un **8.33** por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción”

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora