



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 04 DEL 15 DE MARZO DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

1.1.1

“PARA ESTE CASO LA SOLA CONCILIACIÓN NO CONFORMA EL TÍTULO EJECUTIVO SINO QUE SE HACÍAN NECESARIOS LOS DEMÁS DOCUMENTOS QUE LA COMPONENTE, ESTO ES EL CONCEPTO DE LA SCA, POR LO QUE ESTAMOS FRENTE A UN TÍTULO COMPLEJO”. (...)

« De esta forma, no cabe duda alguna que el acta de conciliación fue allegada con el cumplimiento de los requisitos antes indicados, por lo que prestaría mérito ejecutivo, pero como quiera que la misma en sí no contiene una suma exigible, sino que para ejecutarse era necesario que se aportara lo resuelto en la petición elevada ante la Sociedad Colombiana de Arquitectos por la parte actora, esto es, que una vez ocurriera la condición impuesta por las partes, sí podría ejecutarse. (...)»

Artículo 66 de la 446 de 1998 dice: *“El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”*

Artículo 72 el acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriados prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada.

Además el artículo 14 de la ley 640 en su penúltimo inciso nos advierte que el *“Los efectos del acuerdo conciliatorio y del acta de conciliación previstos en el artículo 66 de la ley 446 de 1998, sólo se surtirán a partir del registro del acta del centro de conciliación.”*

El punto de apelación es, que se decida si como lo indicó el juez de conocimiento en su providencia, que la conciliación realizada entre las partes fue frente al monto que la SCA diera al contrato de diseño urbano y arquitectónico del condominio, o, por el contrario si realmente esa respuesta no es válida por no corresponder a la consulta presuntamente elevada por la parte actora el 26 de febrero de 2009.

En este punto se hace necesario revisar el acuerdo suscrito y traído como título ejecutivo, y en él encontramos que no hay discusión sobre cuáles son las partes y sobre cuál es el problema que se concilia. Al respecto en el numeral 1. del acuerdo conciliatorio dice que las partes *“...aceptan que el valor de la liquidación del contrato del DISEÑO URBANO Y ARQUITECTÓNICO DEL CONDOMINIO RESIDENCIAL “SANTA TERESITA HACIENDA CONDOMINIO TURISTICO” ubicado en jurisdicción del municipio de Restrepo en el departamento del Meta, sea la que se indique en la respuesta de la consulta de la Sociedad Colombiana de Arquitectos realizada el 26 de febrero de 2009 por EDUARDO REVELO PAREDES & CIA EN C.”* y a continuación se ocupan de los aspectos concretos de la liquidación y cómo se actuará en caso de que sea favorable económicamente la liquidación a una u otra de las partes, sin que vuelvan a ocuparse dentro de la diligencia de los aspectos concretos de la petición a que se alude en el encabezamiento, o sea que no le dan importancia especial las partes a la fecha de la petición sino a su contenido.

Por eso se observa que lo importante del acuerdo son las diferencias que se pretendían solucionar ante el centro de conciliación, que se referían concretamente a la liquidación del contrato comercial sobre el *Diseño Urbano y Arquitectónico del Condominio Residencial – Santa Teresita Hacienda Condominio Turístico ubicado en jurisdicción del municipio de Restrepo en el departamento del Meta*, y sobre el cual se soportó la consulta presentada por la actora ante la Sociedad Colombiana de Arquitectos. Obsérvese que los demandados nada tachan sobre el contenido de la consulta ni de la respuesta, sino que se

