

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA- DICIEMBRE DE 2011 – ENERO DE 2012**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – La subsidiariedad que la distingue exige hacer uso de todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial. **Página 30.**

APELACIÓN - No existe interés para recurrir cuando el tema propuesto en ella no fue discutido en la primera instancia. **Página 62.**

BIENES BALDÍOS – Son imprescriptibles y su propiedad, aunque se hayan ocupado durante largo tiempo, no se gana por medio de la prescripción adquisitiva. **Página 11.**

CONDENA POR PERJUICIOS MORALES – No genera intereses moratorios. **Página 34.**

CRÉDITOS NO DESTINADOS A LA ADQUISICIÓN O FINANCIACIÓN DE VIVIENDA – En ellos no es posible exigir los beneficios consagrados en la ley 546 de 1999. **Página 22.**

DECISIÓN QUE NIEGA LA PRECLUSIÓN – Sólo es apelable por la Fiscalía. **Página 64.**

DECLARACIONES DE LOS MENORES – Están sometidas a reglas especiales. **Página 83.**

INTERDICCIÓN JUDICIAL DEL SORDOMUDO – Es necesario establecer su incapacidad para darse a entender por cualquier medio o para administrar sus bienes. **Página 7.**

DECLARACIÓN DE PERTENENCIA – No es poseedor, por haber perdido tal condición de manera definitiva, quien no se opuso a la diligencia de secuestro sobre el bien que pretende prescribir. **Página 46.**

DOCUMENTOS PÚBLICOS – Así sean públicos, sólo pueden ser introducidos al juicio mediante el respectivo testigo de acreditación. **Página 101.**

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD – El servicio que prestan no debe ser tardío, sino oportuno y eficaz. **Página 3.**

FUNCIONARIOS JUDICIALES – Les está prohibido designar abogado de oficio u otorgar amparo de pobreza a los sujetos procesales sin que medie petición expresa en tal sentido. **Página 30.**

HISTORIA CLÍNICA – Es ilícito utilizarla para indagar la vida sexual de la víctima. **Página 72.**

ILEGALIDAD DE LA PRUEBA – No genera nulidad sino exclusión. **Página 83.**

IMPEDIMENTO POR HABER DADO OPINIÓN SOBRE EL CASO – Es necesario que la opinión sea emitida por fuera del proceso y se halle estrechamente relacionada con el asunto a resolver por el funcionario. **Página 74.**

INCENTIVO EN ACCIONES POPULARES – No es posible su reconocimiento a partir de la expedición de la Ley 1425 de 2010. **Página 58.**

JUEZ DE TUTELA – No puede pronunciarse sobre el porcentaje de recobro al Fosyga. **Página 94.**

LEY PROCESAL CIVIL No exige la notificación personal del auto que acepta la cesión o el auto que fije fecha para remate. **Página 30.**

NULIDAD DE TESTAMENTO – Es necesario, para desvirtuar la presunción de capacidad testamentaria, aportar la plena prueba sobre la supuesta enfermedad mental padecida por el causante al momento de otorgarlo. **Página 24.**

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – Es obligación del juez presenciar la práctica de la prueba valorada en la sentencia. **Página 90.**

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD ESTRICTA – Afecta, en los casos de aceptación de cargos, a dicho acto, y no a la formulación de la imputación. **Página 69.**

OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL – No implica, inevitablemente, que el juez deba ordenar la práctica de uno nuevo. **Página 5.**

PERTENENCIA – No es viable su declaración cuando el demandante ha reconocido dominio ajeno. **Página 46.**

PRESCRIPCIÓN - En nuestro sistema procesal actual no está previsto que el ejecutado pueda alegar una prescripción ocurrida dentro del proceso. **Página 50.**

PRESCRIPCIÓN – Interrupción por la presentación de la demanda. **Página 50.**

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA – Quien reconoce dominio ajeno no tiene la intención o el ánimo de ser dueño. **Página 18.**

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL PROPIETARIO INSCRITO – Es procedente cuando éste pretende sanear su título de dominio. **Página 41.**

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA – Momento a partir del cual comienza a correr el termino en obligaciones pactadas por cuotas y cláusulas aceleratorias. **Página 50.**

PRUEBA TRASLADADA – Son auténticas las copias cuando se tiene certeza de cuál autoridad pública proceden y el funcionario, la fecha y el proceso en que se ordenó compulsarlas. **Página 78.**

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES –Es procedente si la víctima otorgaba un beneficio económico y afectivo a un pariente respecto del cual no tenía obligación alimentaria. **Página 34.**

RECURSO DE APELACIÓN – No procede contra el auto que admite pruebas en la audiencia preparatoria. **Página 101.**

REDENCIÓN DE PENA POR ESTUDIO - Se asimila a un beneficio, aunque la norma no la haya distinguido como tal. **Página 105.**

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO – Está prohibida para el caso de los delitos sexuales contra menores. **Página 107.**

RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS – Correspondía efectuarla a quien tenía la calidad de acreedor al 31 de diciembre de 1999. **Página 22.**

RESPONSABILIDAD CIVIL -Carece de relevancia la denominación de contractual o extracontractual dada por el demandante. **Página 14.**

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – Por el deficiente suministro de energía eléctrica a contenedores destinados al almacenamiento de frutas. **Página 14.**

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS – Incumbe al propietario del vehículo causante del daño cuando tiene la condición de guardián de la cosa al momento del accidente. **Página 34.**

SOCIEDAD CONYUGAL – No existe recompensa a su favor cuando alguno de los cónyuges, durante su vigencia, enajena un bien social. **Página 38.**

SORDOMUDEZ – No es condición que determine, por sí misma, la incapacidad de quien la padece. **Página 7.**

SUMA DE POSESIONES – Es necesario probar, además del vínculo entre antecesor y sucesor, los actos de dominio tanto en el uno como en el otro. **Página 41.**

TERCERO INCIDENTAL – La constitución de parte civil que haga el directo perjudicado con el delito no impide que el tercero comprador de buena fe sea reconocido en tal calidad. **Página 109.**

TERMINACIÓN DEL PROCESO EN VIRTUD DE LA LEY 546 DE 1999 - No acarrea la ineficacia de la interrupción civil de la prescripción. **Página 50.**

TERRORISMO – Zozobra o terror en la población, o en un sector de ella. **Página 78.**

TESTIMONIO ÚNICO – Valoración. **Página 98.**

TOMA DE FLUIDOS CORPORALES – Es indispensable la autorización previa del juez de control de garantías. **Página 72.**

TRATAMIENTO MÉDICO INTEGRAL – Criterios para establecer su necesidad y para fijar los límites de las prestaciones. **Página 93.**

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - El juez no puede ordenar el cumplimiento de una providencia cuando esta no ha sido notificada y aún no se encuentra ejecutoriada. **Página 60.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD – El servicio que prestan no debe ser tardío, sino oportuno y eficaz.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-608 de 2008 y 053 y 658 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(El problema jurídico) estriba en dos aspectos (i) determinar la procedencia del amparo tutelar pese a que se le están prestando los servicios médicos ordenados por el galeno tratante pero de una forma tardía. (ii) la procedencia del recobro ante el FOSYGA por la atención de salud prestada a una paciente con antecedentes de cáncer cervical y que padece insuficiencia renal.

En primer lugar, cabe anotar como lo ha hecho en otras oportunidades, que tratándose de la protección del derecho a la salud de personas que hacen parte del régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, la jurisprudencia ha sido específica en determinar la obligación que le compete a la EPS en la prestación rápida y oportuna en la prestación de los servicios de salud a sus afiliados

Entonces, es obligación de la entidad prestadora de salud que en forma directa o a través de las entidades públicas o privadas con las que tenga contrato, ordenar los servicios requeridos por los médicos tratantes, en aras de lograr la protección de los derechos fundamentales constitucionales, atendiendo criterios tales como la necesidad o urgencia del servicio o el tratarse de personas que tienen una protección constitucional reforzada (menores de edad, personas de la tercera edad, discapacitados o personas en condiciones de debilidad manifiesta, entre otros), garantizando que la orden impartida a la IPS sea realmente cumplida y el servicio sea efectivo.

Ahora bien, dicha obligación no se circunscribe únicamente a ordenar el servicio médico requerido, sino que se debe actuar en procura del total reestablecimiento de la salud de sus afiliados, es decir, brindar un tratamiento integral.

Es importante resaltar la obligación de la EPS para con los afiliados en el sentido de garantizar todos los servicios médicos necesarios para el reestablecimiento de la salud del paciente, petitorio al que es procedente acceder por medio de este mecanismo, pues la acción de tutela, pues la EPS, debe proporcionar a la accionante todo el tratamiento ordenado por el médico tratante, de acuerdo a la patología que presenta actualmente.

Ahora bien, se duele la accionante de las demoras en la programación de las citas y la falta de especialistas por parte de la accionada, hecho que desmejora su salud dada la gravedad de la enfermedad que padece, ante esta situación, el juez de primera instancia consideró que no existe prueba de que la EPS le haya negado algún servicio médico, razón suficiente para negar el amparo deprecado.

Esta Sala no comparte la decisión del a quo, pues con vista en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que ha establecido que el *“DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad”*, se colige que le corresponde a la EPS, no solo suministrar el tratamiento integral requerido sino garantizar que este sea prestado de

forma oportuna y eficaz, actuando en aras de mejorar la salud de la paciente y evitando las complicaciones que puedan surgir con ocasión de las demoras en la prestación del servicio, si se repara en que la delicada patología de la actora, no puede dar tregua en cuanto a la atención y prestación de los requerimientos que demanda.

Este argumento se torna suficiente para conceder la guarda extraordinaria, en la precisión que respecto al recobro solicitado por la NUEVA EPS por los servicios médicos NO POS que puedan surgir del tratamiento integral, este pedimento es procedente, de conformidad con el artículo 145 de la ley 1438 del 19 de enero pasado.

En mérito de lo expuesto, es claro que la sentencia impugnada deberá ser revocada. En consecuencia se concede el amparo tutelar deprecado por la señora MARÍA ALIRIA OSORIO PÉREZ y se ordena a la NUEVA EPS que en lo sucesivo de forma inmediata y prioritaria suministre los servicios de salud ordenados por el médico tratante y los que se deriven del tratamiento integral, sin dilaciones, ni demoras injustificadas.

Igualmente se autoriza a la NUEVA EPS, para que recobre ante el FOSYGA, por el 100% de los servicios prestados y cuyos costos no esté en la obligación de asumir.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00347-01) del 17 de noviembre de 2011, con ponencia de la Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL – No implica, inevitablemente, que el juez deba ordenar la práctica de uno nuevo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 186 y 235, numeral 8º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 2004-00590-00 del 17 de junio de 2004 y 2348 del 28 de junio de 2010, con ponencia de William Namén Vargas.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)La vulneración del debido proceso, merced a la cual la señora juez a quo concedió la guarda extraordinaria tiene estribo en: (i) que mediando escrito

de objeción al dictamen pericial, lo conducente era abrir el incidente a pruebas, disponiendo de la práctica de una nueva pericia; y (ii) que como el juez accionado, echó de ver dicha etapa procesal pasando a emitir el fallo de rigor, donde restó valorar el dictamen pericial adosado, dichas particularidades denotan la suficiente relevancia constitucional para tener acreditado el menoscabo del debido proceso.

No comparte la Sala los argumentos de la juez de primera instancia por las razones que pasan a anotarse.

El artículo 238 numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, establece que para la contradicción de la pericia se procede de la siguiente forma *“En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán estas pedir pruebas. El Juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas”*

De conformidad con la preceptiva legal en cita, se colige que el juez tiene la facultad de decretar las pruebas que considere necesarias; lo que significa que tal prerrogativa no se constituye en un imperativo legal, esto es, que siempre que se trate de la objeción, fatal e ineludiblemente debe decretarse un nuevo dictamen pericial, máxime que con vista en el escrito presentado por la parte demandante, ésta en momento alguno hizo mención a la práctica de un nuevo dictamen, pues si se recaba, tan solo solicitó valoración de la prueba documental aportada al proceso y obsérvese que el accionante, guardó absoluto silencio dentro del término de traslado de la objeción por error grave, por lo que no puede por medio del presente trámite tutelar, revivir un término que dejó fenecer dentro de la acción judicial.

Claro que de haberse presentado un yerro de procedimiento, no tendría la entidad suficiente de restar validez a la actuación desplegada, tampoco se avista que exista una errada valoración probatoria, ya que si bien la juez no elaboró una providencia prescindiendo del periodo probatorio (art. 186 CPC), ello, no es razón para entender vulnerados los derechos fundamentales del actor, pues éste aspecto de carácter formal del proceso, no impidió que se efectuara una debida valoración de las pruebas allegadas al proceso, especialmente las que se solicitaron en la objeción por error grave, tal como se observa a folios 225 y siguientes del cuaderno principal, en la cual luego de un minucioso estudio de cada uno de los puntos tratados en el dictamen pericial concluyó *“que no se probó el banco demandante (sic) haya cobrado intereses superiores a los que el gobierno nacional autoriza, por lo que se tendrá por cierto que los hace ajustado a la ley”*.

De tal manera, se observa que las providencias atacadas por este mecanismo constitucional, fueron fundadas en razonamientos jurídicos

lógicos y valederos, máxime cuando el juzgador cuenta con su propia autonomía en su labor de apreciación de las pruebas a la luz de la sana crítica, mas aún tratándose del dictamen pericial cuya valoración en cual ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia así *“La prueba pericial es el dictamen mismo, y en su valoración el juez tiene un razonable y discreto poder, a cuyo propósito, tendrá “siempre presente la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos de convicción (arts. 187 y 241 C.P.C.) siéndole permitido acoger como fruto de dicho escrutinio intelectual sus conclusiones, bien de manera total, ora de forma parcial” (cas. civ. sentencia de 28 de junio de 2000, exp. 5348)”*, de tal manera que el juez tiene la facultad de apartarse del dictamen pericial, cuando halle probada una objeción por error grave, sin que ello implique un error de tal naturaleza que vulnere los derechos fundamentales del actor, en tanto que la norma procesal civil no consagra una tarifa legal.

Así pues guardando visos de razonabilidad lo expuesto por el despacho accionado, no puede catalogarse de arbitrario o caprichoso, pues la valoración que se le ha dado a las pruebas no luce irracional, más aún cuando las normas que rigen los créditos de vivienda, han sido objeto de múltiples interpretaciones, siendo un tema que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, diferente es que, la decisión no favorezca las pretensiones del actor, lo cual se escapa de la orbita del juez de tutela, pues este mecanismo preferente y sumario, no puede ser utilizado como una tercera instancia, para atacar decisiones judiciales producto de un largo proceso.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“la razonabilidad de la interpretación plasmada en el pronunciamiento judicial materia de la solicitud de amparo es irrefutable. Lo cual es óbice para que el funcionario que conoce de la acción de tutela pueda entrar a descalificar la ponderación del juzgador natural, e imponerle su propia valoración, o la de una de las partes, aunque pueda discreparse o no compartirse la misma, pues es lo cierto que proviene de un enfoque jurídico resultante del análisis de las normas llamadas a regular la situación materia de la decisión, juicio que es respetable y sostenible, por no ser antojadizo ni abusivo y, por lo mismo, sin proyección nociva sobre los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo”* (Sentencia del 17 de junio de 2004, exp. No. 11001020300020040059000.)

Así pues ante la ausencia de la vía de hecho denunciada, se revocará el fallo de primera instancia. En consecuencia se niega el amparo deprecado por el señor RAMIRO FERNANDO BEJARANO ARANA contra el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE BUGA.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00112-01) del 21 de noviembre de 2011, con ponencia de la Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

INTERDICCIÓN JUDICIAL DEL SORDOMUDO – Es necesario establecer su incapacidad para darse a entender por cualquier medio o para administrar sus bienes/SORDOMUDEZ – No es condición que determine, por sí misma, la incapacidad de quien la padece.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 1504; Ley 1306 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La ley colombiana reconoce a todas las personas naturales capacidad para relacionarse jurídicamente, la cual se manifiesta de dos maneras: 1) de goce o juicio y 2) de ejercicio o legal; la primera de ellas consiste en la aptitud que tiene toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda se refiere a la habilidad de cada sujeto para ejercer esos derechos y obligaciones y, en general, para intervenir en sus actuaciones por sí mismo sin necesidad de la representación o mediación de un tercero.

El Código Civil ha establecido, como regla general, que toda persona es legalmente capaz, con excepción de las que la ley declara como incapaces, en cuyo caso, quien tenga interés en desvirtuar dicha presunción legal, deberá hacerlo mediante un proceso judicial tendiente a determinar las deficiencias mentales, físicas o sensoriales que padece el sujeto del cual se pretende sea declarado interdicto para que haya lugar a ello.

Por su parte el artículo 1504 de la misma codificación, señala como incapaces a los menores, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por cualquiera otro medio, los disipadores bajo interdicción y ciertas personas a las que la ley les prohíbe realizar algunos actos. Estas últimas son las llamadas incapacidades particulares. Así, a la luz de las normas precitadas, la persona a quien la ley no haya señalado como incapaz, está dotada de facultad para negociar sin el ministerio de otra.

Para el efecto, la Ley 1306 del año 2009 vino a establecer el régimen de protección de las personas naturales con discapacidad mental, o limitaciones de orden psíquico o de comportamiento que no le permiten comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio; de modo que por declaración judicial, se priva al incapaz de la administración de sus bienes, debiendo actuar en lo sucesivo, ya no en nombre propio, sino a través del curador que se le designe.

En este orden, el proceso de interdicción judicial por discapacidad mental o por sordomudez y la subsiguiente provisión de guardador, constituyen una

eficaz medida de protección del incapaz, en consideración a que además de declararse el estado mental anormal y sustraerlo de la administración y disposición de su patrimonio, se le prodiga un guardador que lo representará en lo sucesivo, o hasta que se establezca su rehabilitación.

La teleología de la guarda es protectora por excelencia, cargando el guardador con el deber de cuidar al enfermo, realizar las acciones posibles para lograr su curación o mejoría, administrarle los bienes, y en general asistirlo legalmente. (capítulo IV Ley 1306 de 2009)

El carácter delicado del ejercicio de la guarda, hace que no se le pueda deferir a cualquiera, por ello el legislador señaló expresamente las personas en quienes haya de recaer dicha misión. Así, el artículo 68 de la Ley en comento estableció al actual cónyuge o al compañero permanente; los consanguíneos, con preferencia de los próximos y los ascendientes. En ellos deben concurrir las condiciones de aptitud mental, moral, física y social, que constituyan prenda de garantía de una óptima representación.

En el *Sub-lite*, la alzada propuesta por la parte demandante, se direccionó a lograr la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, aduciendo para ello que contrario a lo sentenciado, del estudio del material probatorio sí se puede establecer la incapacidad de la pretensa interdicta; de modo que el problema jurídico sienta la discusión en torno a ¿si se acreditó la discapacidad mental de EDNA ADELINDA OSPINA OSPINA, de modo que resulte procedente declararla interdicta?

Pues bien, dado que la prueba pericial practicada en primera instancia no se constituía en una prueba idónea, se ordenó por esta Sala la práctica de una nueva tendiente a acreditar la condición mental de EDNA ADELINDA OSPINA OSPINA, pero esta vez por un especialista en psiquiatría, quien al culminar su labor concluyó:

...Debido a su problema auditivo no puede desarrollar de manera adecuada las áreas cerebrales necesarias para un desarrollo cognitivo y del lenguaje adecuado; por ser un padecimiento relacionado con el desarrollo infantil es algo establecido. La persona analizada es completamente dependiente, vulnerable, con discapacidad mayor al 70%, incapaz de cuidar y manejar sus bienes. Su tratamiento debe ser interdisciplinario donde participe psicología, fonoaudiología, psiquiatría y terapia ocupacional.

Posteriormente con ocasión de las aclaraciones del dictamen ordenadas, se agregó:

La persona presenta una discapacidad relativa pero que le impide autodeterminarse como se explica en el dictamen, es una persona

dependiente que requiere de cuidado pues sola se colocaría en riesgo individual y patrimonial. La etiología se encuentra relacionada con el parto con hipoxia perinatal, el pronóstico es desfavorable y no tiene capacidad para administrar sus bienes ni disponer de ellos.

(...)

EDNA ADELINDA OSPINA OSPINA presenta una discapacidad mental que ya se encuentra soportada en el dictamen y dicha discapacidad es severa. (Subrayas fuera de texto)

Dicha experticia, debe precisarse, trae fuerte convicción, resultando conducente y pertinente para lo que se pretendía establecer al interior del proceso, habida cuenta de la fundamentación y claridad de sus conclusiones; más aún cuando corrida en traslado a las partes no tuvo ningún reparo, a lo que se agrega la consonancia que guarda con el restante dossier probatorio, especialmente con la ficha audiológica y el informe técnico médico legal adosados a la demanda, así como con la prueba testimonial recopilada.

En efecto, ANA JULIETA OSPINA y EDELMIRA RODRÍGUEZ OSPINA, hermanas de la pretensa interdicta, afirmaron al unísono, que a ella debido a su problema de sordera, se le dificulta darse a entender, nunca sale sola y siempre depende de la compañía de su madre quien la lleva a todas partes.

Así mismo, la declaración de su madre LUZ AMPARO OSPINA DE RODRÍGUEZ da cuenta que su hija no sale sola a ninguna parte; por su problema auditivo siempre depende de ella, no se interrelaciona con nadie y requiere de una persona que la represente en sus actos.

En tales condiciones, valoradas en conjunto las probanzas recaudadas y resumidas, bajo las reglas de la sana crítica, colige la Sala que demostrados quedaron los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda y en especial la discapacidad mental padecida por EDNA ADELINDA OSPINA OSPINA, circunstancia que hace necesaria la designación de un guardador para que la represente en todos sus actos, de modo que se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto no acogió las pretensiones planteadas.

Para el caso que nos ocupa se designará como guardadora a LUZ AMPARO OSPINA DE RODRÍGUEZ, madre de la interdicta. Ello teniendo en cuenta lo solicitado en la demanda y recomendado por sus otras hermanas cuando rindieron su declaración, además en ella concurren la capacidad moral, física y social, para desempeñar dicho cargo, y se encuentra entre las personas indicadas en el artículo 68 de la Ley 1306 de 2009, sin que nadie

más hubiese expresado interés en asumir dicha responsabilidad, pese a la citación que para el efecto se hizo en el auto admisorio.

Finalmente y en consideración a lo establecido en el Numeral 1º del artículo 84 de la ley en comento, se exceptuará a la madre de otorgar la caución de que trata su artículo 82, sin perjuicio de que se efectúe el inventario ordenado en su canon 86.

Sentencia de 2ª instancia (15490) del 28 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

BIENES BALDÍOS – Son imprescriptibles y su propiedad, aunque se hayan ocupado durante largo tiempo, no se gana por medio de la prescripción adquisitiva.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 764, 673, 674, 675, 2518 y 2519; Ley 48 de 1882, artículo 3; Ley 110 de 1912, artículo 61; Ley 160 de 1994, artículo 65.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1995.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El tema que ahora ocupa la atención de la Sala, es la declaración de dominio impetrada por el demandante sobre un bien inmueble catalogado como vivienda de interés social, bajo el supuesto de haberse poseído de manera extraordinaria. La posibilidad en comento, es enmarcada por nuestro sistema jurídico dentro del fenómeno de la “*prescripción*” reconocida como uno de los modos de adquirir el dominio (artículos 673 y 2518 del Código Civil).

(...)En punto a la prescripción extraordinaria de vivienda de interés social, que es la invocada por el demandante, los presupuestos axiológicos que de vieja data se han indicado por la doctrina y la jurisprudencia, para acceder a la pretensión son: a) posesión material en el demandante; b) que la posesión se prolongue por el término de ley (5 años, a voces del artículo 51 de la Ley 9ª de 1989); c) que se cumpla en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida; y d) que la cosa o el derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por este fenómeno. De reunirse aquellos, habrá de indagarse si existe identidad entre el bien que se pretende adquirir y el efectivamente poseído o si el bien de propiedad de la demandada es viable adquirirlo por la figura de la prescripción.

Luego, procede en primer lugar dilucidar ¿si el bien pretendido en usucapión es baldío, y por ende, no susceptible de adquirirse por ese medio?, lo que relevaría el estudio de los requisitos axiológicos enunciados.

De entrada el anterior cuestionamiento tiene que responderse en forma afirmativa porque del acervo probatorio se establece que el bien, contrario a lo sostenido por el apoderado del actor, no tiene carácter de comercial por tratarse de un terreno baldío, y por ende, no puede enajenarse libremente, pues se encuentra enmarcado dentro de las excepciones previstas por el legislador para ser adquirido por prescripción.

En efecto, revisado el certificado de tradición que fue arrimado a estas diligencias una vez registrada la demanda, en el mismo se indica que corresponde a *“una casa de habitación construida sobre un lote de terreno baldío de propiedad de la Nación, de una extensión superficiaria de 24.00 mts. de frente, por 15.00 mts., de fondo, cuyos linderos se detallan en la escritura N. 1055 de diciembre 28 de 1982 Notaria de Pradera.”*. Revisada tal escritura, corresponde a la protocolización de mejoras efectuada por la demandada Rosalba Narváez Cerón, en la que manifestó ser poseedora *“de un lote de terreno baldío de propiedad de la nación, de una extensión superficiaria de 24.00 mts., de frente por 15.00 mts., de fondo...”*.

Lo anterior concuerda además, con la información suministrada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, Seccional Palmira, según certificado expedido el 19 de diciembre de 2007, en el que se precisó: *“el folio de matrícula inmobiliaria No. 378-72982, corresponde a un lote de terreno con un área de 24 mts de frente por 15 mts de fondo... que no se encontró adquiriendo derechos reales sujetos a registro a persona alguna. Que igualmente se revisó el sistema de archivos de direcciones y no se encontró a ninguna otra persona como titular de derechos reales sujetos a registro sobre el inmueble antes mencionado.”*.

Entonces, no hay lugar a dudas, que la vivienda catalogada por el demandante como de interés social, se encuentra sobre un lote de terreno baldío, y estos no son susceptibles de ser adquiridos por vía de prescripción, en la medida de que los baldíos son bienes públicos de la Nación, catalogados dentro de la categoría de bienes fiscales adjudicables, en razón de que la Nación los conserva para adjudicarlos a quienes reúnan la totalidad de las exigencias establecidas en la ley.

Así, lo establece el artículo 2519 del Código Civil: *“BIENES IMPRESCRIPTIBLES: Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso.”*; el artículo 674 *ídem*, al señalar son: *“BIENES DE USO PÚBLICO Y FISCALES: Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República”*; y, el artículo 675 *ejusdem*, al definir: *“BALDÍOS: Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”*; Ley 48 de 1882, al indicar en su:

“Artículo 3. Las tierras baldías se reputan bienes de uso público, y su propiedad no se prescribe contra la Nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil.”; Ley 110 de 1912, al ratificar: “Artículo 61. El dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción”; y, la Ley 160 de 1994 cuando aclaró: “Artículo 65. La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que se delegue esta facultad”, por lo que, a no dudarlo, en este caso el predio objeto de usucapión es imprescriptible, por tratarse de un bien baldío, tal como se estableció en el certificado de tradición obrante en el dossier, en otras palabras, es un bien de la Nación.

A lo que se une que, en el estudio de constitucionalidad de los tres últimos artículos citados, la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 1995, precisó:

...d. Imprescriptibilidad de las tierras baldías

Considera el demandante que las normas acusadas son inexecutableas pues a la luz de la Constitución vigente no es posible consagrar la imprescriptibilidad de los terrenos baldíos, criterio que no comparte la Corte porque, en contra de lo que se afirma, existe disposición expresa que permite al legislador asignarles tal atributo, cual es el artículo 63 superior, que textualmente reza: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (destaca la Corte). En consecuencia, no se violó el Estatuto Supremo pues bien podía el legislador, con fundamento en este precepto, establecer la imprescriptibilidad de terrenos baldíos, como en efecto lo hizo en las disposiciones que son objeto de acusación.

Si la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio, al igual que los demás derechos reales, por haberse poseído durante el tiempo y con las condiciones señaladas por la ley, la imprescriptibilidad significa que no es posible adquirir la propiedad de tales bienes, así se hayan ocupado durante largo tiempo, que es precisamente lo que ocurre con las tierras baldías, cuyo régimen difiere del consagrado en el Código Civil...” (negrilla y subrayado fuera de texto).

De tal modo, que incluso por mandato de la Carta Magna, los bienes de uso público, entre ellos los baldíos, no es posible adquirirlos por vía de usucapión, así se hayan ocupado por largo tiempo, sino por la ocupación y

posterior adjudicación, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley.

Con fundamento en los anteriores análisis, no se hace necesario entrar al estudio de la comprobación de los demás elementos necesarios para adquirir por la vía de prescripción adquisitiva extraordinaria, por lo que se deberá confirmar la sentencia objeto de apelación, pero por las razones establecidas en esta providencia, es decir por cuanto el predio que se pretende en usucapión no es susceptible de ser adquirido por este medio; y en consecuencia también se condenará en costas a la parte actora, en ambas instancias.

Sentencia de 2ª instancia (16172) del 30 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RESPONSABILIDAD CIVIL -Carece de relevancia la denominación de contractual o extracontractual dada por el demandante/RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – Por el deficiente suministro de energía eléctrica a contenedores destinados al almacenamiento de frutas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 1603.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 25 de septiembre de 1976 y 2003-00282-01 del 02 de enero de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la pérdida de la mercadería que se trasportaba en el contenedor GCEU 662508.0.

Es principio general de derecho que quien ocasione daño a una persona está llamado a su resarcimiento, de ahí que la responsabilidad civil, entendida como obligación de reparar un daño, plantea la necesidad del traslado total o parcial de las consecuencias del quebranto padecido por la víctima a otra persona, en orden al retorno de aquella a su situación anterior de ser factible, y de no, en dinero, dentro de un criterio social de justicia y de solidaridad, con determinación de quien ha de sufrir las consecuencias adversas que se derivan del acontecimiento o cómo ha de distribuirse su

resultado, emergiendo así, la responsabilidad de un daño, vale decir, de la lesión de un interés jurídicamente protegido, que de este modo adquiere una determinada importancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria, siendo la ley la que señala los fenómenos dotados de relevancia obligatoria y, por ello, la que establece cuál es el daño trascendente o resarcible, y quiénes son, y en qué medida los llamados a repararlo.

Así las cosas, en primer orden debe aclararse que si bien en la demanda se invoca como responsabilidad la civil extracontractual cuando era la contractual, dicho aspecto no puede conducir a la negativa de las pretensiones, ya que como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, es el juez quien tiene el deber de decidir que responsabilidad se invoca. Sobre el particular ha dicho:

...se reitera, entonces, que el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius´ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137). En materia de interpretación de la demanda, dijo más recientemente, `la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte´ (G.J. No. 2400, pág. 120)... Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia

Y en el evento que se estudia, no deja duda, que los hechos aducidos en la demanda y por los que se reclama la indemnización de perjuicios, se derivan de la relación contractual verificada con la sociedad demandada, específicamente por el incumplimiento de ésta en los deberes asumidos.

Así, aduce la actora como sustento de su pretensión que el servicio de energía contratado con la demandada, no fue prestado en forma idónea, por lo que el contenedor contentivo del durazno, se dañó.

Es de resaltar que en el *sub-lite* no se discute que COMERCIALIZADORA GIRASOL LTDA., contrató a la S.I.A. ADUANIMEX LTDA., para que realizara el trámite de nacionalización de dos contenedores refrigerados que se distinguían con los números ITLU 747437 v CGU66250B-Q, y que en el desarrollo de ese proceso, ésta última contrató con la entidad demandada la prestación del servicio de energía eléctrica, la que debía suministrarse entre el 2 y 7 de abril de 1997.

Luego, debe la Sala establecer ¿si como lo sostuvo el *a quo*, la demandada incumplió sus obligaciones contractuales, y por ende, es responsable del daño sufrido con ocasión de la pérdida de la mercadería de los contenedores ITLU 747437 v CGU66250B-Q?

Para responder es preciso recordar que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por ende, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación (art. 1603 del C.C.), a su turno el artículo siguiente prevé que en los contratos que se hacen para beneficio de ambas partes se es responsable de la culpa leve, que es en la que incurren los que no ejercen con el cuidado y diligencia de los hombres ordinarios (artículo 63 ejusdem).

De las pruebas arrimadas al plenario se deduce que la sociedad demandada incumplió su obligación de suministrar el servicio de energía, como se deduce de la certificación emitida por CSAV que refiere que el contenedor desde el descargue (2 de abril de 1997) hasta su salida del puerto (7 de abril) siempre estuvo desconectado, y se ratifica con el concepto emitido por la firma HUDSON LTDA., en la que se indica que la temperatura del contenedor estuvo en un rango establece de 2.5 los once días del viaje y que a partir de dicha fecha aumentó la temperatura hasta nivelarse en 22.5 grados aproximadamente, lo que produjo que el durazno que se transportaba se dañara.

Conclusión que se ratifica con el testimonio de MILTON SINISTERRA, quien para la época de los hechos era técnico REEFER (reparación de contenedores refrigerados), quien narró que para dicha data sólo había 48 tomas, y unos 70 contenedores para conectar, por ello en una sola toma conectaban varios, es decir, los turnaban, “ y podía un contenedor que parar por dos horas o más sin el suministro de energía”, además, las condiciones en que se prestaba el servicio de energía eran “*anormales*” para conectarlos había que sacarle el plug y conectar los contenedores sin aislantes; y con la documental allegada por la demandada que refiere la celebración de una serie de contratos para la época de los hechos para subsanar las fallas que presentaba el servicio eléctrico dentro de la terminal.

Por lo que incumplido el contrato por la sociedad demandada al no haber prestado el servicio de energía en forma ininterrumpida entre el 2 y el 7 de abril de 1997, está llamada a responder por los perjuicios causados, consistentes en el daño del contenedor que transportaba el durazno.

Aduce la recurrente que la demandante entre sus obligaciones como intermediario de aduanas se encontraba la de verificar el estado del contenedor, pero reitérese que la demandante contrató el servicio de suministro de energía con la demandada, siendo su obligación cancelar el precio como en efecto lo hizo, recayendo en la demandada la obligación de prestar el servicio de electricidad, por lo que no resulta admisible que quien contrata un servicio deba verificar, si el contratista está o no cumpliendo con sus obligaciones.

Tampoco es de recibo para la Sala, el argumento expuesto por la defensa de la demandada, en el sentido que el retiro de la carga implicaba que ella había cumplido con sus obligaciones, ya que las pruebas aportadas dan cuenta de todo lo contrario, aunado a que era a ella a la que le competía acreditar que cumplió con sus obligaciones, carga que no sobra reiterarlo, no cumplió.

Ahora, en cuanto a la tasación de los perjuicios, recuérdese que sólo corresponde indemnizar el daño cierto y directo sufrido por la víctima, ya que como de vieja data lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia *“para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque sino aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable”*.

En el presente caso adviértase que el actor solicitó por concepto de perjuicios la suma de \$26'106.461 que corresponde a la suma total de los pagos efectuados por ésta, a la sociedad GIRASOL S.A., por la pérdida de la carga, conforme se acredita con la documental aportada con la demanda, por lo que se dispondrá que la demandada devuelva dicho monto corregido monetariamente desde que efectuó cada uno de los pagos por la sociedad demandada y hasta que se cancele por ella la obligación, junto con los intereses a la tasa del 6% anual, siendo esta la forma de indexación que procede por cuanto la suma reclamada deviene del pago efectuado por efecto de una sentencia judicial, lo que demarca su connotación eminentemente civil.

En lo que toca con los gastos solicitados con ocasión de la realización de la audiencia de conciliación prejudicial deberá resolverse sobre su devolución por el *a-quo* al momento de liquidarse las costas.

De acuerdo a lo discurrido se confirmara la providencia censurada pero con la precisión realizada sobre el monto a indemnizar.

Sentencia de 2ª instancia (16325) del 30 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA – Quien reconoce dominio ajeno no tiene la intención o el ánimo de ser dueño.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 764, 2528 y 2532.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El tema que ahora ocupa la atención de la Sala radica en la declaración de dominio impetrada por el demandante sobre un bien inmueble, bajo el supuesto de haberse poseído de manera extraordinaria. La posibilidad en comento, es enmarcada por nuestro sistema jurídico dentro del fenómeno de la “prescripción” reconocida como uno de los modos de adquirir el dominio (artículos 673 y 2518 del Código Civil).

Lo anterior porque detentar la cosa con el ánimo y la forma propia de quien se considera su dueño por el término que la norma establece para cada caso, genera la aptitud de pedir sobre ella la declaratoria de propiedad. Luego para configurar la prescripción adquisitiva, es necesario que concurren tres elementos básicos: Uno, la relación material u objetiva con la cosa corporal, raíz o mueble -el corpus-, elemento compuesto también por la intención subjetiva de tenerla para sí, esto es como señor y dueño -el animus-; dos, que la cosa tenga carácter comercial, es decir, sea susceptible de adquirirse por el mencionado modo; y tres, durante el tiempo que la ley señale para cada evento de manera constante e ininterrumpida. Y un requisito axiológico adicional, como es la plena identidad entre el bien que se posee y aquel que es objeto de la demanda.

Este modo de adquisición también llamado usucapión, puede ser ordinaria o extraordinaria. Es ordinaria cuando para ganarla se necesita además haberla adquirido de buena fe y con justo título, el que, si es traslativo de dominio, desata también la necesidad de la tradición (artículos. 764 y 2528 ejusdem). La extraordinaria, a su turno, se gana sin necesidad de título alguno presumiéndose la buena fe del poseedor.

Le corresponde entonces al prescribiente que ha invocado la usucapión probar básicamente que sobre el bien pretendido, ha ejecutado actos positivos

que revelen indubitablemente su señorío, por el tiempo que la ley prevé para cada caso. En cuanto al origen de la posesión, si se invoca como antecedente único el simple apoderamiento de la cosa, éste hecho bastará para adquirirla, lo que no sucede cuando se alega título, pues si es traslativo de dominio, es claro que el que la transfiere se desprende del *ánimus domini* que sólo pasaría al adquirente a través de la tradición (inciso 4º del artículo 764 ibídem).

En punto a la prescripción extraordinaria, que es la invocada por el demandante, los presupuestos axiológicos que de vieja data se han indicado por la doctrina y la jurisprudencia, para acceder a la pretensión son: a) posesión material en el demandante; b) que la posesión se prolongue por el término de ley (20 años, a voces del artículo 2532 del Código Civil); c) que se cumpla en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida; y d) que la cosa o el derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por este fenómeno. De reunirse aquellos, habrá de indagarse si existe identidad entre el bien que se pretende adquirir y el efectivamente poseído o si el bien de propiedad de la demandada es viable adquirirlo por la figura de la prescripción.

Respecto de éste último, no existen dudas acerca del carácter comercial del bien pretendido en usucapión, circunstancia constatada mediante certificado de tradición allegado. Por lo que sin mayores cavilaciones, que a la postre resultarían innecesarias, se comprueba que el inmueble solicitado por demandante en prescripción, es de aquellos que pueden enajenarse libremente, pues no se encuentra enmarcado dentro de alguna de las excepciones previstas por el legislador para ser adquirido por prescripción.

Ahora bien, en cuanto al primero de los elementos arriba enlistados, es decir, que la posesión material sea ejercida por el demandante, es preciso indicar que aquella es definida por el artículo 762 del Código Civil como *“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”*.

Así las cosas, corresponde al demandante demostrar su posesión actual, y para el triunfo de su pretensión adquisitiva de dominio, satisfacer la segunda de las exigencias enunciadas, esto es, que tal situación de hecho, ha perdurado por el tiempo exigido por el legislador, en este caso como al inicio se expreso por espacio de 20 años.

Y como este presupuesto fue precisamente el que juzgador de primera instancia no encontró satisfecho, ocasionando la impugnación que se desata, debe la Sala resolver ¿si las pruebas adosadas al dossier, demuestran que éste ha ejercido la posesión sobre el inmueble por más de veinte años como lo reclama el censor?

La respuesta al anterior interrogante de entrada es negativa. En efecto, son varias las pruebas y hechos que, contrario a lo sostenido por el apoderado del actor, demuestran que su prohijado ha reconocido en épocas anteriores, a otras personas como titulares del dominio del inmueble pretendido en usucapión, veamos:

Se afirmó en la demanda, que al predio se tuvo acceso en el año de 1987, en razón de la compra que hizo de la posesión que de “antaño” tenía su hermano LUIS EDUARDO LÓPEZ FORONDA (q.e.p.d.), pero pese a la anterior afirmación, obra a folio 16 de cuaderno 5 (pruebas de oficio), fotocopia de la promesa de contrato de compraventa celebrada el día 10 de marzo de 1994, entre aquél y el actor, referida al inmueble objeto de usucapión, con firmas autenticadas ante Notario Primero de Cartago en la misma fecha, siendo una de sus cláusulas: “Sexta; que la correspondiente escritura se hará *una vez la Junta le haga la escritura del terreno y se encuentre legalmente registrada.*”

Tal cláusula, sólo significa que los contratantes de la referida promesa de contrato de compraventa, suscrita como se dijo el 10 de marzo de 1994, tenían claro y así lo reconocían, que la propiedad del inmueble era de la junta demandada, tal como lo dejaron expresamente consignado en la cláusula primera del mencionado convenio, en donde se dejó especificado que la mejora objeto de la venta se encontraba *“levantada sobre un lote de terreno de propiedad de la Junta Provivienda Popular Zaragoza”* (negrita fuera de texto).

Aunado a lo anterior, en la demanda ordinaria de pertenencia, que anteriormente impetró el señor LUIS CARLOS LÓPEZ FORONDA, se indicó por parte de su apoderado: *“Mi mandante entró en posesión del inmueble que enseguida describo, desde el 15 de julio de 1994, cuando el señor Luis Eduardo López Foronda le vendió todos los derechos de propiedad y la posesión material con ánimo de señor y dueño...”*

Y aunque en estas diligencias los testigos declararon al unísono que les constaba que el demandante se comporta como señor y dueño respecto del inmueble objeto de usucapión, desde el año de 1985, la afirmación hecha por el anterior apoderado del actor los desdice, a más que no se entiende la razón por la cual, si el actor había adquirido de su hermano la posesión del inmueble desde tal año, sólo después de nueve años (1985 -1994), se suscribió la referida promesa de contrato de compraventa, en donde dicho sea de paso, reconocía a éste como propietario de la mejora objeto de la venta, aunado a que no existe ninguna prueba del pago o pagos hechos en el año 1985 y siguientes, pues sólo en el mencionado contrato se indicó que el vendedor había recibido a satisfacción la suma de \$1.197.000.

Luego, en sentir de esta Sala, no existió ningún error en la afirmación hecha por el apoderado que tuvo el actor en el proceso anteriormente impetrado, como ahora se sostiene en el escrito de apelación, pues, por el contrario, se

otea que la manifestación hecha en la demanda primigenia estuvo debidamente sustentada en la referida promesa de contrato de compraventa, la cual data de marzo de 1994.

Pero si lo anterior fuera poco, dentro de las copias del proceso de pertenencia que previamente adelantó el actor, obra fotocopia del fallo dictado por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago – Valle, de fecha 21 de abril de 1994, es decir de un mes después de suscrita la referida promesa de contrato, por medio del cual se negó la tutela impetrada por el señor LUIS EDUARDO LÓPEZ FORONDA (q.p.d.), hermano del aquí demandante, contra la JUNTA PROVIVIENDA POPULAR ZARAGOZA, al considerarse que a través de esta acción no podía obligarse a la entidad accionada, a suscribir la escritura de compraventa del inmueble objeto de usucapión. Así, en dicho fallo se dijo:

... el citado López Foronda, ha dicho que por medio de esta acción de tutela pretende se les notifique a los representantes de la entidad demandada, que están obligación ha hacer la correspondiente escritura pública sobre el terreno aludido, por cuanto ellos se han mostrado renuentes a pesar de sus continuos requerimientos... (...)

... las diferencias existentes entre las partes como consecuencia de la promesa de compraventa suscrita en julio 15 de 1978, no pueden ser sometidas a estudio y decisión de un Juez, por la vía de la Acción de Tutela, pues no lo permite la Ley, ya que quien se considera perjudicado o amenazado en sus derechos, tiene otros medios judiciales para su defensa o sea, el aplicable al contrato aludido.

Entonces, a no dudar, los hermanos LÓPEZ FORONDA en el año 1994 reconocían que el inmueble era de propiedad de la JUNTA PROVIVIENDA POPULAR ZARAGOZA, al punto que LUIS EDUARDO intentó infructuosamente por vía de tutela, se ordenara al ente jurídico citado suscribiera la escritura pública tendiente a perfeccionar la promesa de contrato de compraventa que había suscrito en el 15 de julio de 1978, cuando lo procedente, como bien se le precisó en el referido fallo era que el demandante *“escogiera a su arbitrio entre pedir el cumplimiento del contrato previo lleno de los requisitos de ley o pedir se resuelva el mismo”*.

Entonces, conforme a las anteriores pruebas, sólo puede concluirse que para el 10 de marzo de 1994, fecha en la cual el aquí demandante suscribió una promesa de contrato de compraventa relativa al predio objetó de usucapión, tenía claro que la entidad sin ánimo de lucro demandada era la titular del derecho propiedad, y que la mejora construida era de su hermano; por tanto, al reconocer dominio ajeno en la mencionada data, interrumpió el término de prescripción del cual pretendía beneficiarse, y aun entendiendo que desde tal época inició nuevamente su condición de poseedor, al

momento de impetrar la demanda no había cumplido el lapso de veinte años requerido por la ley para tal efecto.