limitan a objetar la petición por el hecho de no corresponder a una consulta realizada el 26 de febrero de 2009, cuestión que para esta sala no es de la esencia de la conciliación. Al respecto se debe analizar cómo en el acuerdo no entraron en detalles sobre el contenido de lo que contendría la consulta, pues ya se tenía claridad sobre el tema de decisión que se sometería a la Sociedad Colombiana de Arquitectos, y por eso se sometían ambas partes a lo que dicha sociedad estableciera en materia de honorarios para el objeto de la consulta, que era el proyecto de *Diseño Urbano y Arquitectónico del Condominio Residencial – Santa Teresita Hacienda Condominio Turístico ubicado en jurisdicción del municipio de Restrepo en el departamento del Meta*, es decir, ese era el objeto principal de la conciliación, y lo secundario sería la fecha en que se hubiere elevado la consulta, pues sobre sus condiciones, contenido, forma en que se debía hacer nada se dijo, por el contrario se dejó a la iniciativa de la actora, pues como quedó acreditado dentro del plenario, y como lo dijo la apoderada que asistió a los demandados en la conciliación no se indagó sobre la misma.

Por lo anterior, se debe observar que la interpretación que debe darse al caso es la que mejor cuadre a la eficacia de los negocios celebrados entre las partes, más aún en casos como este donde lo central es un acuerdo conciliatorio, en el que está claro el querer de las partes y por eso no puede negarse eficacia por un punto meramente formal y secundario, pues no se ha demostrado que la fecha en que se presentara la solicitud fuera de la esencia o contuviera especiales connotaciones de derechos en favor o en contra de una de las partes, y más bien podría convertirse en un pretexto para no cumplir lo acordado. Obsérvese cómo la parte ejecutada ni siquiera averiguó cuál era el contenido de la petición, por lo tanto se pega de la fecha solamente cuando ya conoce el resultado y sabe que le es adverso.

Por último, si bien se indica a lo largo del proceso que los términos en que se elevó la petición fueron “*amañados*”, y en beneficio de la actora, no se especifica en qué forma la petición favorece a su contraparte, o se deja ver de qué manera lo favorecería, ni se indica que el concepto no corresponda realmente al proyecto o contrato suscrito entre las partes, así como tampoco se acusa siquiera de que los datos se hubieran alterado y que el proyecto no corresponda.

Por el contrario, se acredita que en verdad la actora desde el mes de enero había elevado peticiones a la SCA frente al tema objeto de conciliación, lo que era de pleno conocimiento de la parte demandada, luego no fue un hecho calculado y mentiroso y mucho menos se ha demostrado que hubiera sido de manera malintencionada que hubiera anunciado que ya había elevado peticiones de tal talante ante dicha entidad.

Así las cosas, siendo el objeto del presente proceso el cobro de los saldos partiendo del concepto emitido por la SCA, el cual se fundó en un contrato suscrito por las partes, y sobre el cual no existe ningún reparo, se tiene que el mismo fue aceptado por ambas partes, luego sus resultados son los que se han de tener en cuenta para la liquidación de las sumas que aquí se han de ejecutar”. (...)

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 66 Y 72 LEY 446 DE 1998, y 14 LEY 640 DEL 2001
: ARTÍCULO 488 DEL C.P. C.

FECHA : 2012-03-14
PROCESO : EJECUTIVO SINGULAR
PONENTE : Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
DEMANDANTE : CARLOS EDUARDO REVELO ROJAS
DEMANDADO : ALFONSO ISAAC GUTIÉRREZ PARDO Y OTRO
RADICACIÓN : 34-200900466-01
DECISIÓN : CONFIRMÓ

1.2. Sala de Familia

“LOS LINEAMIENTOS NORMATIVOS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS EXPUESTOS, CONSTITUYEN EL REFERENTE A PARTIR DEL CUAL DEBE RESOLVERSE EL PRESENTE CASO, EN EL ENTENDIDO QUE, SIN DUBITACIÓN ALGUNA, EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO, EN EL MARCO DE UN ANÁLISIS SISTEMÁTICO, DEBE OTORGAR VALIDEZ Y EFICACIA A LAS UNIONES DE HECHO CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO, A LAS CUALES DEBEN APLICARSE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA LEY 54 DE 1990, ESTATUTO QUE HABILITA IGUALMENTE LA VIABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES QUE EMANA DE AQUELLAS, SI SE CUMPLEN LAS CONDICIONES EXIGIDAS EN LA CITADA LEY PARA TAL EFECTO.