Luego, se torna evidente el incumplimiento del requisito necesario para adquirir por prescripción extraordinaria, como lo es, el portarse como señor y dueño respecto del bien objeto de usucapión, pues cuando ello es así, de manera alguna se reconoce a terceros ni mucho menos a quien figura como titular inscrito, por lo que habrá de confirmarse el fallo apelado.

Sentencia de 2ª instancia (16185) del 05 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS – Correspondía efectuarla a quien tenía la calidad de acreedor al 31 de diciembre de 1999/**CRÉDITOS NO DESTINADOS A LA ADQUISICIÓN O FINANCIACIÓN DE VIVIENDA –** En ellos no es posible exigir los beneficios consagrados en la ley 546 de 1999.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 546 de 1999, artículos 39 y 41.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 09 de mayo de 1938 y del 14 de agosto de 1985; Corte Constitucional, sentencias T-105 de 2005 y T-286 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La pretensión se dirige a obtener la reliquidación, con fundamento en la ley 546 de 1.999 y los decretos reglamentarios, de las obligaciones a cargo de los actores y que estos constituyeron a favor del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO pues así fue fluye en forma diáfana del escrito de demanda.

De acuerdo con la censura, en consecuencia, debe la Sala de Decisión, definir los siguientes cuestionamientos: en primer lugar si como lo sostuvo el *a quo* ¿el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, no era la entidad crediticia obligada a soportar las incidencias del proceso, y por ende carecía de legitimación en la causa por pasiva?; en segundo término ¿si el BBVA se encuentra legitimado por pasiva?; y finalmente, ¿si los créditos a cargo de los actores eran sujetos de reliquidación?

Para el caso en concreto, atendiendo que la reliquidación de los créditos de vivienda individual de largo plazo consistió en liquidar nuevamente los

créditos que habían sido otorgados en UPAC o en pesos con tasa vinculada al DTF tomando como base la UVR; la reliquidación le correspondía efectuarla a quien tenía la calidad de acreedor al 31 de diciembre de 1999, como se deduce de lo reglado en el artículo 41 de la Ley 546 de 1999.

Y del acervo probatorio se deduce que para el 31 de diciembre de 1999, el acreedor de los aquí demandantes era el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO en virtud de que la cesión parcial de activos y pasivos realizada a favor de GRANAHORRAR se realizó el 4 de febrero de 2000.

Por lo anterior se concluye que la decisión del *a-quo* de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO es equivocada.

En segundo término y para responder el segundo interrogante, se observa que del material probatorio adosado, no se advierte asidero alguno para la citación del BBVA al proceso, como quiera que el sucesor procesal del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO por su liquidación era la Fiduciaria FIDUAGRARIA S.A.

Además, no existe prueba alguna que indique que el crédito fue cedido por el BANCO GRANAHORRAR al BBVA Colombia, en virtud que antes de la venta de la primera a la segunda había existido una cesión de activos y pasivos a Central de Inversiones.

Por lo que en las anteriores condiciones habrá de concluirse que el BBVA carece de legitimación por pasiva.

Así las cosas, procede resolver ¿si los créditos a cargo de los actores eran sujetos de reliquidación?

Sobre el particular póngase de presente que para tal efecto todo crédito debía cumplir tres requisitos, a saber: a) que se trata de un crédito individual para vivienda; b) que se encontrase vigente al 31 de diciembre de 1999 y c) que hubiese sido otorgado por un establecimiento de crédito.

En lo tocante al primer requisito, antes de la expedición de la Ley 546 de 1999 no existía norma que definiera que créditos se entendían era para vivienda por lo que habrá de acudir a los precedentes jurisprudenciales sobre el tema.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-105 de 2005 refirió:
Si el crédito es comercial y no de vivienda, no hay lugar a examinar el contenido de la ley de vivienda y de las sentencias de la Corte sobre los créditos para adquisición de vivienda y su incidencia concreta en el proceso ejecutivo que se le adelanta en el juzgado demandado. La incidencia reclamada por la demandada le corresponde al juez de la

causa decidirla en el proceso correspondiente, ya que se trata de una controversia meramente patrimonial en la aplicación de la ley.

Y posteriormente la referida Corporación en sentencia T-286 de 2006 precisó:

(...) la característica fundamental de los créditos de vivienda no es el plazo o la forma en que el mismo se haya pactado, esto es en UPAC o en pesos, ni mucho menos el hecho de que el crédito haya sido garantizado con una hipoteca. En efecto, la nota determinante de un crédito de vivienda es la destinación del mismo, esto es, que el préstamo se haya destinado a la adquisición o financiación de una vivienda. Así las cosas, esta se convierte en la única hipótesis en la que es posible exigir la aplicación de los beneficios consagrados en la Ley 546 de 1999.

Por lo que forzoso es concluir que sólo eran favorecidos de los beneficios de la Ley 546 de 1.999, los créditos concedidos para la adquisición de vivienda.

En el *sub-lite*, el demandante en el hecho segundo señaló que “*con el fin de terminar de construir una casa de habitación de dos plantas sobre el lote citado en el punto anterior - casa destinada a vivienda – mis representados Orlando Cedano Velasco y María Nely Casas Devia solicitado al Banco Central Hipotecario un préstamo de dinero (...)*” lo que constituye una confesión en los términos del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, y de la que se deriva que el crédito cuya reliquidación se reclama, no fue para adquisición de vivienda, por ende, no es beneficiario de la prevista en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999.

Nótese que sólo a partir de la expedición de la Ley 546 de 1999, los créditos concedidos para la reparación, remodelación, subdivisión o mejoramiento de vivienda usada fueron considerados como crédito individual para vivienda, sin que sea viable la aplicación de dicho precepto en forma retroactiva.

Por lo que en las anteriores condiciones probatorias forzoso es concluir que los créditos a cargo de los demandantes no eran objeto de reliquidación, y por tal virtud, no es viable revisar por esta vía los abonos reconocidos unilateralmente por la entidad aquí demandada, lo que conduce inexorablemente al fracaso de las pretensiones debiendo revocarse el proveído objeto de apelación.

Sentencia de 2ª instancia (16298) del 06 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

NULIDAD DE TESTAMENTO – Es necesario, para desvirtuar la presunción de capacidad testamentaria, aportar la plena prueba sobre la supuesta enfermedad mental padecida por el causante al momento de otorgarlo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 553, numeral 2º, 1061, numeral 3º, 1740, parágrafo 2º y 1741.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 25 de mayo de 1976 y sentencia 062 del 24 de mayo de 2000, con ponencia de José Fernando Ramírez Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia que negó la declaración de nulidad absoluta del testamento cerrado, otorgado por la causante MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO.

En sentir de la a-quo “no se encontró evidencia suficiente que permitiera afirmar que al momento de otorgar Testamento Cerrado la señora Martha Oliva Pareja de Restrepo estuviera en incapacidad de discernir el alcance de su última voluntad”.

La censura por su parte acusa tal decisión de omisión en el análisis probatorio porque según la recurrente, el acervo incorporado, especialmente la documental y testimonial adosada, demuestra que la testadora padecía una enfermedad de tipo mental denominada “*demencia senil o mal de alzheimer*” y se encontraba judicialmente en interdicción provisoria, hechos suficientes para concluir que se encontraba inhabilitada para consentir el acto testamentario.

Así las cosas, y teniendo en cuenta los límites dados por la sustentación de la impugnación, corresponde a la Sala definir ¿Si las pruebas aducidas durante el trámite de la primera instancia corroboran que la señora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO se encontraba judicialmente en interdicción provisoria?; o, ¿si padecía de alguna deficiencia de sus facultades mentales al momento de otorgar el testamento cerrado protocolizado mediante Escritura Pública No. 594 del 11 de mayo del 2006, corrida en la Notaría Única de Roldanillo (Valle), que afectara su capacidad, y por ende, la inhabilitara para testar?

Para responder tales cuestionamientos, iniciaremos por señalar que la capacidad jurídica para otorgar testamento está contenida en el artículo 1061 del Código Civil, el cual establece que es incapaz para testar no sólo la persona que ha sido declarada en interdicción por demencia, sino también quien al momento de otorgar el testamento no estaba en su sano juicio por ebriedad u otra causa. En concordancia, prescribe el artículo 553, inciso 2º de la misma codificación que: “... *Los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente*”.

De ahí que con relación a los actos jurídicos del demente no interdicto, la Corte Suprema de Justicia tiene explicado que:

No toda enfermedad mental permite decretar la nulidad de un testamento o de actos o contratos ejecutados o celebrados por quien la padece, con ese propósito se “requiere la prueba de que ‘ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad’ y además que ‘esa perturbación...fue concomitante a la celebración del contrato’”, es decir, “deberá acreditarse en forma plena que dicha persona a la sazón no estaba en su sano juicio porque padecía una enfermedad mental que no le permitía conocer y medir debida o razonablemente las consecuencias de su actos” (sentencia de 25 de mayo de 1976, CLII-171/172).

Acogiendo lo expuesto por Antonio Rocha, en el mismo antecedente se agregó que “‘la doctrina y los jueces se muestran más renuentes a anular por incapacidad mental un testamento que un contrato, porque el testador, cuando se discute el testamento no puede comparecer ya a defender su voluntad. Pero ni en uno ni en otro caso, basta la duda sobre la demencia, sino como en toda sentencia condenatoria se requiere la plena prueba’ (De la prueba en derecho, 5ª Ed. Bogotá 1967, pág. 601). En idéntico sentido se expresa la Corte en sentencia del 2 de junio de 1942 (LIII, pág. 613)”. () (Negrita fuera de texto).

Lo que permite concluir que para la prosperidad de la pretensión de invalidación del testamento, compete al demandante allegar plena prueba sobre la perturbación patológica de la actividad psíquica que impedía la libre determinación de la voluntad por parte del testador, y que esa perturbación fue concomitante al referido acto.

Además, es de tener en cuenta que las solemnidades con que se reviste el acto testamentario están destinadas, principalmente a asegurar su autenticidad y la identidad del testador; en general, la institución testamentaria tiende a resguardar el cumplimiento de la voluntad del testador y no a obstaculizarla. En consecuencia, es deber primordial propender que los testamentos surtan sus efectos y por ello las omisiones o circunstancias que acarrear su nulidad o los dejan sin valor, son por su

naturaleza, de derecho estricto, siendo lícito dar tal sanción, exclusivamente, cuando se comprueba la existencia de alguna de las circunstancias expresamente determinadas por el legislador.

El Código Civil distingue dos clases de nulidad: la absoluta y la relativa (artículo 1740, parágrafo 2°). La doctrina enseña que la nulidad absoluta ha sido establecida para proteger *“los intereses del orden público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público”*

Conforme a lo establecido por el canon 1741 de la norma sustancial civil, por regla general cuando son nulas las estipulaciones esenciales del convenio, este es susceptible de anulación total. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes perciben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos son nulidades absolutas. Asimismo, hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Pues bien. En este evento el recurrente alega que *“La señora MARTA OLIVA PAREJA DE RESTREPO, al momento de otorgar el aludido testamento, se encontraba en interdicción provisional, decretada por el Juzgado Primero de familia de Cartago Valle, mediante auto de fecha mayo 11 de 2006...”*, es decir la inhabilidad para testar, considera surgió por la supuesta existencia de declaratoria de interdicción provisoria de la causante, concomitante al momento de testar.

Sin embargo, revisadas las pruebas adosadas al informativo, se comprueba que a pesar de haberse dictado el auto de fecha 11 de mayo de 2.006 por el Juzgado Primero de Familia de Cartago (V) en donde se admitía la demandada por interdicción por demencia respecto de la señora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO y se decretaba su interdicción provisoria, esto es, el mismo día en que ésta otorgó el testamento cerrado, lo cierto es que, dicho auto se notificó en el estado No.073 de Mayo 15 de 2006(), y la Procuradora Judicial en Familia de Buga (V), interpuso recurso de reposición al encontrar que a la demanda no se acompañó el certificado médico sobre el estado de salud actual del presunto interdicto(), solicitud que fue despachada favorablemente mediante proveído de fecha julio 14 de 2006, ordenando rechazar la referida demanda de Interdicción Judicial, decisión que quedó en firme, por lo que no resulta dable afirmar que la señora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO, se encontrará en interdicción judicial al momento de elevar el instrumento de marras, pues el mencionado auto no estaba en firme para la fecha en que se realizó el acto testamentario, es más, nunca alcanzó ejecutoria debido a su revocatoria, la que de paso produjo el rechazo de dicho trámite judicial precisamente por falta de prueba sobre el estado de salud de la presunta interdicta.

En consecuencia, concluye la Sala que para la fecha en que la *de Cujus* consintió el acto testamentario, no tenía la condición de interdicta provisoria debido a la inexistencia de decisión judicial en firme que así lo haya declarado.

En cuanto a la segunda acusación, advierte la Sala que las declaraciones de parte ni las de los terceros, y menos la prueba técnica en la que no fue posible certificar la patología alegada por la recurrente, ofrecen plena convicción sobre la alteración del sano juicio de la testadora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO, al momento de otorgar el instrumento público en donde dejó plasmada su última voluntad, veamos porque:

La parte demandante invocó como causa de nulidad absoluta del testamento la prevista en el artículo 1061, numeral 3º del Código Civil, al manifestar que la testadora padecía deficiencia de sus facultades mentales que igualmente afectaban su sano juicio.

Sin embargo, y aunque los testigos llamados por la parte demandante, señores MARIA ANGELA ACEVEDO VASQUEZ, SILVIO VILLEGAS FERNANDEZ MARIA RUBY GIRALDO DUQUE Y MARTHA LUCIA RAMOS CALLE(), así como el demandado GUILLERMO ANDRES RESTREPO COQUECO quien además pone en duda la labor del Notario Único de Roldanillo (Valle), aseguran que la señora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO sufría problemas de mala memoria, sobre estas manifestaciones no puede edificarse la plena prueba de la inhabilidad para testar, pues quedó en evidencia que ellos no tenían contacto con la testadora aproximadamente desde el año 2005, cuando falleció su hijo CESAR AUGUSTO, en cuyo velorio, todos coinciden en afirmar la señora se veía perturbada. Es de resaltar que de sus dichos se desprende que no tuvieron acercamiento con la testadora en el año en que ella elaboró el testamento referenciado.

Por el contrario, la demandada ESTELLA RESTREPO PAREJA en el interrogatorio absuelto asegura la capacidad de discernimiento de su madre; el declarante HUMBERTO MOLINA NARVAEZ en calidad de Notario precisó que *“la observe como una persona normal muy lúcida y centrada en su pretensión solicitada a la Notaria, para ejecución de la escritura del testamento cerrado”*, y ROSA ELENA CAMPO DE CASTAÑO, HECTOR CASTAÑO SERNA, MARIA EUGENIA ARANGO MAYA, EDELMIRA MORENO MURCIA Y OLGA LYDA SANTACOLOMA MEJIA estos últimos en su condición de testigos testamentarios son unánimes en manifestar que la señora MARTHA OLIVA PAREJA DE RESTREPO se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales.

Las diversas historias clínicas que se aportaron al proceso y que son reseñadas por el apelante, fueron motivo de revisión pericial por parte de un Psiquiatra Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidad que revisó y analizó las mismas llegando a la siguiente

conclusión: ***“Revisa la historia clínica solo en la consulta ingreso de fecha 06-06-2003, Egreso 09-06-03 se da en la paciente el diagnostico de Demencia Senil como segundo motivo de consulta, Posterior a esta fecha, siguieron notas de control médico; en ninguna de ellas se vuelve a hacer mención del diagnostico de Demencia Senil, ni se hace referencia de cambios conductuales en la paciente. Por lo tanto, todo esto pone en entre dicho el diagnostico o padecimiento de Demencia Senil en la paciente (fallecida).”*** Incluso ante la orden de complementación de su hallazgo sostuvo que las notas que aparecían en la historia clínica que se anexaba y que no le fue enviada con antelación, concluyó: ***“Con estos signos y síntomas descritos clínicamente no se puede sustentar que la señora en referencia presenta proceso demencial”***

Igualmente, el Médico Psiquiatra JOSE HELADIO QUINTERO FLOR fue enfático en afirmar que solo atendió en una ocasión a la señora PAREJA DE RESTREPO, el día 08 de junio de 2003 por interconsulta en la Clínica San Francisco de la ciudad de Tuluá, y que ***“la paciente fue interconsultada por un cuadro de depresión mayor...causa disminución en las funciones cognitivas de las personas. Además se hizo un diagnostico secundario de demencia tipificada con alteración moderada de la memoria, lo que indica que la persona al momento de evaluarla se encontraba con una disminución de su capacidad de memoria en un porcentaje importante propiciado por el cuadro depresivo, es decir, que si nos atenemos a lo escrito la persona cursaba por un cuadro entre leve y moderado de demencia, más leve que moderado... refiriéndonos al momento exacto de la evaluación esta persona tenía capacidad de comprensión y decisión”***.

Por su parte, el médico JUVENAL GOMEZ JARAMILLO aclaró que trato a la señora MARTHA OLIVA en la clínica del Norte, que en ningún momento realizó diagnostico de enfermedad de ***“parkinson”*** y que lo anotado en la historia clínica era la información suministrada por la persona que la acompañaba, que si bien la señora presentaba trastornos neurológicos era debido a una hipoglicemia, la cual puede causar trastornos pasajeros en el estado de conciencia de la paciente, los que se normalizan con la estabilización de los grados de azúcar o glicemia en la sangre, como ocurrió con esta paciente, quien la ser dada de alta se encontraba completamente lucida y orientada. Reafirma no haberle diagnosticado Alzheimer, ni haberla formulado para esa enfermedad o que se la haya informado que estuviese recibiendo medicación para tal padecimiento.

La prueba grafológica aporta total convicción que la testadora suscribió el escrito presentado a la Notaria Única de Roldanillo, resultando ésta irrelevante puesto que éste punto no fue motivo de la demanda.

De donde se sigue que la presunción de capacidad testamentaria o de la sanidad de juicio, no fue desvirtuada por el apelante, pues aunque es incisivo al afirmar que la testadora padecía ***“demencia senil o mal de***

alzheimer”, incumplió la carga probatoria que le correspondía pues no probó que efectivamente la causante padeciera de esa enfermedad dado que los declarantes que intentaban favorecer tal versión, no tenían pleno conocimiento de las condiciones mentales de la causante para la data en que suscribió el testamento ya que todos afirmaron no tener cercanía con ella para la mencionada época, además no se trata testigos técnicos que pudieran dar certeza sobre las verdaderas enfermedades que la aquejaban; ninguno de los médicos especialistas que la atendieron y concurrieron a este trámite, ratificaron la aludida demencia por el contrario, fueron enfáticos en señalar no haber realizado tal diagnóstico ni haber formulado medicación para ese tipo de enfermedad; y el Psiquiatra Forense a quien se le recomendó el estudio de las historias clínicas de la testadora, concluyó que tal diagnóstico quedó entre dicho al no haberse reafirmado en posteriores consultas ni haberse hecho referencia a *“cambios conductuales en la paciente”*, es más al complementar su informe reafirmo que ni siquiera con la nueva historia clínica anexa podía sustentar que la señora en referencia presentara proceso demencial.

A lo que se une, la inexistencia de apoyo probatorio para ultimar que al momento de otorgar el testamento cerrado padeciera de un cuadro demencial generador de nulidad de la voluntad testamentaria.

Luego, el impedimento por enfermedad mental no podía quedar en simples elucubraciones, se requería incorporar al juicio y determinar ante esta instancia la prueba que daba plena certeza de la afección mental para la fecha en que dispuso de su última voluntad la causante, la que aquí en modo alguno aparece, pues contrario a lo afirmado por el recurrente, no existe en el expediente prueba incontrovertible de alguna deficiencia de las facultades mentales de la testadora al momento de otorgar el testamento cerrado que afectara su capacidad, y por ende, la inhabilitara para realizar tal acto.

En este orden de ideas, esta Sala de Decisión procederá a confirmar la sentencia apelada proferida el día 16 de diciembre de 2010, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldadillo (V), de acuerdo con las razones antes expresadas.

Sentencia de 2ª instancia (16828) del 06 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES – La subsidiariedad que la distingue exige hacer uso de todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial/FUNCIONARIOS JUDICIALES – Les está prohibido designar abogado de oficio u otorgar amparo de pobreza a los sujetos procesales sin

que medie petición expresa en tal sentido/LEY PROCESAL CIVIL No exige la notificación personal del auto que acepta la cesión o el auto que fije fecha para remate.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 60, numeral 3º y 160.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1992, C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-146 de 2007, T-096 de 2008 y T-148 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En el *sub examine* se alega por la accionante que en el trámite del proceso divisorio se incurrió en irregularidad procesal al no habersele nombrado oficiosamente un abogado para que la representara en dicha actuación pese haber manifestado en la contestación de la demanda carecer de los recursos económicos necesarios para la designación de uno de confianza.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional en sentencia T-146 proferida el 1º de marzo de 2.007, dentro del expediente radicado bajo el No. T-1347838 y con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en un caso similar expresó:

14.- Así mismo, la Corte se ha referido a la naturaleza del amparo de pobreza y las formalidades para solicitar dicha protección en el curso de un proceso. De esta manera, en providencia T-296 de 2000, esta Corporación se pronunció sobre un asunto en el cual, el demandante alegaba la violación de su derecho al debido proceso en el trámite del proceso civil en virtud del cual fue privado de la patria potestad de su hija de 7 años. En la acción de amparo, el actor estimaba que se había vulnerado su derecho de defensa pues no contaba con recursos económicos para sufragar el costo que implicaba la representación judicial de sus intereses y por ende, correspondía a la funcionaria judicial otorgar el amparo de pobreza y asignar un profesional de derecho. En las consideraciones de su decisión, la Corte precisó que: “El trámite de amparo de pobreza es un asunto de naturaleza personal, es decir, que sólo incumbe al interesado y es a él a quien corresponde pedirlo, siempre y cuando, exista la incapacidad económica de atender los gastos del proceso, situación sobre la cual el solicitante deberá afirmarlo bajo juramento, ante el juez del proceso. Y si por el contrario, la funcionaria hubiere iniciado el trámite de amparo de pobreza sin la solicitud expresa del interesado, habría incurrido en extralimitación de

funciones, conducta que le habría acarreado las correspondientes consecuencias jurídicas". (negrilla y subraya fuera de texto).

Esta naturaleza de la institución fue reiterada en fallo T-088 de 2006, donde la Corte se pronunció en relación con la manifestación de la accionante referente a su imposibilidad de sufragar un profesional del derecho que representara sus intereses en el trámite de prescripción que fue adelantado sobre un bien que ella estimaba de su propiedad...

(...)

15.- Así pues, es posible concluir que no incurre en violación del debido proceso una autoridad judicial, por no otorgar de manera oficiosa el amparo de pobreza a una de las partes, pues es deber de aquéllas poner en conocimiento de la autoridad su situación y presentar la solicitud correspondiente ante la o el juez de conocimiento de la causa.

16.- Esta exigencia del Código de Procedimiento Civil sobre la procedencia del amparo de pobreza en el trámite de procesos civiles a solicitud de parte, se encuentra en armonía con la existencia de cargas procesales en el proceso civil. Dicha figura procesal, fue analizada por esta Corporación en sentencia C-1512 de 2000, donde señaló que *"Dentro de los distintos trámites judiciales, es factible que la ley asigne a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes imperativos jurídicos de conducta dentro del proceso, consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales (...)"*.

De acuerdo al anterior criterio jurisprudencial, y contrario a lo reclamado por la accionante, en materia procedimental civil le es vedado al funcionario judicial la designación de abogado de oficio u otorgar amparo de pobreza a los sujetos procesales, sin que medie petición expresa en tal sentido, circunstancia que fue precisamente lo acontecido en el *sub examine*, pues si bien es cierto, la accionante en el escrito de contestación de la demanda adujo no contar *"con los recursos necesarios para pagar un abogado"*, también lo es, que en ningún momento solicitó ante el citado Juzgado, le otorgara amparo de pobreza en los términos consagrados en el artículo 160 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, para que éste a su vez tuviera la obligación de pronunciarse y en caso de considerarlo procedente, le designara profesional del derecho que la representara.

Así las cosas, la actuación del despacho judicial accionado por este motivo no se enmarca dentro de una vía de hecho.

Ahora bien, en cuanto a los demás defectos aducidos para otorgar el amparo, debe la Sala advertir que incumplido el presupuesto de subsidiariedad no tenía facultad la *a quo*, como lo hizo, de tutelar el derecho

al debido proceso y menos por razones que ni siquiera se han discutido ante el juez de la causa.

Y la verdad, sea dicha la accionante en ningún momento ha impugnado las decisiones proferidas en el trámite divisorio, no ha solicitado la nulidad de ninguna de las actuaciones allí verificadas, o solicitado su revocatoria, por lo que resulta evidente, el error cometido por la juzgadora de primera instancia al traspasar la esfera constitucional, e intentar convertirse en una tercera instancia y bajo la excusa de realizar un examen a la actuación adelantada aplicar su criterio interpretativo, sin ni siquiera conocer la postura de quien tiene por mandato legal la competencia para dirimir cualquier inconformidad al respecto, en este caso, el juez accionado.

Es de recordar que la acción de tutela no se puede convertir en un control de legalidad de los trámites judiciales sino que éste trámite preferente descansa en la defensa de los derechos fundamentales, razón por la que no se puede edificar una vulneración al debido proceso bajo el prurito de la aplicación de formas procesales, menos aún como ocurrió en este caso, bajo la modalidad de exigencias inexistentes.

Lo anterior porque no es cierto que la ley procesal civil exija la notificación personal del auto que acepta la cesión o el auto que fije fecha para remate, como tampoco lo es que la falta de aceptación implique una violación procedimental, dado que el mismo legislador previno en el artículo 60 numeral 3 de la ley adjetiva civil, que si ello no ocurre, simplemente “el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular”, de tal manera, que si la demandada en el caso bajo estudio no aceptó expresamente la mencionada cesión (derecho litigioso), dicha circunstancia únicamente implicó que la cesionaria ONEIDA CARDENAS ROJAS no desplazó al demandante inicial sino que su intervención se produjo como litisconsorte de éste.

Luego, entonces notificado por estado el auto que aceptó la cesión, en caso de inconformidad, tenía a su disposición los recursos de ley, de los que no hizo uso por tanto, al juez constitucional le está vedado entrar a revisar una decisión que no fue oportunamente objetada por la partes.

De igual manera la presunta irregularidad en la diligencia de remate que en sentir de la *a-quo* se incurrió por el despacho accionado, bastará con anotar que la accionante tampoco hizo “uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios-” con los cuales contaba, omisión que determina la improcedibilidad de la acción de amparo.

Es así como el referido informativo revela que efectuada la puja sobre el bien materia de litis el 23 de agosto de 2011, la misma fue aprobada el 1º de septiembre del año en curso (fl. 202 C. 1), decisión que fue notificada por

estado No. 121 del día 5 del mismo mes y año, sin que la parte desfavorecida con la decisión haya hecho uso del recurso de reposición y/o apelación por tratarse de un proceso de menor cuantía e incluso tuvo la oportunidad de haber solicitado la nulidad de tal acto procesal al tenor de lo preceptuado en el canon 141 y 530 ibídem, sin que presentara reclamación alguna, en otras palabras, si la demandada (aquí accionante) no estaba de acuerdo con tal determinación, debió haber hecho uso de los recursos contemplados por la ley, en este caso, el de reposición, apelación o según el caso, debió alegar la nulidad de la almoneda, defensas que en modo alguno pueden suplirse con esta acción preferencial.

Así las cosas, era los medios de impugnación disponibles en este caso el de reposición o apelación, o en caso de irregularidades que invalidaran el trámite del remate debió incoar la correspondiente nulidad, pero como pese a ello optó por su no interposición, tal omisión cierra el paso a la vía del amparo constitucional como quiera que la presente acción no se ha diseñado para revivir situaciones procesales concluidas, ni como medio para retomar recursos abandonados por la incuria de la parte accionante, ni mucho menos, se itera, corresponde la acción de tutela convertirse en una nueva instancia distinta de aquellas dispuestas por el legislador.

En este orden de ideas, se revocara el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago (Valle) el 18 de octubre del presente año, para en su lugar negar la protección del amparo deprecado por la parte actora por incumplimiento del requisito de subsidiaridad.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00145-01) del 06 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS – Incumbe al propietario del vehículo causante del daño cuando tiene la condición de guardián de la cosa al momento del accidente/**RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES** –Es procedente si la víctima otorgaba un beneficio económico y afectivo a un pariente respecto del cual no tenía obligación alimentaria/**CONDENA POR PERJUICIOS MORALES** – No genera intereses moratorios.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1494 y 2341 a 2356; Código de Procedimiento Civil, artículo 57; Resolución 1112 de 2007.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 30 de octubre de 1964, de julio de 1977, del 10 de marzo de 1994, del 25 de octubre de 1994, del 14 de agosto de 1995, del 06 de septiembre de 2004 (expediente 7576) y del 30 de junio de 2005 (expediente 00650-01).

TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del fallecimiento del señor AGOBARDO GALVIS HENAO, el día 27 de junio de 2004, en un accidente de tránsito.

La responsabilidad en estudio reclama la demostración del daño, la culpa del autor del perjuicio y la relación de causalidad entre aquéllos. Respecto del daño ocasionado por la manipulación de una cosa caracterizada por su peligrosidad, legalmente existe una presunción de culpa del autor de ese manejo, y la víctima sólo tiene la carga de demostrar el daño, y la relación de causalidad entre éste y la culpa supuesta del victimario. Mientras que el último tiene la carga, para exonerarse de responsabilidad, de acreditar una causa extraña en cualquiera de las especies, esto es, el evento fortuito, el hecho de un tercero o la propia culpa de la víctima (Arts. 1494 y 2341 C. C.).

En el *sub-judice* no se encuentra en discusión la configuración de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual ni la tasación de los perjuicios morales respecto de los demandantes no apelantes, sino que las apelaciones impetradas se dirigen a refutar las condenas efectuadas por la juez *a quo* respecto a intereses moratorios, salvo el tema de la legitimación por pasiva de la sociedad PALMIRA S.A., que se estudiara en primer lugar.

Así las cosas, debe la Sala empezar por resolver el siguiente problema jurídico ¿tiene la sociedad PALMIRA S.A., por ser propietaria del vehículo de placas VZH 395 legitimación en la causa por pasiva para responder por los perjuicios ocasionados con la muerte del señor AGOBARDO GALVIS HENAO en el accidente de tránsito ocurrido el día 27 de junio de 2004?

En este sentido, respecto a la responsabilidad que puede tener el dueño de un automotor, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado del siguiente modo, en sentencia del julio de 1977:

De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto -que desde luego admite prueba en contrario- pues aún cuando la prueba no es inherente al dominio, si hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario.

O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad de guardián de ellas presúmase tener.

De manera que, el dueño de un vehículo automotor se presume guardián de la cosa y como tal es responsable de cualquier daño que se produzca en realización de la actividad peligrosa de conducir, sin importar quien fue el causante directo. No obstante, es apenas obvio resaltar que por ser una presunción admite prueba en contrario.

En el *sub judice*, con la contestación de la demanda se allegó el contrato de administración del bus con número interno 9303 celebrado por la sociedad PALMIRA S. A., y TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., el 28 de febrero de 2001, en cuyo literal a) de la cláusula primera estipula que este contrato vencía el 28 de febrero de 2002 por lo que en principio el contrato allegado no demostraría que la tenencia del bus con el que se produjo el daño estaba en cabeza de TRANSPORTES PALMIRA S. A.

Sin embargo, las demandadas en sus contestaciones aceptan como cierto que el vehículo es de propiedad de PALMIRA S. A., y se encuentra afiliado a TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., amén de que no se desconoció la vigencia del contrato atrás referido, y en tales condiciones debe analizarse el clausulado, y si bien, no desconoce la Sala que del contrato se deduce que el propietario debía pagar los partes y poner el vehículo a disposición del administrador, lo cierto es que la administración efectiva del automotor la tenía TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., como se deduce de la cláusula tercera que facultaba a la administradora no sólo a explotar económicamente el vehículo, sino a realizar las reparaciones necesarias y a designar motorista, lo que indica a las claras que quien detentaba el bus con el que se produjo el daño es TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., y en tales condiciones no puede afirmarse válidamente que PALMIRA S. A., fuera el guardián de la cosa.

De acuerdo a lo discurrido se declarará probada la excepción en comentario y se revocará en tal sentido la sentencia en estudio.

La alzada formulada por el apoderado del señor NELSON GALVIS CASTRO padre de la víctima se circunscribe a dos aspectos, la tasación de los perjuicios morales y el lucro cesante. De dónde se derivan los siguientes cuestionamientos ¿debe ser mayor la suma reconocida por concepto de reparación de perjuicios morales cuando se trata del padre?; y, ¿procede el reconocimiento de perjuicios materiales cuando se demuestra que la víctima otorgaba un beneficio económico y afectivo a un pariente respecto del cual no tenía la obligación de suministrar alimentos?, concretamente, ¿en este evento resulta procedente determinar el lucro cesante que dejó de percibir el señor GALVIS CASTRO con ocasión al deceso de su hijo?

En cuanto al primer ítem, es decir, los perjuicios morales nótese que su fijación debe realizarse atendiendo el *arbitrium iudicium*, esto es, el prudente arbitrio atendiendo que la indemnización que se da por este concepto es de carácter simbólico pues se trata de bienes jurídicos imposibles de reparar

integralmente, pero que tampoco puede *“crear beneficios injustificados para nadie, sino corregir con sentido de justicia, satisfacer o desagraviar sentimientos legítimos heridos sin derecho”*

Ahora bien, es claro que el dolor por la muerte de un hijo genera una aflicción mayor a la que genera el deceso de un hermano, por lo que atendiendo los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia se fijará en la suma de \$15'000.000.

En lo tocante al daño emergente si bien es cierto lo afirmado por la *a quo* en el sentido que el señor AGOBARDO GALVIS no tenía alimentarios, no es menos cierto que la víctima puede otorgar un beneficio económico y afectivo a parientes respecto de los cuales no tenía la obligación de suministrar alimentos, como sucede con el hijo que sostiene a los padres, y si bien, no existe un derecho subjetivo, si existe derecho a la indemnización. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha precisado que:

La protección de la ley (...) debe comprender también, aquellos en que hay menoscabo de un interés legítimo, como es el del padre que recibe del hijo una pensión periódica (...) aunque no constituya una carga obligatoria; se trata de un caso en que el daño, si bien ajeno a la existencia de un vínculo de obligación alimentaria civil, afecta sin embargo, a los medios de vida de quien lo sufre

Criterio reiterado por la doctrina al precisar que *“la legitimación para reclamar indemnización está fundamentada en la facultad que tiene el demandante de disfrutar el beneficio que sufrió el menoscabo con la acción dañina”*.

Por lo que si resulta procedente determinar el lucro cesante que dejó de percibir el señor GALVIS CASTRO con ocasión al deceso de su hijo.

En el informativo, obra certificación expedida por la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES PALMERAS LTDA., que reza *“el producido del carro descuenta un promedio mensual de ingresos por valor de SEISCIENTOS MIL PESOS”*, pero no es clara si la expresión *“descuenta”* hace referencia al ingreso del conductor, por lo que en las anteriores condiciones probatorias, se advierte que no se acreditó idóneamente dicho aspecto. Por lo que se acudirá al criterio jurisprudencial consistente en que por lo menos devengaba el salario mínimo.

(...)Debiendo pasar a estudiar las apelaciones de TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., y de la llamada en garantía AGRICOLA DE SEGUROS, hoy SURAMERICANA DE SEGUROS.

Respecto a la condena por intereses moratorios causados sobre el valor reconocido por concepto de perjuicios morales, habrá de revocarse, en primer lugar porque no fueron solicitados por la actora, por tanto, el fallo no

resulta congruente con lo solicitado en la demanda. En segundo lugar, porque frente a dicha condena no caben intereses, ya que éstos solamente tendrían causación con ocasión de la sentencia en donde se ordena el pago, y no con anterioridad, como parecería deducirse del pronunciamiento aquí censurado.

De otro lado, la póliza de seguros conforme lo denota el folio 2 del cuaderno 2 estuvo vigente para el período 2 de diciembre de 2003 a 2 de diciembre de 2004 y establecía como amparo por muerte o lesiones de una persona 100 salarios mínimos legales mensuales.

Por lo que si bien, la aseguradora tiene el deber de cancelar a los actores el valor de la indemnización en caso de que la demandada no lo haga, su obligación tiene como límite resarcible 100 salarios mínimos legales de 2004, es decir, hasta \$35'800.000, sin que sea aplicable deducible alguno en virtud de haberse incumplido por la llamada en garantía la carga probatoria que le correspondía como era allegar las condiciones generales de la póliza.

En cuanto a que se condene a la Asegurada a pagar las condenas en forma solidaria con la demandada TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., no se podrá acceder a ello en virtud de lo reglado en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, que reza: *“Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”*.

Por virtud de la póliza de seguro de responsabilidad, es indudable que la aseguradora esta llamada al pago hasta el límite asegurado, y por tal razón se autorizara que si la demandada no paga dentro del término aquí concedido lo deberá realizar la llamada hasta el límite pactado.

Por lo anteriormente expuesto, se revocará parcialmente el fallo censurado y no se condenara en costas ante la prosperidad parcial de las alzas.

Sentencia de 2ª instancia (16080) del 09 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca parcialmente la sentencia apelada.

SOCIEDAD CONYUGAL – No existe recompensa a su favor cuando alguno de los cónyuges, durante su vigencia, enajena un bien social.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1790, 1798, 1801, 1802, 1803 y 1824; Ley 29 de 1932, artículo 4º.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En materia de recompensas, debe tenerse en cuenta que tal figura jurídica fue instituida para mantener el equilibrio entre los patrimonios de la sociedad conyugal y los propios de cada uno de los cónyuges, para evitar el menoscabo de uno y el enriquecimiento injustificado de cualquiera de ellos, cuyo fundamento es una aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Es así como se generan recompensas de los cónyuges a la sociedad, de la sociedad a los cónyuges y de cónyuge a cónyuge las cuales se determinan y pagan al liquidarse la sociedad conyugal (art. 4º. de la ley 28 de 1.932), pues sólo hasta entonces se hacen exigibles.

El recurrente centra su argumento en que el partidor debió incluir dentro del activo a repartir la compensación presentada en la partida segunda del escrito contentivo de los inventario y avalúos reseñados por éste, dado que como ninguna manifestación se realizó por parte de la apoderada judicial de la señora MARIA ESTEIRA SANDOVAL GARCIA en la diligencia ni posteriormente al correr el traslado para presentar las objeciones a los inventarios y avalúos, la misma hacía parte del activo inventariado.

Así las cosas, la Sala de decisión debe resolver ¿si la venta de un bien social, por parte de alguno de los cónyuges durante la vigencia de la Sociedad Conyugal genera recompensa en favor de la Sociedad Conyugal?

De entrada la respuesta es negativa porque la venta de uno de los bienes sociales por parte de alguno de los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad conyugal, no genera recompensa alguna.

Al respecto debe precisarse en primer lugar que el legislador en el artículo 1º de la ley 28 de 1.932, señaló que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes propios como los que adquiriera durante el matrimonio y que puedan ser objeto de gananciales. Luego, la venta en tales condiciones no genera recompensas a favor de la masa social.

Incluso, si bien tal facultad se ve recortada cuanto la sociedad conyugal se disuelve, pues a partir de ahí, sólo pueden administrar y disponer libremente de los bienes de su exclusiva propiedad dado que de la disolución emerge una comunidad de gananciales hasta tanto se liquide y se adjudique a cada uno de ellos, la consecuencia que se origina es otra porque al desconocer esta situación alguno de los cónyuges, enajenando un bien que tenga la condición de social, ello sólo da lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena o desencadena en la sanción de que trata el artículo 1824 del Código Civil, la cual tiende a reprimir toda conducta dolosa de uno de los cónyuges que

desvíe bienes de la masa partible, cuando uno defrauda al otro, al separar de la misma, un bien en el que no participa el defraudado.

En el caso presente, se alega que la cónyuge enajenó un inmueble adquirido por ella en vigencia de la sociedad conyugal, y que dicha venta se realizó antes de disolverse y liquidarse la sociedad conyugal, por lo cual se invoca una recompensa a favor de la sociedad conyugal.

Pero para que tenga lugar una recompensa, debe existir un empobrecimiento entre alguno de los patrimonios propios de los cónyuges y el patrimonio de la sociedad por cualquier circunstancia y que al momento de la disolución pueda decirse que efectivamente uno de los patrimonios se ha enriquecido, de tal manera que no pueden concebirse recompensas luego de disuelta la sociedad conyugal, pues es el momento de exigirse las que se hayan producido con base en las operaciones que realizaron los cónyuges en relación con sus bienes propios y con los que estando en su cabeza tenían el carácter de gananciales, en virtud de la facultad de administración que tenían sobre los mismos.

Recuérdese que las causas generadoras de recompensa, están previamente descritas en la ley y los cónyuges sólo las deben a la sociedad por aumentos o mejoras de carácter artificial que los bienes propios de los cónyuges obtienen durante la sociedad conyugal, pertenecen a ella siempre que subsistan a la fecha de su disolución (art. 1802 C.C.), esto es, por expensas hechas en los bienes de cualquiera de los cónyuges, aumentos o mejoras por trabajo de los consortes o por inversiones hechas en los mismos, salvo las reparaciones usufructuarias; por subrogación cuando el inmueble adquirido es de mayor precio que el enajenado (art. 1790 del C.C.); por los precios, saldos, costas judiciales y expensas de cualquier clase que se invierten en la adquisición o cobro de bienes propios de los cónyuges, por presumirse erogados por la sociedad conyugal (art. 1801 del C.C.); por toda donación o erogación gratuita que hagan los cónyuges de cualquier parte de los bienes sociales o gananciales, salvo las excepciones legales (arts. 1.798 y 1803 del C.C.) y por los perjuicios que le hubiere causado a la sociedad conyugal con dolo o culpa grave y por el pago que ella hiciera de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito (art. 1804 del C.C.).

Así las cosas, el legislador no indicó que existe motivo de recompensa para la sociedad conyugal que pueda generarse por la venta de un bien en vigencia de la sociedad conyugal, como tampoco por la distracción u ocultamiento de bienes de la misma por uno de los cónyuges, hipótesis, que se reitera, constituirían la venta de cosa ajena, o desembocarían, eventualmente, en la sanción por ocultación y distracción de bienes de que trata el artículo 1824 del Código Civil.

No es dable pues aceptar los postulados del recurrente toda vez que la norma es muy clara y no da cortapisa para otra interpretación, la venta de un bien social por parte de alguno de los cónyuges durante la vigencia de la Sociedad Conyugal, no genera recompensa alguna a favor de esta sociedad, pues la ley no la consagró como tal.

Sentencia de 2ª instancia (2008-00093-01) del 12 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL PROPIETARIO INSCRITO – Es procedente cuando éste pretende sanear su título de dominio /SUMA DE POSESIONES – Es necesario probar, además del vínculo entre antecesor y sucesor, los actos de dominio tanto en el uno como en el otro.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

FUENTES FORMALES: Código Civil, artículos 764, 765, 767, 778, 2521 y 2528; Código de Procedimiento Civil, artículo 407, numerales 5º y 6º

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 22 de junio de 1993 (expediente 3479), con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss y del 06 de abril de 1999, con ponencia de José Fernando Ramírez Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Corresponde a la Sala verificar si como lo sostuvo la jueza de primera instancia, ¿la señora CLAUDIA VANESSA ZAPATA FORERO carece de legitimación para soportar la pretensión de dominio invocada por la demandante?, y de ser negativa la respuesta ¿si se cumplieron los presupuestos de la prescripción ordinaria para adquirir el dominio del inmueble descrito en la demanda de reconvencción?

Pues bien. Para responder el primer cuestionamiento cabe citar lo prescrito en los numerales 5º y 6º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, que ordenan *“siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella”*, y en el auto admisorio de la demanda *“se ordenará el emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien”*. Es decir, los legitimados por pasiva, son las personas que figuren en el certificado de tradición como titular de un derecho real

principal, y todas aquellas personas que se crean con derechos sobre el predio a usucapir.

En el *sub lite*, la demandada CLAUDIA VANESSA ZAPATA FORERO, a no dudarlo, se encuentra dentro del grupo de personas que se creen con derecho sobre el predio a usucapir, pues es quien demandó la reivindicación del inmueble y demostró dentro del referido trámite su interés, y si bien no figura en el certificado de tradición como titular de derechos reales, no significa que no pudiera ser demandada, luego, por este aspecto, considera la Sala, erró el falladora de primera instancia, pues como quedó establecido, la señora ZAPATA FORERO sí está legitimada por pasiva.