En el *sub-lite* la pretensión gira en torno a la declaración de la existencia de la unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial entre DAVID RODRÍGUEZ MAHECHA y JAVIER IGNACIO GONZÁLEZ LUNA (q.e.p.d.).

El artículo 1° de la ley 54 de 1990 define la unión marital de hecho como *"la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular"*.

La unión marital de hecho, como una nueva forma de constitución de familia, tuvo configuración legislativa en desarrollo del precepto constitucional contenido en el artículo 42 superior, que previó la conformación familiar *"por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"*. En ese sentido la Corte Constitucional, en sentencia C- 098 de 1996, estudió el contenido de la ley 54 de 1990 y señaló:

"El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho social innegable en Colombia ("son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso") y fuente de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" – equiparados en la legislación civil – con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado (Exposición de motivos. Anales del Congreso No. 79 de agosto 15 de 1988).

(...)

"Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia.

(...)

"La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, "aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales", debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar" (Negrilla fuera del texto)

Este precedente constitucional resalta las transformaciones en las prácticas sociales y su incidencia en la configuración de nuevas formas familiares en la sociedad colombiana; en este contexto, la teleología constitucional de protección integral a la familia *"que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"* - art. 42 C.N.-, motivó el cambio normativo hacia el reconocimiento y regulación legal de la unión marital de hecho, para garantizar los derechos de quienes la conforman.

Como consecuencia de la regulación de la unión marital de hecho, son varios elementos de fondo que, según los doctrinantes, deben concurrir para la estructuración de ésta institución familiar:

1. ***La idoneidad marital de los sujetos:*** Este elemento se refiere a la aptitud de los compañeros para la formación y conservación de la vida marital, y exige a la vez:
 - a. Dualidad de seres humanos,
 - b. Diferencia de sexos y
 - c. Capacidad sexual.

2. **La legitimación marital**, que es el poder o potestad para conformarla; elemento autónomo, que presupone la existencia de libertad marital.
3. **Comunidad de vida**: Esta tiene que ver con la real convivencia de la pareja, traducida en la cohabitación, el socorro y ayuda mutuos, y, en general, la manifestación concreta de solidaridad familiar en la vida cotidiana de los compañeros permanentes, que es expresión de la *afectio maritalis*.
4. **Permanencia marital**: Este elemento implica verificar fácticamente que la unión marital tiene vocación y manifestación objetiva de estabilidad. Dicha proyección en el tiempo conduce a presumir la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, si se ha prolongado por un lapso de dos años dentro de la vigencia de la ley 54 de 1990.
5. **Singularidad marital**: Presupuesto que guarda similitud con la unión conyugal, pues para su existencia y validez debe ser única o singular, por cuanto la monogamia es elemento estructural de la familia en nuestra sociedad, lo cual implica que no es admisible para su configuración la coexistencia dentro de un mismo lapso temporal, de otras relaciones maritales fácticas o de una relación conyugal cuya sociedad conyugal se encuentre aún no disuelta – art. 2º Ley 54 de 1990-.

Respecto al requisito de *idoneidad marital de sujetos*, según el cual la unión marital de hecho está formada por un hombre y una mujer, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, la Corte Constitucional profirió la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007, en la cual examinó la norma en cuestión, a partir de diversos elementos de la teoría jurídica constitucional, tanto nacional como extranjera y del examen de los derechos inherentes a la comunidad homosexual y consideró:

"La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.

"En ese contexto se ha señalado que "Dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la constitución, precisamente porque la carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana

(...)

"De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.

(...)

"En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.

"En ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.

"Esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social

exigen un reconocimiento jurídico, que en el ámbito en el que la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada apta, remite a la consideración del régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de que el mismo se haya previsto exclusivamente en función de las parejas heterosexuales”.