Ahora bien, y aunque no es tema de apelación la legitimación por activa, la cual sí encontró la *a quo* cumplida, cabe preguntarse si una persona que figura como propietaria inscrita de un inmueble, puede deprecar se declare que lo adquirió por vía de prescripción ordinaria, pues a *prima facie* no se observa la lógica de tal solicitud. Pues bien, tal interrogante tiene respuesta afirmativa, y ello es así por la simple razón de que para demandar la declaratoria de prescripción adquisitiva, está legitimado todo aquel que afirme tener la posesión del bien pretendido en usucapión. Cosa diferente es que deba probar que en verdad actúa como señor y dueño respecto del bien a usucapir y durante el tiempo especificado en la ley.

En conclusión, aunque la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA figura como titular inscrita del derecho real de propiedad sobre el bien objeto de usucapión, ello no es óbice para que no pueda pedir a la jurisdicción se declare que también lo adquirió por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, para así conseguir sanear sus títulos de manera definitiva, y de paso blindarse frente a pretensiones de terceros como la aquí pretendía incoar la inicial demandante y posterior demandada en reconvencción, pues recuérdese que el fallo que así se dicte tiene efecto *erga omnes*, con lo cual no queda duda del interés que le asiste para pedir tal declaratoria.

En punto a la prescripción ordinaria, que fue la invocada por la actora en la demanda de reconvencción, enseña el artículo 2528 del Código civil, que para ganarla “*se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren*”. La Posesión regular, está definida en el artículo 764 ejusdem, como aquella “*que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe*”. En cuanto al tiempo requerido, al tenor del artículo 4º de la Ley 791 de 2002 es de cinco años para bienes raíces, sin embargo como en el presente caso, al momento de la presentación de la demanda no había transcurrido tal lapso desde la entrada en vigencia de la citada Ley, el término es de diez años, tal como lo establecía el artículo 2529 del Código Civil.

De acuerdo a lo anterior, para adquirir por prescripción ordinaria, se requiere la existencia de un justo título, haberse adquirido de buena fe, y durante el tiempo requerido en la ley, en este caso de 10 años, requisitos que se traducen en que la iniciación de la posesión haya estado precedida de un título que conforme a la ley sea idóneo y jurídicamente válido para transferir el derecho real de dominio, y que se haya obtenido asistido de la creencia de que lo recibía de quien era verdadero dueño.

En lo que atañe al justo título, el artículo 765 del Código Civil precisa que es aquel que “*es constitutivo o traslativo de dominio*”, siendo traslaticios de dominio los que sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

En el *sub examine* está probado que la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA adquirió el inmueble objeto de usucapión por medio de la escritura pública No. 2649 del 28 de noviembre de 1995, otorgada en la notaría 2ª de Cartago, la cual fue debidamente inscrita en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, a título de venta, es decir cuenta con un justo título y adquirió de buena fe, pero desde esa época, a la presentación de la demanda: julio de 2004, aún no habían transcurrido los 10 años requeridos exigidos en el artículo 2529 del Código Civil para adquirirse por esta vía.

Por lo anterior, la demandante pretende se sume la posesión que le fue transferida por la escritura antes citada, a la de la anterior poseedora, es decir la que tuvo la señora ESPERANZA RODRÍGUEZ MERA, quien adquirió el inmueble, así: el 50% a título de venta que le hizo el señor JOSÉ ALDEMAR RESTREPO GÓMEZ, según escritura pública 774 del 25 de mayo de 1990, de la Notaría 2ª de Cartago, y el restante 50% por la misma escritura pública, pero a título de derechos que le transfirió el mismo vendedor, vinculados a la sucesión del señor RODRIGO TORO ZAPATA, quien fue el titular del 50% del inmueble, los cuales había adquirido en la sucesión de su hermana MARÍA DE JESÚS RESTREPO DE ZAPATA.

Ahora bien, la sucesión del señor RODRIGO TORO ZAPATA se liquidó en la notaría 1ª de Cartago, y en ella, le fue adjudicado a la señora ESPERANZA RODRÍGUEZ MERA el mencionado 50% del inmueble, según consta en la escritura pública 290 del 23 de febrero de 1995, la cual fue debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartago al folio 375-21071, de tal manera que como ya tenía la propiedad del otro 50% que había adquirido por la escritura pública 774 antes citada, consolidó la propiedad del 100% del predio.

Así las cosas, lo que se tiene en claro hasta ahora, es que la señora RODRÍGUEZ MERA adquirió por justo título, sólo el 50% del inmueble en el 25 de mayo de 1990, a través de la escritura pública 774, y por esa razón, la *a quo*, fuera de no haber encontrado la legitimación por pasiva, como antes se vio, también basó la negativa de las pretensiones de la demanda de

reconvencción en que no se podía afirmar que la señora RODRÍGUEZ MERA tuviera la posesión con justo título de la totalidad del inmueble desde el año 1990.

Empero, considera la Sala sobre este tópico, que le asiste razón al censor, cuando afirmó que en virtud de la escritura pública 290 del 23 de febrero de 1995, por la cual en la sucesión del señor RODRIGO ZAPATA TORO se adjudicó el 50% del inmueble a la señora RODRÍGUEZ MERA, en realidad lo que sucedió fue que se validó el título inicial, es decir el de venta verificado en la escritura pública 774 de 25 de mayo de 1990.

En efecto, el artículo 767 del Código Civil enseña: *“La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue concedido el título”*. En el sub examine, es claro que aunque el título de adquisición primigenio de la señora RODRÍGUEZ MERA, es decir la escritura pública 774 del 25 de mayo de 1990, no se podía catalogar como justo título respecto del 50% del inmueble, pues quien le transfería sólo era titular en tal proporción, de derechos y acciones adquiridos en la sucesión de su hermana MARÍA JESÚS RESTREPO DE ZAPATA, de lo cual no advirtió a la compradora, tal como se desprende de la lectura de la citada escritura pública, lo cierto es que su título se convalidó, o en otras palabras, el vicio que afectaba la tradición (falsa tradición), desapareció con el trámite de la sucesión del anterior propietario inscrito de dicho 50%, señor RODRIGO ZAPATA TORO.

Por tanto, contrario a lo sostenido por la *a quo*, considera la Sala que la señora ESPERANZA RODRÍGUEZ MERA adquirió con justo título el inmueble objeto de usucapión, desde el 25 de mayo de 1990, y que el tiempo que lo tuvo en posesión, es factible sumarlo al de la demandante, por haber ambas adquirido con justo título, y existir un vínculo que une las posesiones, que es precisamente la escritura pública de venta suscrita entre las señoras RODRÍGUEZ MERA y SANTIBÁÑEZ OSPINA respecto del inmueble objeto de usucapión, que sumados supero el lapso de 10 años requerido para prescribir por vía ordinaria.

Para que pueda darse la figura que doctrinariamente se ha denominado “suma de posesiones”, que no significa otra cosa que el poseedor actual pueda añadir a su posesión la de su antecesor, siempre y cuando exista un vínculo que las una, tal como se establece en el artículo 778 del Código Civil en armonía con el artículo 2521 ibídem, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 6 de 1999, con ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez, dijo:

(...) la facultad consagrada por el art. 778 del C. C. en armonía con el art. 2521 ibídem, por medio de la cual se autoriza la llamada suma o unión de posesiones, a título universal o singular, tiene como

finalidad ‘entre otros fundamentos’, ‘lograr’ la propiedad mediante la prescripción adquisitiva (Sen. De 26 de junio de 1998), es decir, permitir acumular, excepcionándose así el principio de que la posesión comienza en quien la ostente, al tiempo posesorio propio el de uno o varios poseedores anteriores, bajo el supuesto de la concurrencia de las condiciones que para tal efecto tiene establecida la doctrina de la Corte, cuales son a) que haya título idóneo que sirva de puente o vínculo sustancial entre antecesor y sucesor, b) que antecesor y sucesor hayan ejercido la posesión de manera ininterrumpida, y c) que haya habido entrega del bien, lo cual descarta entonces la situación del hecho derivada de la usurpación o despojo.” (negrilla nuestra).

En el presente caso, el primer requisito, es decir que exista título idóneo que sirva de puente o vínculo sustancial entre antecesor y sucesor, tal como antes quedó establecido se encuentra cumplido. En cuanto al segundo requisito, que tanto antecesor como sucesor hayan ejercido la posesión de manera interrumpida, en el presente caso, de acuerdo a la prueba testimonial recaudada en el dossier, considera la Sala, también se encuentra satisfecho, veamos porque:

Por lo que hace referencia a la posesión ejercida por la señora ESPERANZA RODRÍGUEZ MERA, sus hermanos FERNANDO y RUBÉN DARÍO RODRÍGUEZ MERA, bajo la gravedad de juramento informaron sobre su conocimiento de la forma como se negoció el inmueble en el año de 1990, que *“ESPERANZA le hizo mejoras y lo alquiló al señor MARIANO SALDAÑA SARMIENTO y en el año 1995 lo vendió a la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA... El bien inmueble se compró de buena fe y se vendió de buena fe porque no pensamos que hubiese algo ilegal en las transacciones que se realizaron, en cuanto a la pregunta los actos de dueño que ellos han hecho no ha habido ningún obstáculo y se ha hecho a la luz pública... ESPERANZA RODRÍGUEZ le cambió pisos por de baldosa en buen estado porque estaban malos, se le cambió el cielorraso que estaba en mal estado y era de virola, y le colocó pino, también le cambió los inodoros, lavamanos, que estaban deteriorados, se construyó un lavadero enchapado en azulejo, se le instaló una reja de seguridad en el patio interior de hierro con soldadura...”*

Por su parte el señor HÉCTOR HUMBERTO GALLEGO MORALES declaró: *“yo fui inquilino, inicialmente de ESPERANZA cuyo apellido se me olvidó, después le seguí pagando arriendo a BEATRIZ SANTIBÁÑEZ. Yo tomé la casa y ESPERANZA me la alquiló en ochenta mil pesos, después apareció BEATRIZ SANTIBÁÑEZ, a ella le seguí pagando y todo fue verbal, en la fecha mientras yo viví, le arreglaron el techo, la pintaron, arreglaron el antejardín, eso lo arregló BEATRIZ SANTIBÁÑEZ, no es más.”*

Por lo demás, al efectuarse inspección judicial al predio, en el cual se verificó que se trata del mismo pretendido en usucapión, se pudo establecer

que estaba en posesión de la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA, y que fue objeto de modificaciones sustanciales por cuenta de ésta, al punto que cuando fue visitado por el perito que fue designado por la *a quo* a fin de establecer el valor de los frutos rendidos por el mismo, pudo verificar que el inmueble fue transformado, así, dijo el auxiliar de la justicia: *“la casa en mención se encuentra ocupada por la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA, y a pesar que en la demanda consta de una casa de una sola planta en la actualidad se trata de una casa de dos plantas totalmente terminada y con materiales de muy buena calidad...”*

De acuerdo a lo anterior, hay prueba que lleva a la certeza de esta Sala, de que tanto ESPERANZA RODRÍGUEZ MERA como BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA, desde el año 1990 la primera, y la segunda desde 1995, ejercieron públicamente la posesión del inmueble objeto de usucapión, comportándose como señoras y dueñas del inmueble, y que existió entrega del bien de una a otra en forma pacífica, es decir sin mediar usurpación o desalojo, luego, también se concreta el tercer requisito citado por la Corte Suprema de Justicia para que pueda operar la suma de posesiones.

Encontrándose probado en grado de certeza, que la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA, adquirió el inmueble descrito al comienzo de esta providencia mediante justo título, y que igualmente la anterior propietaria inscrita también lo adquirió en el año de 1990 mediante título que se convalidó, que existen los requisitos para la suma de posesiones, y que ejerce en forma pública la posesión por el lapso establecido en la ley, tiempo durante el cual se ha comportado como señora y dueña, se concluye que, el supuesto de hecho de la norma que ampara la usucapión por la vía ordinaria se cumple a cabalidad.

En consecuencia, probado como está que la demandante ostenta la posesión del inmueble durante el tiempo requerido por la ley, con ánimo de señora y dueña, el cual es de carácter comercial, y que existe plena identidad con el descrito en la demanda, debe la Sala revocar los numerales 3 y 5 de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que la señora BEATRIZ ELENA SANTIBÁÑEZ OSPINA, adquirió por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio el inmueble de que tratan estas diligencias.

Sentencia de 2ª instancia (15665) del 12 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca los numerales 3º y 5º de la sentencia apelada.

DECLARACIÓN DE PERTENENCIA – No es poseedor, por haber perdido tal condición de manera definitiva, quien no se opuso a la diligencia de secuestro sobre el bien que pretende prescribir/PERTENENCIA – No es viable su declaración cuando el demandante ha reconocido dominio ajeno.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 673, 762, 764, 972, 2518 by 2528; Ley 09 de 1989, artículo 51; Código de Procedimiento Civil, artículos 686, parágrafo 2º y 687, numeral 8º.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El tema que ahora ocupa la atención de la Sala radica en la declaración de dominio impetrada por el demandante sobre un bien inmueble catalogado como vivienda de interés social, bajo el supuesto de haberse poseído de manera extraordinaria. La posibilidad en comento, es enmarcada por nuestro sistema jurídico dentro del fenómeno de la “*prescripción*” reconocida como uno de los modos de adquirir el dominio (artículos 673 y 2518 del Código Civil).

En punto a la prescripción extraordinaria de vivienda de interés social, que es la invocada por el demandante, los presupuestos axiológicos que de vieja data se han indicado por la doctrina y la jurisprudencia, para acceder a la pretensión son: a) posesión material en el demandante; b) que la posesión se prolongue por el término de ley (5 años, a voces del artículo 51 de la Ley 9ª de 1989); c) que se cumpla en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida; y d) que la cosa o el derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por este fenómeno. De reunirse aquellos, habrá de indagarse si existe identidad entre el bien que se pretende adquirir y el efectivamente poseído o si el bien de propiedad de la demandada es viable adquirirlo por la figura de la prescripción.

Respecto de éste último, no existen dudas acerca del carácter comercial del bien pretendido en usucapión, circunstancia constatada mediante certificado de tradición allegado. Por lo que sin mayores cavilaciones, que a la postre resultarían innecesarias, se comprueba que el inmueble solicitado por demandante en prescripción, es de aquellos que pueden enajenarse libremente, pues no se encuentra enmarcado dentro de alguna de las excepciones previstas por el legislador para ser adquirido por prescripción.

Luego dentro de este marco teórico debe dilucidarse ¿si en este caso, como insiste la recurrente, se demostró por el demandante, la posesión durante el término exigido por la ley para adquirir por el modo de la prescripción el inmueble de interés social que pretende?

Para tal efecto cabe recordar que la posesión es definida por el artículo 762 del Código Civil como “*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*”.

Actos de dominio que para esta Sala de decisión, tal como lo determinó el Juez *a quo*, no fluyen de manera diáfana en el caso de marras. En efecto, son

varias las pruebas y hechos que, contrario a lo sostenido por la apoderada del actor, demuestran que su prohijado reconoce a otras personas como titulares del dominio del inmueble pretendido en usucapión, y que éste no ostenta la calidad actual de poseedor, veamos:

Se afirmó en la demanda, que al predio se tuvo acceso, en razón de la promesa de contrato de compraventa suscrita entre el actor y la Constructora ARKUS LTDA., aunque no se aportó prueba de tal documento, y tan sólo se anexó una fotocopia simple del “*acta de entrega*” visible a folio 24 del informativo, de data 16 de abril de 1998, con firma ilegible de quien entrega; la cual no cumple los requisitos previstos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Además, al ser interrogado el actor en estas diligencias, y preguntársele en qué fecha le fue entregado el inmueble, contestó: “*el once de abril de 1997*”, cuando en la demanda se afirmó haber suscrito la promesa de contrato de compraventa el 16 de abril de 1996, fecha en la que dijo le se hizo “*entrega física del mismo*”. Luego, ni siquiera el actor tiene claridad sobre la fecha en que dice haber recibió el inmueble, esto es, el 16 de abril de 1996 cuando dijo haber suscrito una promesa de compraventa, o el 11 de abril de 1997, según lo afirmó absolver el interrogatorio de parte, o el 16 de abril de 1998, según la fotocopia simple del acta de entrega que aportó.

Aunado a lo anterior, es decir que no existe una prueba fehaciente sobre la fecha en que el actor entró a ocupar el inmueble, lo que sí está probado es que en el mes de agosto de 2005 (hecho 5º de la demanda – fl.37), por orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira, se practicó diligencia de secuestro sobre el mismo, sin que en su desarrollo el señor ARAGÓN GUESO hubiera hecho oposición en calidad de poseedor, en los términos del párrafo 2º del artículo 686 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco dentro de los 20 días siguientes, tal como lo prevé el numeral 8º del artículo 687 ibídem.

Es decir, si en gracia de discusión se aceptara que el actor venía ocupando el inmueble en calidad de poseedor, desde una fecha no probada, como antes se precisó, tal calidad la perdió a partir de agosto de 2005, cuando el inmueble pasó a estar a cargo de un secuestro.

Sobre el particular, cabe precisar que si bien no existe impedimento legal para declarar la pertenencia de un inmueble embargado, lo cierto es que, cuando sobre el mismo se produce el secuestro, y no existe oposición a tal diligencia, ni ésta se recupera, tal hecho hace perder definitivamente la posesión a quien la venía ejerciendo, y por ende, mal puede otorgarse la pertenencia a favor de quien legalmente ha perdido la cosa.

A lo que se suma que el actor tampoco hizo uso de las acciones posesorias de que trata el artículo 972 del Código Civil, las cuales “*tienen por objeto*

conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos, de tal manera, que no pude pretender por la vía de la acción de prescripción adquisitiva de dominio recuperar el derecho perdido debido a su propia incuria.

A lo que se une, que a pesar de pretender adquirir por vía de usucapión, arrogándose ser amo y señor del predio que afirma tiene en posesión, lo cual implica el desconocimiento de otras personas como titulares del derecho de dominio, el actor desde la misma demanda reconoció que el inmueble es de otra persona, y que no ha cancelado parte de su precio, por lo cual ***“se presentó en varias ocasiones, ante la FIDUCIARIA FES, hoy ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., con el fin de solicitar la suscripción de la escritura pública y así, atender el pago del saldo adeudado, es decir la suma de DOS MILLONES DE PESOS.”***

Además, según consta el acta de conciliación celebrada ante el Centro de conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Universidad de San Buenaventura –Cali, celebrada el 4 de octubre de 2006, el señor ARAGÓN GRUESO, a través de su apoderada ofreció pagar a AV. VILLAS, la suma de \$10.000.000, en un término de 60 días, a fin de zanjar el litigio, es decir para que se suscribiera la escritura pública de transferencia del derecho de dominio, ofrecimiento no aceptado por la representante de la citada entidad bancaria.

Lo anterior, además se encuentra corroborado por el mismo actor, pues al ser interrogado en este trámite, sobre si había hecho alguna oferta de pago en razón de saldo adeudado, a la vocera del Fideicomiso Acción Social Fiduciaria, antes FIDUFES, contestó: ***“si hice una oferta...”***; e igualmente se le preguntó si había ofrecido \$10.000.000 en un plazo de 60 días al Banco AV VILLAS, para así cancelar el saldo de la obligación, y contestó: ***“Sí ofrecí los \$10.000.000...”***.

Entonces, lo anterior sólo significa que el actor siempre ha sido consiente que el inmueble pretendido en usucapión pertenece a otra persona, al punto que ha ofrecido dinero para que le sea transferido, luego aunque alega ser poseedor, su comportamiento no lo es, pues es precisamente la esencia de quien así se reputa, desconocer absolutamente el dominio en cabeza de otra persona, y defender su derecho posesorio ante cualquier eventualidad que pretenda arrebatárselo.

Con fundamento en los anteriores análisis, no se hace necesario entrar al estudio de la comprobación de los demás elementos necesarios para adquirir por la vía de prescripción adquisitiva extraordinaria, por lo que se deberá confirmar la sentencia objeto de apelación; y en consecuencia, también se condenará en costas a la parte actora, en ambas instancias.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos expuestos por la apoderada de la actora en el escrito de apelación, la Sala observa que no desconoce la problemática en que se encuentra envuelto el señor ARAGÓN GRUESO, pero independientemente de que éste presuntamente haya suscrito una promesa de contrato de compraventa y cancelado dineros con el ánimo de adquirir el inmueble trabado en esta litis, lo cierto es que no es la acción prescriptiva de dominio la llamada a solucionarla, pues como se vio no se cumplen los requisitos para adquirir por este medio, máxime que ante el incumplimiento de un contrato, el actor cuenta con otras acciones ordinarias para hacer valer sus derechos.

Sentencia de 2ª instancia (16171) del 13 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA – Momento a partir del cual comienza a correr el termino en obligaciones pactadas por cuotas y cláusulas aceleratorias/PRESCRIPCIÓN – Interrupción por la presentación de la demanda/PRESCRIPCIÓN - En nuestro sistema procesal actual no está previsto que el ejecutado pueda alegar una prescripción ocurrida dentro del proceso/TERMINACIÓN DEL PROCESO EN VIRTUD DE LA LEY 546 DE 1999 - No acarrea la ineficacia de la interrupción civil de la prescripción.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 791 de 2002, artículo 2; Código de Comercio, artículos 673, 709, 711, 789, y 792; Código Civil, artículos 1573, 2513, 2539 y 2540.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 014286 del 03 de julio de 2007, con ponencia de Orlando Quintero García.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Tal cual se reseñó en acápites anteriores, el operador judicial de primer grado denegó las pretensiones de la demanda al considerar, en lo total, que terminado por mandato de la Ley 546 de 1999 el proceso ejecutivo hipotecario donde se ejercía la acción cambiaria que acá se pretende declarar extinta, se restituyó el plazo para pagar el crédito, y siendo su vencimiento el 1º de septiembre de 2009, para cuando se presentó la demanda (31 de octubre de 2007), aún no había operado el fenómeno prescriptivo.

La censura crítica que el sentenciado obvió los efectos del ejercicio de la cláusula aceleratoria, y no distinguió entre cuotas vencidas y no vencidas.

Planteada así la controversia, debe reconocerse en primer lugar que la pretensión del actor encuentra soporte en el artículo 2º de la Ley 791 de 2002, que agregó un inciso al artículo 2513 del Código Civil, del siguiente tenor: "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

La acción cuya prescripción se pretende deriva de un pagaré, o sea, un título valor de contenido crediticio consistente en la promesa de pagar una suma de dinero, al cual se le aplican las disposiciones que regulan la letra de cambio, razón por la cual puede ser expedido a la vista; a un día cierto determinado o no; con vencimientos cierto y sucesivos o a un día cierto después de la fecha o de la vista –arts. 673, 709 y 711 del C. de Co-.

En el caso que ahora se resuelve, el pagaré fue expedido bajo la modalidad de vencimientos ciertos y sucesivos, porque las otorgantes se comprometieron a cancelar el capital que recibieron -\$9.200.000.00- en 180 parcialidades, desde el 1º de septiembre de 1994, según las fluctuaciones de la DTF y con los réditos allí indicados, concertándose lo que la doctrina ha dado en llamar cláusula aceleratoria, porque se dijo en la regla cuarta del contrato que el acreedor podía exigir el pago anticipado de la obligación, entre otras causas, cuando el deudor incurriera en mora en el pago de una o más cuotas pactadas o de los intereses.

Lo anterior indica que las fechas desde las cuales se parte para contabilizar la prescripción de la obligación no es la misma, porque unos son los vencimientos de las parcialidades operados antes de la demanda judicial y otros los de las cuotas cuya exigibilidad se anticipa. Sobre este preciso tópico, con ponencia de quien ahora escribe, ha dicho la Sala:

Cuando el pagaré ha sido expedido con vencimientos ciertos y sucesivos, valga subrayar, para que la obligación se pague por cuotas o instalamentos en fechas y cuantías determinadas, es factible pactar cláusula aceleratoria, es decir, aquella que permite la exigibilidad del total de la prestación cuando el deudor incurra en mora en el pago de una o varias de las parcialidades. La cláusula aceleratoria, está licenciada según amplio sector de la doctrina, entre otras disposiciones, en el artículo 69 de la Ley 45 de 1990 que reza:

Mora en sistema de pago con cuotas periódicas. Cuando en las obligaciones mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la

cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario. En todo caso, cuando en desarrollo de lo previsto en este artículo el acreedor exija la devolución del total de la suma debida, no podrá restituir nuevamente el plazo, salvo que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses.

Entonces en una situación de semejantes perfiles se hacen exigibles aún las cuotas que no estaban vencidas, las sometidas a plazo, lo que significa que una vez exigible la obligación, a partir de allí comienza a correr el término de prescripción de la misma. O en otros términos, las parcialidades que inicialmente conforme al pacto debían cancelarse en el futuro, se hacen puras y simples y por ello actualmente exigibles, por virtud del ejercicio que de la cláusula aceleratoria hace el acreedor. La Corte Suprema de justicia en sede de tutela, se pronunció sobre el tema de la siguiente manera:

1.- El quid del asunto estriba en determinar si los jueces civiles accionados violaron el debido proceso por haber reconocido la excepción de prescripción propuesta por uno de los ejecutados, con el argumento de que como se pactó la cláusula aceleratoria del plazo, las fechas de vencimiento de la obligación dejaron de ser las pactadas y pasó a ser aquella en la que cobra vigencia la anticipación del plazo derivada del incumplimiento del pago, verificado en este caso desde la primera cuota, cuyo vencimiento fue previsto para el 10 de agosto de 1.993, en contraposición a la tesis, según la cual, cuando se pacta dicha cláusula el término prescriptivo sólo empieza a correr cuando el acreedor la hace efectiva por medio de la demanda ejecutiva o de algún otro modo.

2.- Sobre ese particular la Corte observa que, tal como sostiene el Tribunal a-quo constitucional, los sentenciadores del orden civil, sin dar ningún fundamento válido y sin mediar un análisis adecuado para el caso, reconocieron la excepción de prescripción porque determinaron que, en virtud de la susodicha cláusula aceleratoria, el primer incumplimiento de los deudores marcó a su turno la fecha de vencimiento de toda la obligación, y por ende la de iniciación del término prescriptivo, sin paramientos en que tal pacto simplemente otorga facultad

al acreedor, y para beneficio exclusivo de éste, de dar por vencido anticipadamente el plazo ante el incumplimiento en el pago de una o más cuotas. Lo que significa que queda a su talante hacer uso de esa prerrogativa.

3.- Ahora bien, por tratarse de una facultad reservada al acreedor, bien puede éste no anticipar el plazo y sujetarse a los términos normales establecidos en el respectivo contrato, sin que por eso se pueda afirmar que, con el primer incumplimiento del deudor, el acreedor incurrió en abandono de sus derechos que conduzca después a verificar desde entonces el término de prescripción; es decir, el deudor que resulta favorecido con que el acreedor no haga uso de la cláusula aceleratoria, no puede deducir a su favor el vencimiento anticipado del término, a partir de la fecha de su propio incumplimiento, para fundar la prescripción.

4.- Desde esa perspectiva, se detecta al rompe la vía de hecho imputable a los jueces accionados que sin consideración a que la cláusula aceleratoria sólo se hizo efectiva respecto de las últimas cuatro cuotas de pago de las 36 pactadas y de que la demanda efectiva fue presentada el 25 de abril de 1.996, asumió, contrariando los plazos normales, que toda la obligación venció desde el 10 de agosto de 1.993, razón por la cual se impone enmendar esa equivocación a fin de que se vuelva a examinar la prescripción respecto de cada uno de los pagos pactados por cuotas, según la fecha de los respectivos vencimientos y después verificados en relación con las fechas de notificación el mandamiento ejecutivo(.).

Así entonces, una es la exigibilidad de los instalamentos futuros por concepto del ejercicio de la cláusula aceleratoria y el punto de partida para el conteo del término de prescripción de la obligación insoluble que se aceleró, y otro es el partidor del término de prescripción para las cuotas de plazo vencido anteriores al momento de detonarse la cláusula aceleratoria. En las obligaciones dinerarias con vencimientos ciertos y sucesivos, cada porción del crédito tiene su propia fecha de vencimiento y consecuente exigibilidad; y por consiguiente distinta calenda desde la que se cuentan los términos extintivos de la acción.

Con lo hasta ahora expuesto le asiste razón al recurrente cuando afirma que no se distinguió entre cuotas vencidas y no vencidas, pues resulta desafortunado concluir, sin más, que la prescripción se inicia a contar a partir del vencimiento final del pagaré (como lo afirmó el a quo), sin tener en cuenta que se trata de una pagaré con vencimientos ciertos y sucesivos, donde cada instalamento o cuota se hace exigible en una fecha determinada e independiente a partir de la cual se debe comenzar a contar su periodo de prescripción; y en el caso de las cuotas que se anticipan en ejercicio de la cláusula aceleratoria, su prescripción se debe comenzar a contar desde que se hizo uso de dicha cláusula, por regla general, desde cuando se presentó la demanda judicial.

Lo anterior, en todo caso, no significa que la sentencia deba ser revocada, como se explicará en las líneas por venir, pues el planteamiento que la parte demandante realizó para configurar la prescripción resulta incompleto, y no tiene en cuenta la figura de la interrupción civil de la prescripción ni los efectos que en el presente caso, tuvo la existencia de un proceso ejecutivo anterior.

5. Si la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del vencimiento, como lo establece el artículo 789 del C. de Co., corresponde verificar si entre el vencimiento de la obligación y la interpelación judicial mediante la demanda, o en su caso entre el vencimiento y la notificación del mandamiento de pago, corrió el citado término y como secuela de ella feneció el crédito por el fenómeno de la prescripción.

Con esa mira resulta de interés reproducir el contenido del artículo 90 del C.P.C., el cual reza:

Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que

se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será necesario la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

Es de puntualizar que la versión del artículo en antelada reproducción fue modificado por la Ley 794 de 2003, antes de lo cual el término para que la presentación de la demanda produjera los efectos indicados en la disposición era de 120 días.

En materia de interrupción de la prescripción el artículo 2539 del C.C., preceptúa que la demanda judicial interrumpe civilmente el fenómeno prescriptivo y el 2540 ejúsdem, estatuye que la interrupción que obra en perjuicio de uno o varios codeudores, no perjudica a los otros, “a menos que haya solidaridad, y no se haya esta renunciado en los términos del artículo 1573, o que la obligación sea indivisible.”:

En el mismo sentido el artículo 792 del C. de Co. establece que las causas de interrupción de la prescripción con relación a uno de los deudores cambiarios no la interrumpen respecto de los otros, “salvo el caso de los signatarios en un mismo grado”.

Todo de lo cual se colige que en lo que atañe a obligaciones solidarias por el aspecto pasivo, la interrupción de la prescripción que opera en perjuicio de uno de los codeudores, alcanza en sus efectos a los demás, habida cuenta que:

Este efecto es otra ratificación de los principios tantas veces mencionados. La prescripción como hemos dicho, así como la interrupción o la suspensión de ella, son fenómenos que siempre operan sobre el objeto. Es cierto que por la conducta de uno de los deudores que reconoció la deuda o por la demanda del acreedor se interrumpe la prescripción, y desde ese punto de vista es uno de los sujetos el que produce el efecto; pero también lo es que tanto el reconocimiento del deudor como la demanda judicial del acreedor versan o se refieren a la prestación u objeto, que tiene la característica de la unidad y por tanto hace que todo lo que con él se relacione se extienda a los vínculos personales de los sujetos.

Interrumpido civilmente el conteo del término de prescripción, bien sea con la presentación de la demanda o con la notificación del mandamiento de pago, según corresponda, se reanuda su conteo desde cero a partir del día siguiente, reanudación que en realidad de verdad solo resulta de utilidad cuando existan varios demandados y aún falte por notificar alguno que pueda alegar la prescripción que ocurra dentro del proceso. De lo contrario resulta extraño afirmar que luego de la notificación del demandado (único o

último) en el juicio ejecutivo, pueda volver a iniciarse y causarse la prescripción dentro del proceso, pues el estado de interrupción se prolonga durante toda su vigencia. Lo anterior además por cuanto en nuestro sistema procesal actual no está previsto que el ejecutado pueda alegar una prescripción ocurrida dentro del proceso, luego si el demandado es notificado del auto de mandamiento de pago y no propone la excepción de prescripción, porque no se ha cumplido o porque no es su deseo hacerlo, una nueva prescripción de la obligación será imposible dentro del proceso, y si así sucediera no podría el demandado alegarla porque no está prevista oportunidad procesal para hacerlo.

De cualquier forma, interrumpida de forma civil la prescripción como se ha venido explicando, dicha interrupción se torna ineficaz en los supuestos establecidos en el artículo 91 del C. de P. C., a saber: (i) cuando el demandante desista de la demanda; (ii) cuando el proceso termine por haber prosperado algunas de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99 o con sentencia que absuelva al demandado, y (iii) cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.

En el presente caso no se conocen los detalles del proceso ejecutivo anterior que vinculó a las partes, y que terminó en marzo de 2007 por reliquidación del crédito, en cumplimiento de la Ley 546 de 1999 (hipótesis no contemplada en el artículo 91 del C. de P.C. para calificar de ineficaz la interrupción civil de la prescripción). En efecto, no se conoce la fecha exacta en que se presentó la demanda (en la demanda se afirma que fue junio de 1998, pero ello no está acreditado), la cantidad de cuotas que a esa altura estaban vencidas, si el mandamiento de pago se notificó en los términos del artículo 90 del CPC o no; si se profirió o no sentencia, entre otros aspectos.

Y no se conoce ninguno de esos detalles por cuanto el demandante consideró que, para configurar la prescripción que pretende le bastaba afirmar que ejercida la cláusula acceleratoria en junio de 1998, a partir de esa fecha contaba el acreedor con tres años para recuperar el dinero (Art. 789 C. Co), lo cual no es correcto pues no advierte los efectos que la presentación de la demanda judicial pudo tener frente al término de prescripción, efectos que en todo caso deben conocerse y reconocerse pues la terminación del proceso ejecutivo no se dio por ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 91 del C. de P. C., para que pueda afirmarse que la interrupción de la prescripción que allí pudo operar, fue ineficaz.

Dicho en otras palabras, si el fundamento toral de la demanda y del recurso de apelación es que la prescripción de la acción cambiaria que se ejerció desde junio de 1998, NUNCA SE INTERRUMPIO, le correspondía a quien alegó el medio de extinción de la obligación (prescripción), acreditar tal aserto, carga procesal que no cumplió pues se desentendió el demandante por completo de los detalles del proceso ejecutivo hipotecario adelantado

con anterioridad, como si ninguna injerencia o importancia tuviera lo sucedido frente al desarrollo del término de prescripción de la acción cambiaria.

Se concluye de lo anotado que:

. Por tratarse de un pagaré con vencimientos ciertos y sucesivos, el término de prescripción de cada cuota se debió contar desde que cada cuota se hizo exigible. Tratándose de cuotas cuyo vencimiento se anticipó en uso de la cláusula aceleratoria, el término de prescripción se debió contar desde que se hizo uso de dicha potestad.

. La presentación de la demanda ejecutiva interrumpe la prescripción en los términos del artículo 90 del C. de P. C.

. Interrumpida la prescripción por notificación del único demandado o del último de los demandados, la interrupción se mantiene durante toda la duración del proceso, sin que exista la posibilidad de que se configure la prescripción dentro del proceso.

. La terminación del proceso ejecutivo en cumplimiento de la reliquidación establecida en la Ley 546 de 1999, no torna ineficaz la interrupción civil de la prescripción, pues no se trata de un evento que sea imputable al demandante ni está establecido en el artículo 91 del C. de P. C.

. Luego, bien puede decirse que terminado el proceso ejecutivo en las citadas condiciones, reinicia el conteo del término de prescripción, que se hallaba interrumpido por la existencia del proceso ejecutivo.

. Así las cosas, la causa única que se invocó en la demanda para configurar la prescripción (que ejercida la cláusula aceleratoria, el acreedor solo contaba con 3 años para recuperar el dinero) no resulta suficiente para acceder a lo pretendido, pues siendo palmaria la existencia del proceso ejecutivo anterior donde se pretendió el recaudo del dinero prestado, debió acreditarse por el actor que allí no se interrumpió la prescripción, o que si se interrumpió, la misma devino en ineficaz, supuestos de hecho que carecen de prueba en la foliatura.

A todo lo cual se suma que a la terminación del anterior proceso ejecutivo por ministerio de la ley, según los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se restableció el plazo, se debieron adecuar los documentos en UVR, y si era del querer de los extremos contractuales, reestructurar el crédito, circunstancias todas que se ignoran en este plenario y que impiden analizar si en los nuevos términos efectivamente la obligación feneció o se extinguió por prescripción, amén que la última demanda fue presentada el 31 de octubre de 2007, es decir, antes del vencimiento del término inicialmente pactado, esto es, antes del primero de septiembre de 2009, si es que la

obligación no fue modificada luego de la culminación del primer proceso de ejecución.

Sentencia de 2ª instancia (2007-00116-01) del 16 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la sentencia apelada.

INCENTIVO EN ACCIONES POPULARES – No es posible su reconocimiento a partir de la expedición de la Ley 1425 de 2010.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 472 de 1998, artículos 39 y 40; Ley 1425 de 2010.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, sentencia del 24 de enero de 2011, con ponencia de Enrique Gil Botero; Corte Suprema de Justicia, decisiones de tutela 2011-00940 del 19 de mayo de 2011, con ponencia de Fernando Giraldo Gutiérrez y 00511 del 25 de mayo de 2011; Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Con la anterior normatividad, el incentivo económico, era la recompensa monetaria que recibía quien ganaba una acción popular, no obstante este reconocimiento monetario fue derogado expresamente por la ley 1425 de 2010, quedando la incógnita sobre la procedencia del incentivo en las acciones populares iniciadas antes de la vigencia de la ley pero cuyo fallo se profirió una vez entrara a regir la nueva regulación legal.

Por guardar similitud con el caso que convoca la atención de la Sala, se precisa traer a colación lo que el Honorable Consejo de Estado sobre el particular ha sentenciado al establecer que:

“Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1425 de 2010, publicada en el Diario Oficial No 47.937 del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: “Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998”, y en el segundo que “la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias”.

Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda

vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normatividad, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”.

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva por esta Corporación tuvo la oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. Se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias”

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular, contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el

art. 40 de ley 453 de 1887-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitirá conceder el incentivo regulado allí”.

Con vista en la anterior cita jurisprudencial, reiterada por el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, se concluye, que ante la existencia de un hecho superado con ocasión al trámite de la presente acción popular, procedía la aplicación del incentivo de conformidad con los artículos 39 y 40 de ley 472 de 1998, no obstante, al haber sido derogados expresamente por la ley 1425 del 29 de diciembre de 2010, y como quiera que la acción popular culminó en presencia la nueva normatividad, no es procedente reconocer un incentivo que a la fecha no se encuentra vigente; máxime cuando tal como lo determinó la Alta Corte se trataban de imperativos de contenido sustantivo cuya aplicación cierta requería de su vigencia, y aquel “incentivo” constituía una mera “expectativa de derecho” y “no un derecho adquirido” para el actor popular. Con todo que no puede perderse de vista que el Consejo de Estado, excluye la aplicación de la ley anterior, en el supuesto de que las normas derogadas fueran de carácter procesal, por ser éstas de aplicación inmediata.

Añádase que sobre la derogatoria del incentivo en estudio, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado con ocasión de algunas acciones de tutela concluyendo de manera inequívoca que aquel se encuentra fuera de la escena jurídica a partir de la vigencia de la ley 1495 de 2010, de donde la imposición de sanciones en tal sentido deviene improcedente.

Cumple decir también, que conforme a la sentencia C-630 de 2011 la Honorable Corte Constitucional ha sentenciado sobre la exequibilidad de la derogación de las normas que establecían un incentivo económico para el actor de las acciones populares, al señalar que además de corresponder a la potestad configurativa del legislador, no desconocía la igualdad, ni implicaba regresión en materia de protección de derechos colectivos.

Puestas así las cosas, sin acudir a mas elucubraciones, se revocará el numeral quinto de la sentencia impugnada y en su lugar se negará el incentivo solicitado por el actor.

Sentencia de 2ª instancia (AP-2009-0063-01) del 17 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca la concesión del incentivo y confirma en lo restante.

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - El juez no puede ordenar el cumplimiento de una providencia cuando esta no ha sido notificada y aún no se encuentra ejecutoriada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 331 y 334.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992, C-641 de 2002, T-996 de 2003, C-590 de 2005, T-102 de 2006 y T-737 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El problema jurídico se centra en establecer la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación judicial, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la parte actora, quien reprocha del funcionario accionado haber dado inmediato cumplimiento a una providencia a pesar de que contra la misma se interpuso recurso de reposición, es decir, sin estar debidamente ejecutoriada.

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se aprecia de la copia del expediente (avalúo de perjuicios de servidumbre petrolera – ley 1274 de 2.009) con radicación 2011-00271-00 que hace parte del encuadernamiento y que fuera remitido por el Juzgado accionado, se encuentran satisfechas las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales respecto a la subsidiaridad e inmediatez, por cuanto la accionante agotó los medios de defensa judicial disponibles, como era, la interposición del recurso de reposición en contra del auto que entre otros ordenó la suspensión de la entrega provisional concedida a la entidad demandante (aquí accionante), y entre la fecha de la decisión cuestionada (octubre 26 de 2.011) con relación a la cual se presentó la acción de tutela (noviembre 2 de 2.011) transcurrió un término prudencial.

Similar circunstancia ocurre frente a la irregularidad procesal acusada como acertadamente lo anotó el *a-quo*, pues una vez emitido el interlocutorio No. 2916 en octubre 26 de 2.011 (fl. 186 C. Anexo), ese mismo día y sin haber siquiera notificado y menos aún estar debidamente ejecutoriada dicha determinación, el despacho accionado emitió oficio con destino al Comandante de Policía de Buga solicitando su acompañamiento con miras de llevar a cabo diligencia de notificación y desalojo de los funcionarios de ECOPETROL que para dicha data se encontraban realizando obras en los predios de propiedad de la demandada.

Aplicando el citado precepto jurisprudencial al caso puesto en consideración de la Sala, en evidente el error procedimental cometido por el despacho accionado al dar cumplimiento inmediato al proveído de octubre 26 de 2.011, sin haber dado publicidad a tal determinación y esperado a que la decisión lograra ejecutoria, con mayor razón cuando contra el misma procedía el recurso de reposición, del cual hizo uso la empresa ECOPETROL

(aquí accionante), actuar que a consideración de la Sala vulnera el contenido de los artículos 331 y 334 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha definido el defecto procedimental absoluto, como aquella situación en la cual el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido en el trámite de un asunto específico, circunstancia que se presenta cuando: (i) el funcionario sigue un trámite por completo ajeno al pertinente desvía el cauce del asunto, o cuando (ii) el funcionario pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido, siendo el primero de los eventos lo acontecido en el sub examine, pues como anteriormente se acotó, no era viable que se cumpliera la decisión cuestionada por esta vía breve y sumaria hasta tanto no se cumpliera con el principio de publicidad de dicha determinación y además previamente debía resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la misma por la entidad demandante (aquí accionante), y una vez ejecutoriada este último de los proveídos que debía emitirse, sí proceder a cumplir con lo ordenado en el interlocutorio de octubre 26 de 2.011, en el hipotético caso de que no se acogieran los argumentos del recurrente.

En este orden de ideas y como quiera que dentro del procedimiento judicial adelantado por el Juzgado accionado se verifica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la entidad accionante, era totalmente procedente que el *a-quo* amparara tal prerrogativa a favor de ECOPETROL S.A., como en efecto lo hizo en el fallo materia de impugnación y ahora de conocimiento de esta corporación, razón por la cual se confirmara en su integridad tal determinación.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00126-01) del 19 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA PENAL:

APELACIÓN - No existe interés para recurrir cuando el tema propuesto en ella no fue discutido en la primera instancia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 447; Código Penal, artículo 38.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 24530 del 16 de marzo de 2006, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Analizada la postura del recurrente y contrastada con la actuación procesal, el problema jurídico que resolverá la Sala en este asunto es en relación con la procedencia del pronunciamiento de fondo sobre la solicitud de la Prisión Domiciliaria por la condición de Padre Cabeza de Familia del sentenciado, realizada por la Defensa a través de la sustentación del recurso.

Se advierte desde ya la improcedencia para abordar esta instancia los requisitos de la Prisión Domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia del señor MILTON ARBEY CAICEDO RUIZ sentenciado por el concurso heterogéneo de delitos de FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA con CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION, por cuanto no fue objeto de decisión en la providencia atacada. Entre otras cosas el comentario de la Defensa no tiene asidero en relación con el primer cargo porque del acuerdo presentado e incluso de la intervención en la audiencia para los efectos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 es claro que se acepta el mismo el cual se extrae de la imputación fáctica correlativa.

En efecto, la señora Juez Tercero Penal del Circuito Especializada de Buga, abordó el estudio sólo del artículo 38 del Código Penal, el cual no superó el del requisito objetivo por ausencia del mismo; razón tuvo entonces para no ocuparse del subjetivo como erradamente lo reclama el disidente pues el primero es indispensable para la concesión de dicho mecanismo sustitutivo así que inocuo resultaría avanzar en la apreciación del segundo presupuesto cuando se descarta el primero.