En el referido pronunciamiento de constitucionalidad, que hizo tránsito a cosa juzgada material, concluyó la Corte Constitucional:

“...encuentra la Corte que es contrario a la constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Es decir que las parejas homosexuales que cumplan con las condiciones previstas por la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, crea el régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes puedan, de manera integral o conjunta acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo considera adecuado”.

Ahora, en el avance de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las parejas homosexuales, mediante la sentencia C-336 de 2008, ese máximo tribunal dejó sentado que aquellas pueden acceder a la pensión de sobrevivientes al igual que las parejas heterosexuales. Y, en el fallo de constitucionalidad C-029 de 2009, la Corte Constitucional hizo un estudio trascendental sobre la constitucionalidad de 42 normas, incluidas en aproximadamente 20 leyes, donde garantiza de manera amplia los derechos de las parejas homosexuales en distintos ámbitos, que no viene al caso especificar dentro de esta providencia.

De otro lado, desde la doctrina, el tratadista PEDRO LAFONT PIAANETTA, en su obra “DERECHO DE FAMILIA, Derecho Marital Filial, Funcional”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 4ª Ed. Bogotá D.C., 2009, refiriéndose al tratamiento semejante entre las parejas heterosexuales y las homosexuales de cara a la ley 54 de 1990, expuso:

“La base o antecedente que la Ley toma para construir la presunción legal de sociedad patrimonial es una unión marital de hecho específica, hoy extendida a las parejas del mismo sexo. (...) Su tratamiento jurídico es semejante (...) significa que la pareja del mismo sexo sea exactamente una pareja marital, como sucede con la unión marital de hecho, razón por la cual se le exigen los mismos requisitos de esta última, como son la idoneidad de personas del mismo sexo y la comunidad de vida permanente y singular, e igualmente sus efectos personales de vínculo de unión y del estado (de compañeros o compañeras) con los deberes, derechos y responsabilidad (vgr. comunidad de vida, respeto, socorro, fidelidad y debito).(...) EXISTENCIA DE LA UNION MARITAL DE HECHO O DE PAREJA DEL MISMO SEXO.- Para que opere la presunción de sociedad patrimonial se necesita que se encuentre debidamente probada la existencia de la unión marital de hecho, o en su caso de pareja del mismo sexo”. Ob. cit. pp. 194, 195 y 197.

No obstante, precisa el autor en la misma obra que, si bien es cierto el tratamiento es semejante, aún en cuanto a los efectos de carácter personal, si se observa la naturaleza *sui generis* de la relación de *facto* de pareja homosexual, ésta comporta notorias diferencias, frente a las de naturaleza heterosexual, que le dan a aquella un carácter especial, que toca con los efectos de la declaratoria judicial de existencia de esas uniones de pareja; así por ejemplo, estas se sustentan en la libertad de conformar pareja, que implica el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, y, de otra parte, *“también implica el reconocimiento a estas personas del derecho a la conformación responsable (art. 42, inc. 1º C. Po.) de una unión o pareja marital del mismo sexo...”*; (...) **“la vida sexual** de estas uniones no es una auténtica vida marital, esto es de marido y mujer, y con eventuales fines de procreación, como ocurre en la unión marital de hecho de, pero, al igual que esta, requeriría de la permanencia y la singularidad” ob. Cit. pp. 196 y 197.

En lo relacionado con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho conformadas por parejas homosexuales, el máximo tribunal constitucional consideró en la misma sentencia C-075 de 2007:

"La decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

"Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia¹, se expresa la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia. La afectación de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa, de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante que dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional reconoció jurídicamente la viabilidad de la aplicación de la ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo, en lo atinente a la conformación de la sociedad patrimonial entre ellos, lo cual, presupone necesariamente la acreditación dentro del proceso de la existencia de una unión que reúna las características de comunidad de vida, singularidad y permanencia que prevé la ley 54 de 1990 para las uniones de hecho heterosexuales, todo ello, sobre la base de que ese reconocimiento jurídico es expresión de la garantía al derecho fundamental a la libre elección sexual, asunto que pertenece al fuero interno de las personas, en el que el Estado no puede intervenir imponiéndoles una específica forma de vida, sino, al contrario, debe respetar y reconocer el derecho fundamental a la autonomía personal, y a la dignidad humana, valor esencial que garantiza que las personas puedan desarrollar su propio proyecto de vida, de manera libre y responsable.

(...)

... si bien es cierto entre DAVID RODRÍGUEZ MAHECHA y JAVIER IGNACIO GONZÁLEZ LUNA existió una relación sentimental, la misma no alcanzó a configurar a plenitud los presupuestos fácticos exigidos, para que se estructure una unión de hecho entre parejas del mismo sexo, pues no se demostró que esa convivencia tuviera los visos de una verdadera comunidad de vida, ni que hubiese tenido la continuidad y permanencia requeridos en los términos de la ley 54 de 1990 y las características exigidas por la jurisprudencia, según viene de verse.

Por lo anterior, se colige que, en el evento que hubiese existido la convivencia alegada por el demandante, esta no tuvo la estabilidad y la permanencia que exige la ley para su cabal conformación, pues, para que se estructure una unión de hecho entre parejas del mismo sexo, o una comunidad de vida, si en gracia de discusión, no fuese posible aun declarar la existencia de la unión de hecho homosexual, se debe demostrar suficientemente la existencia de ésta con proyección fáctica permanente y estable, que denote la existencia de un proyecto de vida y una comunidad de esfuerzos de la pareja, donde se exteriorice el socorro, la ayuda mutua, el ánimo perseverante de convivir bajo el mismo techo, no de manera fragmentada o interrumpida, lo que no se vislumbra en los elementos de prueba recaudados en el proceso, pues sólo logró establecerse que JAVIER IGNACIO GONZÁLEZ LUNA tuvo una relación afectiva con el aquí demandante, que no llegó a configurar una verdadera comunidad de vida permanente y singular; carga probatoria que le correspondía a la parte actora, a voces de lo prescrito en el artículo 177 C. de P. C., quien lo intentó sin éxito, por lo que no pueden alcanzar prosperidad las pretensiones de la demanda, y, por ende, deberá confirmarse la sentencia apelada". (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 75 NUMERAL 11 DEL C.P.C.
: ARTÍCULO 85 DEL C.P.C.
FECHA : 2011-05-24
PROCESO : ORDINARIO DE UNIÓN MARITAL DE HECHO
PONENTE : Dr. IVAN ALFREDO FAJARDO BERNAL
DEMANDANTE : DAVID RODRÍGUEZ MAHECHA
RADICACIÓN : 62011
DECISIÓN : CONFIRMA LA NEGACIÓN

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

RA Rad. 11001600005720088012001 (14-03-12) TERCERO DE BUENA FE – Debido proceso – Derecho de contradicción – Intervención procesal – Garantías – Aplicación del principio de integración normativa para regular su intervención procesal / NULIDAD – Por violación de garantías procesales a tercero de buena fe.

“De la premisa contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, se deriva que nadie puede ser condenado sin que previamente haya sido escuchado, permitiendo su defensa, la posibilidad de presentar pruebas, controvertir las que se alleguen en su contra e impugnar los fallos adversos, garantía que no radica única y exclusivamente en cabeza del procesado, sino que se hace extensiva a la integridad de los intervinientes dentro de “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, según deriva del inciso primero de la norma constitucional.

En toda actuación judicial – penal en el que se adopten medidas que afecten derechos de terceras personas, para el caso concreto bienes muebles e inmuebles, deriva incontestable que tal decisión debe estar precedida de esas reglas que comportan un proceso como es debido, esto es, que en forma diligente los servidores públicos competentes realicen las gestiones a su alcance a fin de notificar a todos los que pudieran tener algún derecho sobre dichas cosas para que, si a bien lo tienen, acudan a hacer valer sus pretensiones dentro de un debate contradictorio, con igualdad de oportunidades.