Ahora bien, tampoco faltó la juzgadora al deber de pronunciarse sobre una de las solicitudes del abogado defensor en el desarrollo de la audiencia de individualización de la pena y sentencia, donde tratándose de una “institución rogada” le correspondía a la Defensa pedirla y sustentarla fáctica, jurídica y probatoriamente con los elementos materiales que aportara en la audiencia demandada por el legislador en el artículo 447 del actual Estatuto Procesal. Al revisar el registro encuentra la Sala que el hoy impugnante quien en esa fecha -11 de Enero de 2011- tuvo la vocería como abogado suplente, se refirió tal como quedó anotado en los antecedentes antes señalados a la condición de “padre” del señor CAICEDO RUIZ pero para nada adujo o fundamentó los requisitos legales de la calidad ahora reclamada como es el ser “padre cabeza de familia” conforme a los requerimientos del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, como además de demostrar la existencia de descendientes, debe aportar elementos materiales probatorios ante el Juez de la Causa – y *no lo hizo* - tendientes a

confirmar: (i) que los tiene bajo su cargo en forma permanente; (ii) ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente; y (iii) deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Por lo tanto, el aducir como lo hizo en esa fecha, que el acusado tenía dos hijos, una de ellas de quien ahora último mencionó un parentesco de afinidad del primer grado, por quienes “..*debía cumplir un cometido, salir adelante, recomponer su situación frente a la vida porque debía velar por ellos...*” quienes no tenían la culpa de su conducta irresponsable violatoria de la ley penal para finalmente solicitar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, no constituye la pretensión que ahora reclama a través del recurso. La señora Juez de conocimiento debía entonces pronunciarse sobre la figura contenida en el artículo 38 del Código Penal mas no en relación con la de la Ley 750 de 2002 pues no fue sustentada en su oportunidad por la Defensa

En consecuencia a este Tribunal, le está vedado pronunciarse sobre su procedencia si no fue objeto de debate por las Partes...

(...)Así en este asunto, la señora Juez resolvió sobre el instituto del artículo 38 al que genéricamente hizo mención el defensor en la respectiva audiencia, y no le correspondía iteramos hacerlo sobre el instituto de la Ley 750 de 2002.-

En tales condiciones, la Sala debe abstenerse de resolver el recurso pues no debió concederse en la medida que al impugnante no le asistía “*interés jurídico para recurrir*” en cuanto lo hizo sobre un tema que no fue objeto de petición en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, ni de la sentencia de primera instancia.

Sentencia de 2ª instancia (AC-242-11) del 28 de octubre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN QUE NIEGA LA PRECLUSIÓN – Sólo es apelable por la Fiscalía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 331 y 332.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisiones 28984 del 19 de mayo de 2008 y 34043 del 27 de julio de 2010, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Constitucional, sentencia C-118 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Problema Jurídico: La Sala abordará dos: (i) si le asiste interés para recurrir a la Defensa de la decisión emitida por el señor Juez respecto de denegar la Preclusión de la Instrucción solicitada por la Fiscalía; y (ii) sólo de superar el anterior, si había lugar o no de acuerdo con los elementos materiales probatorios presentados por el ente acusador, a precluir la instrucción a favor del indiciado por la causal alegada.

En línea jurisprudencial, la máxima Corporación de Justicia en el territorio patrio ha precisado:

“El problema jurídico que le compete a la Sala dilucidar es el de si le asiste interés tanto a la defensa como al imputado para impugnar la decisión que deniega la preclusión, o si subsiste éste frente al desistimiento del recurso por parte del ente acusador.

En relación al primer aspecto habrá de indicarse que como quiera que en la fase específica –indagación- el único sujeto procesal para impetrar la preclusión es el fiscal, sólo a este le asistirá el interés para formular el desistimiento, en virtud a que tal solicitud no está prohibida, y tampoco a la fecha esta Colegiatura ha emitido pronunciamiento de fondo acerca de la procedencia de decretar la cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal contra el indiciado.

Así las cosas, se advierte que los supuestos de hecho se encuentran cumplidos para la viabilidad del desistimiento, y en consecuencia se procederá a su aceptación, se dispondrá de manera inmediata la devolución de las diligencias al Despacho de origen para lo de su cargo.

4. Frente a la aprehensión del conocimiento del recurso de apelación por parte de la defensa y el indiciado se tiene que esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente así:

“ (...)

“El artículo 332 de la aludida ley procesal establece: “El fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos...”, es decir, que él, y sólo él, atendiendo su condición de titular de la acción penal, acorde con el esquema legal previsto para el sistema de procesamiento penal acusatorio, es quien, en principio, puede solicitar la terminación del proceso por el motivo citado, como que se trata de una prerrogativa procesal a él reservada en las fases de la indagación

preliminar y la investigación, pues en la del juzgamiento el Ministerio Público y el defensor también pueden solicitar al juez de conocimiento la preclusión sólo por las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del referido artículo 332, es decir, “por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal” o “inexistencia del hecho investigado”, respectivamente.

“Tanto el aludido interviniente como el sujeto procesal pueden solicitar en la investigación la preclusión, pero solamente por los motivos expresamente referidos en los artículos 175 y 294 de la ley 906 de 2004”.

(...)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-118 de 2008 al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 respecto a la facultad privativa del fiscal de solicitar la preclusión en las fases de indagación e investigación, precisó:

“En este sentido, se ha venido sosteniendo reiteradamente que el principio de igualdad de armas puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. De hecho, incluso, algunos doctrinantes sostienen que, por la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentran perfectamente determinadas, por lo que, sólo en el juicio, puede exigirse que el ataque y la defensa se encuentren en situación de igualdad. De todas maneras, a pesar de que la defensa también podría preparar el juicio mediante la búsqueda de elementos probatorios y de evidencias que desvirtúen la posible acusación, lo cierto es que en la etapa de la investigación el rol fundamental corresponde a la Fiscalía General de la Nación porque ella tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado.

“En consecuencia, no podría concluirse que para efectos de garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, la defensa también debería tener la posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación penal con idénticas condiciones a las señaladas al órgano investigador, o que la defensa tendría absolutamente todas las facultades que tiene el ente acusador o que, por el contrario, la fiscalía debería tener todas las ventajas probatorias que con la presunción de inocencia ampara a la defensa, pues ello no sólo

desconocería los diferentes roles que asumen las partes en el proceso penal, sino que dejaría sin efectos las etapas del proceso penal que el constituyente diseñó para que cada uno de los intervinientes desempeñen sus tareas dirigidas a lograr la justicia material. Luego, resulta evidente que, por la estructura misma del proceso penal acusatorio, la igualdad de armas entre la defensa y la Fiscalía se concreta y se hace efectiva principalmente en la etapa del juzgamiento”.

Por lo anterior se concluye, que los recurrentes no cuentan con la potestad para interponerlo, pues la naturaleza del beneficio impetrado, cuando este opera en la fase anterior al juicio establece sus límites, al referir que exclusivamente esa potestad reposa en la fiscalía, por ser esta la titular de la pretensión punitiva.

De otra parte el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, establece que es el fiscal el único habilitado para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación. A renglón seguido el artículo 332 parágrafo final indica que durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales 1ª y 3ª, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán invocarla, aspecto que se torna excepcional respecto de dos causales objetivas y únicamente en la etapa del juicio.

Por consiguiente la defensa y el indiciado carecen de legitimidad para recurrir la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, negó la preclusión, de la investigación máxime cuando el sujeto procesal con potestad para reclamarla ha quedado conforme con la decisión de primera instancia, y al renunciar esta a la impugnación inhibe a la Corte para su conocimiento por cuanto se estaría dando curso a una petición de preclusión elevada por la defensa, parte que por mandato legal se encuentra deslegitimada para impetrarla.”

Durante la fase de Indagación, la Fiscalía tal como corresponde a su potestad decidió acudir ante el Juez de conocimiento con el objeto de persuadirlo sobre la procedencia de la Preclusión de la instrucción a favor del señor JOSE ANTONIO SANCHEZ RAMIREZ. No obstante su esfuerzo fue infructuoso porque el Juzgador consideró con fundamento en los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador que no se colmaba a satisfacción para decisión de tal naturaleza el presupuesto de la imposibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia.

Escuchada la decisión del señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartago, la Fiscalía se abstuvo de interponer cualquier recurso y en cambio sí lo hizo la Defensa quien sustentó el mismo.

El Tribunal en su Sala Penal ha seguido el criterio uniforme y reiterado de la mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mismo que responde a lo señalado precisamente por la ley procesal en cuanto a que tanto en la fase de indagación como de investigación únicamente el Fiscal delegado podrá solicitarla. Por consiguiente cuando el Juez deniega tal pretensión y la Fiscalía se encuentra conforme con su decisión, la encuentra ajustada a la realidad procesal, aceptar de parte del indiciado o de la Defensa el interés jurídico para recurrirla, sería tanto como concebir que igualmente estarían facultados para solicitarla en esas etapas del proceso, en clara modificación de las normas de procedimiento (Artículo 332 y su Parágrafo). Si bien la providencia citada a nivel de ilustración jurisprudencial tiene salvamento de voto por los doctores ALFREDO GOMEZ QUINTERO y JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ, en tratándose de la causal alegada en este caso como es “la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia” distinta a la de “atipicidad” por ausencia de tipo subjetivo que se alega en el asunto materia de estudio por la Corte, sólo a la Fiscalía le atañe el interés jurídico para recurrir la negativa a Precluir la instrucción pues se hace referencia es a su capacidad investigativa. Si la Fiscalía se muestra conforme con los fundamentos de la decisión de no Precluir, es porque acepta que le quedaron pendientes ciertos temas o aspectos por resolver dentro de la labor investigativa. En otras palabras, su programa metodológico está incompleto o defectuoso. Siendo entonces el ente acusador titular de la acción penal quien tiene el deber de investigar para llegar al total esclarecimiento de los hechos, solamente a dicha dependencia como sujeto procesal le asistiría “interés jurídico” para recurrir en este asunto.

Aunque al procesado le afecte dicha decisión no podría jamás oponerse a la “aceptación” por parte de la Fiscalía –al no recurrir este proveído- de continuar con la indagación hasta resolver los cuestionamientos realizados por el juzgador relevantes a efecto de decidir si sobrepasa la etapa de indagación, formulando una imputación al indiciado o finalmente acudiendo de nuevo ante el juez de conocimiento para exponerle con elementos materiales probatorios qué presupuesto del delito culposos no se estructura. En este caso en comento, pese haber agotado todo el esfuerzo pesquisitivo de rigor.

Además de lo anterior, la Sala debe destacar que el señor juez no puede ir concediendo los recursos con el sólo argumento de ser garantista y querer darle publicidad a sus decisiones. Ni lo uno ni lo otro fundan una decisión de primera instancia de tal talante. Debió adoptar una postura clara y con suficiencia argumentativa sobre el tema, pero no lo hizo; simplemente utilizó una justificación que no viene al caso, porque no es la segunda instancia la encargada de conceder el recurso de alzada conforme a la ley en su efecto respectivo. A tal punto es así, que al no hallar en su decisión razones suasorias por las cuales deba desatenderse el proveído citado de la Corte, el cual hemos seguido en esta Corporación, simplemente debemos

abstenernos de conocer del recurso porque no debió dársele trámite por ausencia de interés jurídico para recurrir, de acuerdo a las consideraciones aquí expresadas.

Auto de 2ª instancia (AC-415-11) del 02 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación interpuesto.

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD ESTRICTA – Afecta,
 en los casos de aceptación de cargos, a dicho acto, y no a la formulación de la imputación.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Problema jurídico.- Nos lleva el Censor a resolver acerca de si en este caso concreto donde estuvo ausente una circunstancia de agravación punitiva específica del tipo penal de Homicidio que en sí misma no se discute, la nulidad decretada por el A-quo debe cobijar el acto de formulación de la imputación y por consiguiente dar lugar a la libertad inmediata del procesado.

La Sala en esta ocasión no hará citas jurisprudenciales pues está visto desde la decisión del A-quo y el conocimiento demostrado por los sujetos procesales e intervinientes a lo largo de sus interlocuciones que conocen claramente la posición que en línea pacífica ha sostenido la máxima corporación de justicia sobre el tema, acerca de que la nulidad en asuntos donde se ha transgredido el principio de tipicidad estricta derivado del de legalidad, afecta en caso de aceptación de cargos únicamente dicha disposición manifestada por el procesado, sin abarcar el acto de comunicación propiamente dicho de parte del ente acusador ni tampoco la decisión de la medida de aseguramiento cuando ha sido impuesta como aquí ocurre.

Pero no se trata de confirmar el proveído únicamente por vía de autoridad ante el precedente en esta materia sino también por la convicción que al respecto le asiste a la Sala. En este punto comparte plenamente los asertos de los no recurrentes: Fiscalía; apoderado de la Víctima y Ministerio Público cuyos delegados en ese turno intervinieron. Ciertamente, al revisar el registro de la audiencia de formulación de la imputación desde la atribución fáctica enseñada por la fiscalía al capturado, se le mencionó que *-su hermano- fue el sujeto pasivo de su acción homicida -conforme lo informó el testigo Luis Eduardo Ramírez en entrevista, la cual se descubrió al momento de legalizarle la captura-*. Por consiguiente la imputación fáctica no fue ambigua, oscura, ininteligible, ni mucho menos se pretende una variación del núcleo de la misma.

El yerro estuvo en la denominación jurídica por vía de defecto al soslayar la causal de agravación punitiva, que además de transgredir el principio de legalidad, atenta igualmente contra el derecho de la víctima de conseguir una recta y cumplida justicia así también contra valores propios de la justicia material porque errores de esta naturaleza generan una forma de impunidad cuando la sentencia condenatoria a la cual se llega además con la rebaja propia del allanamiento, implica por esta razón, un doble beneficio prohibido por el sistema procesal en esta materia.

Siendo entonces una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, no sería correcto a la técnica procesal invalidar el acto de comunicación de la Fiscalía porque recordemos que de tratarse de la –vía ordinaria- o incluso de la otra modalidad de las formas anticipadas de terminación del proceso como es el Preacuerdo, el ente acusador podría adicionar en el escrito u acta respectiva dicha calificación jurídica en la medida que no comporta un hecho distinto al objeto de vinculación en la audiencia cuya nulidad se persigue, e igualmente porque en estas oportunidades no se demanda una congruencia entre la imputación jurídica entre uno y otro acto procesal.

En consecuencia, la necesidad de enmendar la actuación, es relevante frente a las garantías del imputado en cuanto a la aceptación que hizo del cargo indebidamente adecuado, iteramos –por defecto- de ahí que deba desaparecer la misma pues lo hizo inducido por el error acerca de unas consecuencias menores que no corresponden al delito en el que realmente incurrió. Debe tener nuevamente la oportunidad de allanarse en caso de que la Fiscalía acoja la postura como sucede en el sub-litem pues de ella misma devino la pretensión de retrotraer lo actuado para corregir la denominación jurídica de la conducta atribuida al procesado.

En este orden de ideas, la Sala no comparte el aserto del señor Defensor acerca de que la nulidad debe cobijar la formulación de la imputación realizada por la Fiscalía porque según afirma sería castigar a su defendido cuando el yerro provino de la actuación del ente acusador. El debido proceso debe ampararse proporcionalmente a las garantías del procesado. La violación sustancial al primero por desconocer la legalidad de la calificación jurídica o tipicidad estricta del comportamiento del procesado, favoreciéndolo indebidamente, no puede implicar su libertad inmediata cuando la finalidad de un procedimiento abreviado es la resolución del conflicto con una sentencia condenatoria. Por lo tanto acceder a tal pretensión, sería generar una sanción como efecto del yerro para el ente acusador con consecuencias graves para una sociedad como es –la impunidad- en cuanto que nada asegura posteriormente de allegarse a una decisión de responsabilidad penal que el autor del ilícito reciba la sanción ordenada bajo los parámetros de la prevención general y especial entre otras que tiene la pena de prisión. La víctima vería burlado uno de sus legítimos intereses dentro del proceso penal.

Por el contrario, la desviación en el correcto sendero procesal por yerros de esta naturaleza en procedimientos como el que nos ocupa, deben ser corregidos con el respeto de las garantías del procesado sin desbordar la razonabilidad y proporcionalidad debidas, es decir para el caso, retrotrayendo la actuación hasta el punto donde sea posible comunicarle la adición de la adecuación típica para que decida libremente si persiste en la aceptación del cargo o prefiere el contradictorio por la vía de un procedimiento ordinario.

Auto de 2ª instancia (AC-451-11) del 18 de noviembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

TOMA DE FLUIDOS CORPORALES – Es indispensable la autorización previa del juez de control de garantías/HISTORIA CLÍNICA – Es ilícito utilizarla para indagar la vida sexual de la víctima.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 249.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-591 de 2005, t-453 de 2005 y C-822 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El segundo aspecto de disenso tiene que ver con la ilegalidad del Informe Pericial de Genética Forense No. 1103000158 del 30 de agosto de 2011, practicado a la hija de la presunta víctima y al señor Sergio Sánchez, pues según el apelante para tomar las muestras de sangre del precitado, la fiscalía debía tener la autorización previa del juez de control de garantías.

El artículo 249 de la Ley 906 de 2004 establece que: *“Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de la audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:*

(...)

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.”

Descendiendo al caso concreto, se advierte que cuando el fiscal solicitó que se decretara como prueba el Informe Pericial de Genética Forense No. 1103000158 del 30 de agosto de 2011, relacionado con el examen practicado a la hija de la presunta víctima y al señor Sergio Sánchez, no demostró que para la obtención de la muestra de sangre del precitado se hubiera contado con la autorización previa del juez de control de garantías, lo que conlleva a concluir que el resultado de ese examen, es ilegal, al haberse practicado con violación de los requisitos formales.

Si bien es cierto, en la audiencia de formulación de acusación el defensor del señor Sergio Sánchez afirmó que no tenía ningún inconveniente con que del Informe Pericial de Genética Forense relacionado con el examen practicado a la hija de la presunta víctima y al señor Sergio Sánchez, se le corriera traslado una vez la fiscalía lo tuviera en su poder, y que su defendido había autorizado la practica de la misma, pues la requería para su teoría del caso, también lo es que, por la limitación del disfrute de los derechos que implica la toma de las muestras de los fluidos corporales al procesado, siempre se requiere la autorización del juez de control de garantías, funcionario que debe analizar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto.

No se puede dejar de lado, que el Informe Pericial de Genética Forense No. 1103000158 del 30 de agosto de 2011, relacionado con el examen practicado a la hija de la presunta víctima y al señor Sergio Sánchez, es un elemento material probatorio que sería utilizado por la fiscalía, por lo que independientemente de que se contara con la autorización del precitado, el representante del ente acusador debió solicitar el control previo del juez de garantías, pues la aprobación o no del imputado no lo eximía de cumplir ese requisito, sino que ese aspecto debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de determinar si autoriza o no la toma de la muestras de los fluidos corporales del implicado.

Concluye la Sala que la omisión de ese requisito afectó el derecho fundamental al debido proceso del señor Sergio Sánchez, lo que conlleva a que el Informe Pericial de Genética Forense No. 1103000158 del 30 de agosto de 2011 realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses sea excluido, ya que es consecuencia directa y exclusiva de la toma de la muestra de sangre del acusado pues solo surgió en razón a ese procedimiento, el cual se reitera fue ilegal.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó que: “Así las cosas, para la Corte es claro que, en virtud del artículo 29 constitucional, se debe excluir cualquier clase de prueba, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los derechos fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto...”

El otro punto de disenso se refiere a la exclusión por ilícita de la historia clínica de la menor presuntamente ofendida, la que según el impugnante le fue entregado por la IPS sin ningún problema y no se trata de información reservada.

Adujo el defensor del señor Sergio Sánchez que a través de la historia clínica de la menor presuntamente afectada, se demostraría que 8 meses antes de ocurrir los hechos, aquella acudió a cita de planificación familiar, dado el inicio temprano de su vida sexual, lo que generó cambios hormonales que conllevaron a que el señor Sánchez errara en cuanto a la presunta edad de la niña.

La Sala comparte la decisión adoptada por el juez de primera instancia, pues el fin pretendido por el defensor al solicitar que se tuviera como prueba la historia clínica de la presunta víctima, no es imperioso para su ejercicio defensivo, máxime, que el supuesto desarrollo prematuro de la niña, no se demuestra con ese elemento material probatorio, sino que era necesario la realización de un dictamen médico legal en el que se indicara si efectivamente la menor demostraba más años de los que tenía cuando ocurrió el hecho.

Además, a través de la historia clínica de la menor presuntamente afectada se indaga acerca de su vida sexual, aspecto que a criterio de la Sala no es legítimo, pues afecta su derecho fundamental a la intimidad sin ninguna necesidad, ya que se reitera, el error que pretende demostrar la defensa no se comprueba con ese elemento material probatorio, siendo además de ilícito, impertinente el medio de prueba.

En conclusión, la Sala revocará parcialmente el auto adiado el 21 de octubre de 2011 proferido por el Juez Penal del Circuito de Roldanillo, para en su lugar excluir el Informe Pericial de Genética Forense No. 1103000158 del 30 de agosto de 2011, relacionado con el examen de ADN practicado a la hija de la presunta víctima y al señor Sergio Sánchez, al igual que el testimonio de la doctora Juliana Arango Rodríguez, perito forense del Instituto Nacional de

Medicina Legal y Ciencias Forenses con sede en Cali, a través de quien se introduciría ese elemento material probatorio, de conformidad con lo señalado en el artículo 360 de la Ley 906 de 2004.

Auto de 2ª instancia (2011-00348-01) del 22 de noviembre de 2011, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: revoca parcialmente el auto apelado.

IMPEDIMENTO POR HABER DADO OPINIÓN SOBRE EL CASO – Es necesario que la opinión sea emitida por fuera del proceso y se halle estrechamente relacionada con el asunto a resolver por el funcionario.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral 4º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30529 del 27 de octubre de 2008, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez, 33499 del 03 de febrero de 2010, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 36146 del 12 de abril de 2011, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 56 de la ley 906 de 2004, establece las causales de impedimento, que de configurarse cualquiera de ellas, el juez deberá apartarse del conocimiento de las diligencias, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad, que debe estar presente en todas las decisiones que se adopten dentro del trámite de las mismas.

En el presente caso, la causal de impedimento invocada por Fiscal Quince Especializada de Cali, es la señalada en el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que: *“Son causales de impedimento:... Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.”* (Subrayado fuera de texto).

Descendiendo al caso concreto, se advierte que el 25 de octubre de 2011, el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga, emitió sentido de fallo absolutorio a favor de los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, quienes fueron acusados por la Fiscalía Quince Especializada de Cali, por la presunta comisión de la conducta punible de concierto para delinquir.

Adujo el juez que la fiscalía había demostrado que en el 2009 existía una organización criminal denominada “*Los Rastrojos*”, la cual operaba en el norte del Valle dedicándose al tráfico de estupefacientes en cuyo desarrollo se cometían diferentes conductas punibles, entre ellas, homicidios, secuestros y extorsiones.