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de 28 de octubre de 2009, dentro del radicado 32452, MP Alfredo Gómez Quintero, precisamente al tratar el tema, vulneración de los derechos de los terceros de buena fe indicó:

“... Y es que despojar, con carácter de cosa juzgada, a un ciudadano del dominio que ejerce sobre un bien, tiene carácter de condena, de sanción, por modo que tal consecuencia solamente puede derivar de un juicio justo en donde sea escuchado y vencido legalmente. Ello no sucedió...”.

(...)

“... Si el mandato constitucional no fuese suficiente, que lo es, múltiples disposiciones del Código de Procedimiento Penal obligaban a fiscales y jueces a buscar a aquellos terceros que pudiesen tener algún derecho sobre el bien para escucharlos y permitirles defenderse.

Los artículos 1º, 4º, 5º, 7º, 10, 15 y 20, normas rectoras, obligatorias, prevalentes sobre cualesquiera otras y que deben ser utilizadas como fundamento de interpretación (artículo 26), imponen a los servidores la carga de respetar la dignidad de todos los intervinientes dentro del proceso, de hacer efectiva la igualdad con que deben ser tratados, de obrar imparcialmente orientándose por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Esas disposiciones también imponen el deber de no invertir la carga probatoria, de desarrollar la actuación con total respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella, teniendo como norte la eficacia del ejercicio de la justicia y la prevalencia del derecho sustancial, encontrándose obligados (los jueces) a corregir los actos irregulares tendiendo siempre al respeto de los derechos de los intervinientes. Igual es carga de los funcionarios garantizar a todas las partes el derecho a conocer y a controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, y respetar la facultad de impugnación contra las decisiones que tengan efectos patrimoniales.

En el caso analizado todos esos mandatos rectores del sistema procesal acusatorio fueron obviados en perjuicio del dueño del vehículo, como que no fue buscado para ofrecerle un trato equitativo a las demás partes, esto es, escucharlo y permitirle la defensa, y cuando se enteró de lo sucedido e imploró se conociera su versión no se le prestó atención alguna, actitud judicial que, obviamente, no se interesó, al menos sobre este aspecto, por establecer la verdad de manera imparcial y objetiva.

No sólo se invirtió la carga de la prueba en contra de ese tercero, sino que se le condenó sin siquiera esgrimir argumento alguno que indicase que por no haber obrado de buena fe debía ser despojado de su patrimonio, esto es, se lo expropió con irrespeto total de sus derechos a probar, contra-probar, a impugnar...”

En el caso analizado, es claro que las garantías fundamentales de esos terceros de buena fe fueron transgredidas, sin desconocer que el 27 de noviembre de 2008, en audiencia preliminar, el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías decretó el embargo y secuestro de los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias números 366-32683, 36616271, 366-16270 y 36629509 y vehículo automotor de placas BRG-743, conforme lo previsto en el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, esto es, para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, pues si bien Rubiela Osorio Londoño a través de su representante compareció al proceso, lo cierto es que no tuvo oportunidad de controvertir la decisión adoptada por el juez de garantías ni mucho menos de probar que la compraventa anulada por el juez de instancia fue suscrita atendiendo los requisitos legales exigidos para el efecto, pues su presentación en el proceso se efectuó en la audiencia en la que las partes se pronunciaron sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable y la probable determinación de la pena aplicable, que se llevó a cabo finalizado el trámite del incidente de reparación y previo a adoptar la decisión final que puso fin al proceso en primera instancia.-

No desconoce la Sala, que el apoderado de la señora Osorio Londoño en el citado traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, aportó al diligenciamiento varios elementos de convicción que acreditaban que había adquirido los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 366-16270 y 366-29509 de buena fe, como promesa de compraventa, certificado de tradición y escritura pública, pero revisado cuidadosamente el diligenciamiento se encuentra que éstos no fueron valorados, pues el a quo señaló que los mismos no podían ser tenidos en cuenta atendiendo que dicha facultad solo la podía ejercer hasta antes de iniciarse el juicio oral y además era un juez de garantías el que debía resolver sobre el particular, sin embargo, decretó la nulidad de la compraventa efectuada por dicha ciudadana con el acusado José Higinio Vargas Méndez.

Así las cosas, a la señora Osorio Londoño se le condenó sin esgrimir argumento alguno que indicase que por no haber obrado de buena fe debía ser despojada de su patrimonio, lo que llevó sin equívoco alguno, al total irrespeto de su derecho a probar y contraprobar lo que en esa última oportunidad procesal anunció, en otras palabras, la sentencia del a quo transgredió derechos a la peticionaria, en tanto la despojó de su patrimonio, sin ser vencida ni oída en juicio.-

(...)

Recuérdese que el 27 de noviembre de 2008, en audiencia preliminar, el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías decretó el embargo y secuestro de los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias números 366-32683, 366-16271, 366-16270 y 366-29509 y vehículo automotor de placas BRG-743, conforme lo previsto en el citado artículo 92 de la Ley 906 de 2004

En conclusión en el trámite revisado se faltó a las formas propias de un proceso como es debido y a las garantías de la señora Rubiela Osorio Londoño, quien se anunció como tercero de buena fe, en su condición de propietaria de los inmuebles identificados con la matrícula inmobiliaria 366-16270 y 366-29509.

(...)

Y como quiera que esas irregularidades sustanciales están previstas como motivos de nulidad en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, se **declarará la nulidad parcial** de la sentencia de 7 de febrero de 2011, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, exclusivamente en cuanto **decretó de la nulidad de los negocios jurídicos** realizados por los procesados para que se adelante en debida forma un trámite incidental donde aquellas personas que se crean con derechos sobre dichos bienes ejerzan su derecho de contradicción, como bien tuvo oportunidad la H. Corte Suprema de señalarlo en la sentencia arriba citada y en la que concluyó vulneración de garantías fundamentales de terceros de buena fe, como en este particular caso.

“.. Es cierto que la Ley 906 del 2004 parece que no estableció con claridad un procedimiento a través del cual quienes se consideren terceros de buena fe puedan concurrir a hacer valer sus derechos. El supuesto vacío, no obstante, no puede servir de excusa para dejar de actuar, o, lo que es más grave, para hacerlo con irrespeto total de los derechos de esos posibles terceros de buena fe, en lo que constituye una perversión del debido proceso, pues en este caso, en últimas, el procedimiento porque se optó y decidió comportó una condena originada exclusivamente en una responsabilidad objetiva.

El artículo 25, que regula el principio de integración, dispone que cuando existan materias que no estén expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal se debe acudir al de Procedimiento Civil. Y en los artículos 135 y siguientes del último estatuto se desarrolla todo lo relacionado con el trámite de incidentes procesales, previstos precisamente para resolver cuestiones accesorias.

Que el procedimiento civil, en cuanto a su forma, sea diferente del previsto en la Ley 906 del 2004, en modo alguno puede ser obstáculo para implementarlo en aquellos aspectos en que la última no haya reglado un asunto específico, tal como argumenta la Procuraduría, pues cuando el legislador procesal penal permitió la integración, en norma rectora y prevalente, conocía con suficiencia las características del estatuto procesal civil, y con conciencia de ello, ordenó la remisión...”²

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. CEPEDA DE NOPE SARA Rad. 110013104008200900206 (09-11-11) DETERMINADOR – Noción – Configuración: Mecanismos de inducción / CONGRUENCIA – No se viola este principio por la variar la imputación de autor a determinador.

“Sobre el particular, es acertado el criterio del censor en el sentido de la ausencia de medio probatorio que demuestre que el certificado judicial espurio hubiese sido elaborado por CANCELADA DUPONT, ya que incluso el detective del DAS, JUAN CARLOS ZULUAGA DUCUARA, coloca en duda que el procesado haya sido el sujeto encargado de crear o alterar el contenido del documento,...

(...)

Por tal motivo, el Tribunal concluye que resulta incorrecto imputar al procesado OSCAR HERMES CANCELADA DUPONT la conducta punible en calidad de autor, sin embargo sus actos si constituyen una clara participación en el ilícito como **determinador** del hecho criminal.

El artículo 30 del Estatuto Penal dispone que son partícipes el determinador y el cómplice. En cuanto al primer tipo de participación refiere que actúa en tal calidad quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica y que incurre en la pena prevista para la infracción.

La jurisprudencia ha ampliado el concepto de este modo de participación en el delito, de la siguiente manera:

*“Recuérdese que el determinador, como lo ha dicho la Corte desde antaño, es la persona que mediante instigación, **mandato**, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal...”³ (negrilla fuera del texto original).*

La doctrina nacional por su parte, referente al estudio de la determinación o instigación ha precisado:

“Por “instigación” o “inducción”, se entiende la figura en virtud de la que una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto; de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor concreto la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc.; lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida”⁴.” (negrilla fuera del texto original).

Por consiguiente, se concluye, OSCAR HERMES CANCELADA DUPONT actuó en tal condición, pues como lo indica el testigo JUAN CARLOS ZULUAGA DUCUARA, dentro de la acción criminal el sindicado cumplía la labor de mandar elaborar los certificados judiciales falsos a otra persona, y de esta manera lograba materializar la conducta descrita en el tipo penal de falsedad material en documento público.

Consecuencialmente, se mantiene la condena a OSCAR HERMES CANCELADA DUPONT **en calidad de determinador** de la conducta punible, variación que en nada incide en materia de punibilidad, pues como lo contempla el artículo 30 del Código Penal incurre en la misma pena prevista para el autor de la infracción, así como tampoco se inflige con esta variación el principio de congruencia⁵, pues se trata de una valoración de tipo jurídico que desde el punto de vista de la sanción no implica un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni altera el núcleo fáctico de la acusación.”

² Sentencia de 28 de octubre de 2009, radicado 32452, MP Alfredo Gómez Quintero

³ Sala de Casación Penal – Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 25 de febrero de 2004, radicado 19.886.

⁴ FERNANDO VELASQUEZ V., Manual de Derecho Penal, Parte General. Tercera Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Pág. 458

⁵ Sala de Casación Penal – Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicado 26.513.

1.3. M. P. CEPEDA DE NOPE SARA Rad. 110016000019201010166 01 (05-03-12) PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Exclusión de beneficios y subrogados por antecedentes - Aplicación del el inciso 3o del artículo 13 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 68A del Código Penal

“Si la condena o antecedente penal que registra Ruslan Gustavo Nemeguen Mora de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Nacional y según información del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, es del 8 de noviembre de 2007, claro es que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, regía para ese momento, puesto que cobró vigencia el 28 de junio de 2007, hizo bien el a quo en acudir a esta disposición para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional.-

Circunstancia diferente es que atendiendo el principio constitucional de favorabilidad, la citada prohibición no debe ser tenida en cuenta, pues el inciso 3o del artículo 13 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 68 A del Código Penal, de manera expresa señala que lo dispuesto en esta normatividad, para el caso, prohibición de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuanto el procesado fue condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, no se aplicará *respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos”*.

Eventualidades que se presentaron en el sub exámine, pues recuérdese que previo a dar inicio a la audiencia de formulación de acusación, Ruslan Gustavo Nemeguen Mora asesorado por su defensor y el ente fiscal llegaron a un preacuerdo, consistente en que aceptaba su participación y consecuente responsabilidad en los delitos imputados a cambio de una rebaja de pena de una tercera parte, y como consecuencia de ello, se le impusiera una pena definitiva de 34 meses y 20 días y multa de 22,22 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
PRESIDENTE

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
RELATORA