Indicó que en la acusación presentada por la fiscalía se había manifestado que los procesados, quienes eran miembros de la Policía Nacional, colaboraban con el funcionamiento de la organización criminal, dando información relevante en cuanto a los movimientos de las fuerzas armadas para desplegar sus actividades ilícitas sin ser descubiertos.

Asimismo, al momento de analizar las pruebas practicadas en el juicio oral, el juez expuso que la mayoría de los testigos eran investigadores de la fiscalía, por lo que no eran directos sino que narraron lo que lograron percibir a deducir de la investigación realizada y que a pesar de haberse escuchado a dos ciudadanos que afirmaron haber pertenecido a “*Los Rastrojos*”, estos solo expusieron que sabían de la existencia de miembros de la Policía Nacional que colaboraban con la organización sin que hubiera señalado a alguien en particular, concluyendo que no aportaron nada relevante para el asunto.

Luego al referirse al testimonio del señor José Gerardo Bueno Bueno, dijo que era la única prueba sobre la que la representante del ente acusador había sustentado su teoría del caso, señalando que en virtud de la crítica del testimonio, no podía desconocer que se trataba de un delincuente que según lo expuesto por la fiscalía y el mismo testigo, estaba de despacho en despacho declarando en distintos asuntos, reconociendo haber desarrollado una labor importante en la organización como era el pago de dineros a miembros de la Policía Nacional y que a pesar de ello la fiscalía no había iniciado ninguna acción penal en su contra.

Dijo que el beneficio otorgado al señor José Gerardo Bueno radicaba en que no era sometido a juicio a cambio de que declarara, censurando que a pesar de tratarse de una persona que había reconocido su participación en conductas tan graves como corromper los estamentos del Estado no estuviera siendo procesado.

Adujo que al tratarse de una persona que había incurrido en conductas tan reprochables, su honestidad y honorabilidad estaba cuestionada, aspecto que le restaba credibilidad a sus afirmaciones, pero que de admitirse que su narración fue veraz, tampoco se podía concluir que hubiera aportado datos concluyentes o determinantes frente a la participación de los procesados, pues tan solo afirmó que era el encargado de recibir el dinero y comunicarse con otros individuos que lo distribuían, entregándolo a los uniformados,

pero no se demostró que se tratara de los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin.

Manifestó el juez que a pesar que la fiscalía trató de demostrar que el 9 de abril de 2009 se había realizado el pago de dinero a uno de los uniformados, haciendo referencia a unos videos hallados en una USB, estos elementos materiales probatorios no fueron introducidos al juicio, por lo que no se podía concluir la responsabilidad de los precitados con fundamento en pruebas inexistentes.

Afirmó que la fiscalía se quedó en la sola sospecha frente a algunos policías de Riofrio, Venecia y El Dovia, entre otros municipios, pero que ni siquiera se llegó a la categoría de indicios, pues no se allegó ningún elementos material probatorio que permitiera concluir que los acusador estaban recibiendo dinero a cambio de dar información relevante a los miembros de *“Los Rastrojos”*.

Para la fiscalía las manifestaciones realizadas por el juez, impiden que pueda conocer del presente asunto de manera imparcial, pues ya analizó el testimonio del señor José Gerardo Bueno Bueno, al que no le dio credibilidad por haber pertenecido a la organización criminal denominada *“Los Rastrojos”*, por lo que en su criterio la decisión sería la misma, máxime, que los demás testigos también fueron integrantes de esa banda.

A criterio de la Sala no le asiste razón a la representante del ente acusador, ya que lo manifestado por el funcionario judicial corresponde al análisis de los elementos de juicio allegados al proceso seguido contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, a partir de los cuales se determinó la absolución de estos, de los cuales ninguno aparece como procesado en el presente asunto.

Además, lo expuesto por el juez no puede considerarse como opinión o consejo previo, pues no se trata de una actuación ajena al cumplimiento de la labor de administrar justicia en razón al cargo que ostenta, sin que se pueda concluir que su imparcialidad para conocer del proceso seguido contra el señor Alex Alberto de Hoyos Castillo se haya visto afectada, solo porque en un asunto diferente analizó el testimonio del señor José Gerardo Bueno Bueno.

No se puede dejar de lado que se trata de procesos diferentes que operan de manera independiente, en los que a pesar que se puede tratar de los mismos testigos, tal como lo señaló la fiscalía, solo es procedente tener en cuenta para adoptar la decisión definitiva las manifestaciones que directamente rinde el testigo en la audiencia de juicio oral y no las que haya vertido en otros asuntos.

En un caso similar al aquí analizado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que: *“Entonces, independientemente de que en otro momento procesal similar, el declarante se hubiese manifestado sobre los mismos hechos, es lo cierto que ello ninguna influencia debe tener respecto de su ulterior deponencia en asunto diferente, pues, se reitera, no son iguales los factores que gobiernan ambas evaluaciones, aunque, desde luego, si el testigo es creíble y narra aspectos trascendentales de responsabilidad, lo lógico y deseable es que en ambos procesos el resultado sea similar.”*

Si ni siquiera se conoce cuales serán las afirmaciones que realizará el señor José Gerardo Bueno Bueno, frente a la responsabilidad de Alex Alberto de Hoyos Castillo, no se puede concluir que el análisis realizado por el juez en el proceso seguido contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, afecte su imparcialidad, pues, se reitera, sus narraciones no pueden operar de la misma manera, desconociéndose sí su comportamiento durante el interrogatorio será el mismo, siendo necesario que el funcionario judicial lo evalúe teniendo en cuenta los hechos aducidos en la acusación.

Véase, que en el presente caso seguido contra el señor Alex Alberto de Hoyos Castillo, la fiscalía adujo en el escrito de acusación que el fundamentó para llamarlo a juicio era que en una de las USB que aportó el señor José Gerardo Bueno Bueno, aparecía la hoja de vida del precitado, indicándose que su cargo en la organización criminal era la de comando de zona, que el arma asignada era un AK-47 y que su sueldo era de \$1.500.000.00.

Por el contrario, en la acusación presentada contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, se indicó que estos aprovechando su pertenencia a la Policía Nacional, estaban colaborando con la organización criminal denominada *“Los Rastrojos”*, dando información relevante para desarrollar actividades ilícitas evitando ser capturados por las autoridades, por lo que la narración del señor José Gerardo Bueno Bueno, en caso de que realmente sea escuchado en el juicio no podrá ser valorada de la misma manera.

No se advierte que la valoración plasmada en la decisión adoptada por el juez en el caso seguido contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, constituya criterio vinculante respecto del señor Alex Alberto de Hoyos Castillo, pues la responsabilidad en materia penal es individual, y por consiguiente el análisis de los medios de prueba debe hacerla el funcionario de manera particular dada la situación de cada uno de los enjuiciados, de acuerdo al señalamiento que en su contra hagan los testigos, pues las manifestaciones realizadas contra los precitados no podrían ser un fundamento para resolver el presente asunto.

No le asiste razón a la fiscalía, al afirmar que por haber analizado el testimonio del señor José Gerardo Bueno Bueno en el asunto seguido contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, la imparcialidad del juez se vea afectada, pues serán las manifestaciones que hagan los testigos y los demás elementos que se alleguen a la actuación frente a la participación del señor Alex Alberto de Hoyos Castillo, los que permitirán establecer si debe o no responder por su presunta pertenencia a la organización criminal denominada “*Los Rastrojos*”.

En conclusión, la expuesto por el funcionario judicial en el asunto seguido contra los señores Edwin Javier Mendoza Ruiz, Juan de Jesús Villada Vásquez y Manuel Enrique Caro Puin, no puede ser considerado como una opinión sobre el asunto materia de este proceso, pues de lo que se trata es de determinar si el señor Alex Alberto de Hoyos Castillo es responsable de los delitos por los que se acusó, aspecto frente al cual el juez no ha analizado ninguna información relevante que le permita adoptar una postura ideológica respecto de la responsabilidad del precitado, que comprometa su imparcialidad, objetividad e independencia, pues ni siquiera se han llevado a cabo las audiencias de formulación de acusación y preparatoria en la cual se determina cuales serán los elementos materiales que se introducirán al juicio oral por parte del ente acusador y la defensa.

Por lo anterior, la Sala declarara infundada la recusación presentada por la Fiscal Quince Especializada de Cali contra el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga, por no configurarse ninguna de las causales consagradas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 y dispondrá devolver las diligencias de manera inmediata al citado despacho, para que se continúe con el trámite respectivo.

Auto 2011-01024-01 del 24 de noviembre de 2011, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: declara infundada la recusación promovida.

PRUEBA TRASLADADA – Son auténticas las copias cuando se tiene certeza de cuál autoridad pública proceden y el funcionario, la fecha y el proceso en que se ordenó compulsarlas/TERRORISMO – Zozobra o terror en la población, o en un sector de ella.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 27, 239, 280 y 332; Decreto Ley 100 de 1980, artículo 187.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 19634 del 08 de julio de 2004, 26884 del 27 de junio de 2007 y 29091 del 02 de diciembre de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Previamente a resolver el fondo del asunto debe la Sala pronunciarse sobre lo expuesto por el apelante, en el sentido que los documentos que sirvieron de base para iniciar esta actuación fueron allegadas en copia simple, no cumpliéndose con las ritualidades de ley que exige que deben ser aportados en original o copia autentica, por lo que carecen de valor probatorio.

El artículo 239 de la Ley 600 de 2000, establece que *“Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código...”*

En el presente caso, mediante Resolución 52 adiada el 3 de mayo de 2001, procedente de la Fiscalía Quinta Especializada de Buga, emitida dentro de la radicación 14574, dispuso decretar la nulidad parcial de la misma, en lo que respectaba al delito de terrorismo, para que se investigara la presunta participación del señor Miguel Antonio Amezcuita Cortez, de donde se extracta claramente de qué autoridad provienen las copias y cuál fue el funcionario que dispuso la compulsas de las mismas, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 600 de 2000, relativo a la obligación de todo servidor público de denunciar a la autoridad competente los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento.

Era deber constitucional y legal del fiscal que estaba conociendo de investigación 14574, disponer que se compulsaran copias de la misma, pues se lograba extractar que posiblemente el acusado había incurrido en otros ilícitos, al admitir haber participado en la toma del municipio de Ginebra y la voladura del peaje de El Cerrito, conductas que deben ser investigadas oficiosamente.

Pero si existiera alguna duda del funcionario que dispuso la compulsas de copias, ésta quedó totalmente desvirtuada con el oficio 0424 del 29 de junio de 2001, suscrita por el señor Asdrubal Rincón Cuellar, Secretario Judicial II de la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Buga, remitiéndolas a la Oficina de Asignaciones, documento donde se indica que fueron compulsadas del proceso 14574 adelantado contra Miguel Ángel Amezcuita Cortez o Darío Rodríguez Muñoz alias *“Rigo”*, en cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución adiada el 3 de mayo de ese año, emanada de la Fiscalía Quinta Especializada.

Aunque no aparece el sello de autenticación de las copias, el hecho que exista certeza sobre la fiscalía que dispuso la compulsas de las mismas, el funcionario a cargo del cual se encontraba ese despacho, el proceso del que fueron compulsadas y el original del oficio remitiéndolas a la oficina de asignaciones, en donde, además, se indica de qué investigación fueron tomadas y qué fiscal las ordenó, le permite colegir a la Sala que se trata de copias autenticadas, independientemente que no exista en cada folio el sello.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la copia autentica se adquiere *“cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por Notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección judicial; y, cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública”*.

Al tenerse certeza de qué autoridad pública proceden las copias, el funcionario, la fecha y el proceso del que fue ordenada su compulsas, es pertinente colegir que se trata de documentos auténticos que fueron introducidos en legal forma a esta actuación y que deben ser valorados pues tienen la calidad de prueba.

El artículo 332 de la Ley 600 de 2000, señala que *“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”*.

La ocurrencia de la conducta punible está demostrada con la copia del Informe 464 del 14 de noviembre de 1992 suscrito por el S.S. Roberto Garzón Henao, Comando de la Estación de Policía de Ginebra Valle, dirigido al Comandante del Segundo Distrito de Policía de Buga, en el que se indica que aproximadamente a las 12:20 horas del 13 del mismo mes y año, aproximadamente 150 hombres pertenecientes al Sexto Frente de las Farc, incursionaron al perímetro urbano de ese Municipio y atacaron el cuartel de policía con armamento de corto y largo alcance y bombas de alto poder explosivo destruyéndolo totalmente, al igual que las instalaciones de la cárcel, habiéndose hurtado 7 carabinas, 16 proveedores y 400 cartuchos.

Documento en el que se indicó igualmente que en el mismo momento otro grupo de insurgentes voló la cerradura de la puerta principal del Banco de Bogotá y colocaron una bomba en la caja fuerte sin que la abrieran ya que el citado sargento y el dragoneante Luís Evelio Dios Herrera impidieron esa acción disparándole e hiriendo varios delincuentes, en tanto que, otro reducto intentó volar la cerradura de la Caja Agraria, lo que tampoco lograron pues el suboficial que suscribe el informe le dio muerte a una subversiva que estaba colocando la carga explosiva.

Así mismo, se indicó en el citado documento que en los hechos resultó lesionado un agente de policía, que un subversivo fue dado de baja en la residencia del agente Luís Ernesto Linares a donde había penetrado, incautándosele un fusil y dos proveedores y señaló que a la altura del ingenio Pichichí militares adscritos al Batallón Palacé tuvieron contacto con los sediciosos en el que resultaron muertos cuatro de estos, lesionados dos soldados y uno fallecido, habiéndose retenido al señor Jesús Oswaldo Mestizó quien dijo pertenecer al Sexto Frente de las Farc.

Así mismo, se relacionó el material que los insurgentes dejaron abandonado en la huida, entre estos, fusiles, pistolas, minas TNT, granadas, tacos, mecha lenta, cordón detonante, proveedores, cartuchos, material de intendencia, documentos, propaganda subversiva y un automotor.

Prueba que no deja duda ninguna sobre de la incursión subversiva realizada por el Sexto Frente de las Farc, contra el municipio de Ginebra el 13 de noviembre de 1992, como de los elementos bélicos utilizados, entre estos, armas de corto y largo calibre y explosivos de alto poder, el ataque indiscriminado no solo contra los policiales que se encontraban en la estación, sino también la destrucción de la misma y parte de la cárcel municipal por los disparos y explosivos lanzados, al igual que otros daños causados a los dos entidades bancarias, sin importar la vida e integridad personal de los uniformados y de los civiles, generando un verdadero estado de zozobra y terror en la población

Para la Sala es claro que el citado documento expresa de manera contundente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, incluso, en el mismo se relacionan el armamento y material bélico que dejaron abandonado los subversivos cuando huían, lo que desvirtúa la manifestación de la defensa en el sentido que no es estableció la fecha y los pormenores en que se desarrollo la incursión armada.

Si bien es cierto, alguno de los apartes del documento no es legible a primera vista, con una nueva lectura que se haga del mismo, sin esfuerzo alguno se puede establecer y conocer su contenido total, que no es otro que informar detalladamente las circunstancias en que se llevó a cabo al incursión armada contra el municipio de Ginebra el 13 de noviembre de 1992.

Pero si fuera poco, en el informe-denuncia rendido el 5 de mayo de 1993, suscrito por el Mayor del Ejercito Eduardo Delgado Carrillo, también se hace referencia al asalto al perímetro urbano de Ginebra y a la detonación de bombas de gran poder explosivo en desarrollo del mismo, al igual que el hurto de granadas, carabinas y material de intendencia, documento cuyo contenido fue ratificado bajo la gravedad del juramento por el citado oficial

en declaración rendida ante la Fiscalía Tercera Seccional del Buga al día siguiente de haberlo presentado.

A la vez, en la indagatoria rendida en forma libre y voluntaria el acusado se refirió a las circunstancias anteriores y concomitantes a la toma subversiva de Ginebra, indicó cómo llegaron al municipio, qué actividades realizaron en el mismo, cómo se replegaron una vez culminó la incursión y aunque no se refirió en forma clara a la fecha, por el recuento que hizo sobre las actividades realizada por el citado frente durante el primer semestre y parte del segundo de 1992, es claro que se refería la toma armada ocurrida el 13 de noviembre de 1992.

Acción que se adecúan a la descripción típica del delito de terrorismo señalada en el artículo 187 del Decreto 100 de 1980 modificado por el 180 de 1988, que tipifica la citada conducta de la siguiente forma: *“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrió en prisión de 10 a 20 años y multa de 10 a 1000 salarios mínimos legales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasione con este hecho...”*

En el presente caso, es claro que se mantuvo en estado de zozobra y terror no solo a la policía sino también a los residentes del municipio de Ginebra, como consecuencia de la incursión armada en la que un grupo numeroso de insurgentes pertenecientes al Sexto Frente de las Farc, accionaron armas de fuego de corto y largo alcance y detonaron bombas no solo contra la estación de policía, sino también contra otras instalaciones, colocando en riesgo la vida, integridad personal, destruyendo construcciones y medios de comunicación, pues los elementos bélicos tenían la potencialidad suficiente para atentar contra aquellos bienes jurídicos y causar estragos de gran proporción y prueba de ello es que un uniformado resultó lesionado, la estación destruida al igual que parte de la cárcel como también de las entidades bancarias, sin que tampoco se pueda dejar de lado que las detonaciones y explosiones por si solas causan terror en las personas.

(...) Aunque la defensa consideró que el procesado en ningún momento dijo haber participado en la incursión al citado municipio y que solo se refirió a ello cuando en forma sugestiva se le preguntó que si se había atentado con explosivos respondiendo afirmativamente e indicando que Jairier era el encargado de los mismos, la Sala no comparte esa manifestación, pues del contenido de la indagatoria se extracta claramente que no solo aceptó su participación en la misma, sino que también expuso qué procedimiento utilizaron para llegar al perímetro urbano, qué función cumplió en la

incursión, quien colocó los explosivos y como se replegaron de allí, además, que admitió haber participado en otras conductas delictivas.

Lo expuesto por el acusado cumplió con todos los requisitos señalados en el artículo 280 de la Ley 600 de 2000, para darle el valor de una confesión, pues fue hecha ante el funcionario judicial a cargo del que se encontraba la actuación en ese momento, estuvo asistido por un defensor de oficio, pues no contaba con un apoderado de confianza, previamente fue informado del derecho a no declarar contra él y se realizó en forma consciente y voluntaria.

La conducta en que incurrió el acusado se torna antijurídica en la medida en que sin justa causa vulneró no solo la seguridad pública, sino también la vida, integridad personal y patrimonio económico, entre otros bienes jurídicos, como consecuencia de la incursión de un número importante de subversivos el inusitado despliegue de fuerza, lo que causó terror y zozobra en la policía y en la comunidad residente en Ginebra, máxime, que fue utilizado armamento de corto y largo alcance al igual que explosivos de alto poder destructivo, los que causaron estragos de gran proporción.

Conducta que fue realizada a título de dolo directo, porque el encartado sabía de la ilicitud de la conducta que junto a otra cantidad de subversivos pensaban desplegar, pero a pesar de ese conocimiento y de estar en posibilidad de actuar de otra manera, en forma libre y voluntaria quisieron la realización de la misma, planearon anticipadamente como ingresarían al municipio, qué objetivos atacarían y qué armamento utilizarían e inicialmente intimidaron a algunos propietarios de automotores para que los trasladaran hasta el perímetro urbano y apenas llegaron allí inmediatamente atacaron con bombas y armas de largo calibre a la estación de policía y la destruyeron e hirieron un uniformado, mientras otro reducto intentaba abrir las cajas fuertes de los bancos, sin que finalmente lograran este último objetivo por la valerosa acción de la fuerza pública, acción delictiva que no se vio precedida por ninguna causal de ausencia de responsabilidad; en consecuencia, se confirmara la sentencia condenatoria.

Sentencia de 2ª instancia (2004-00242-00) del 06 de diciembre de 2011, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DECLARACIONES DE LOS MENORES – Están sometidas a reglas especiales/ILEGALIDAD DE LA PRUEBA – No genera nulidad sino exclusión.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 44 y 45; Ley 906 de 2004, artículo 381; Ley 1098 de 2006, artículos 9 y 150.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 15584 del 04 de septiembre de 2002, ponencia de Carlos Augusto Gálvez Argote, 18103 del 02 de marzo de 2005, 22106 del 26 de enero de 2006, con ponencia de Alfredo Gómez Quintero, 28656 de 2007, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca, 22983 del 30 de enero de 2008, con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán y 33844 del 04 de mayo de 2011, con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán; Corte Constitucional, sentencias C-092 de 2002 y C-228 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Problema Jurídico.- Se trata de establecer si la versión del damnificado con la lesión y la de su compañera permanente es creíble de acuerdo a como se desarrolló el *factum* en las circunstancias destacadas por la Defensa aparejada con la dicción de la menor que se contradice con la narrativa de sus suegros, a efecto de encontrar o no reunido el requisito del artículo 381 del C.P.P.

Antes de entrar en materia, esta Sala considera forzoso analizar la legalidad con que se pretendió cubrir la declaración de la menor MARÍA ALEJANDRA ARCE para tenerla como prueba en el juicio y así mismo valorarla y sopesarla con el saldo probatorio para arribar a una sentencia, sea absolutoria o condenatoria.

Se registró en audio que la defensa advirtió a la juez la minoría de edad de MARÍA ALEJANDRA, por lo que se intentó por obtener la participación de un defensor de familia de la localidad con infructuosos resultados, optando entonces la judicatura de primer nivel en asimilar a esta deponente con la figura de la “menor emancipada” del Código Civil pues ya esta fémina alcanzaría pronto los dieciocho años de edad y ya ostentaba un concubinato con el hijo del ofendido, por lo que estaría en capacidad de absolver el cuestionario y que la formalidad que prevé el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 es un instrumento formal nada más, comprometiéndose a garantizar directamente sus derechos, esto es cuidando que las preguntas del fiscal y defensa fueron respetuosas de sus derechos.

Estando en las preguntas complementarias por parte de la juez, llega un defensor de familia a quien le advierte la situación *sui generis* del interrogatorio y le solicita que aparte cuestione a la joven si en algún momento le fueron vulnerados sus derechos obteniendo que ese funcionario de Bienestar Familiar avalara ese interrogatorio.

Al respecto es dable decir:

La Corte Constitucional amparada en disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad ha precisado que se considera niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años. En este sentido ha dejado en claro que la protección especial de que son titulares los niños y las niñas, se entiende referida, sin duda alguna a todos los menores de dieciocho (18) años, dentro de los que se incluyen los adolescentes.

La guardiana de la Constitución ha explicado que la intención del constituyente, al distinguir entre niños y adolescentes en los artículos 44 y 45 de la Carta no fue precisamente la de excluir estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, ni reconocerles distinto margen de protección, sino ofrecerles espacios de participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que los conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo físico y mental.

En esos términos, siguiendo los criterios internacionales y la doctrina constitucional, son considerados menores todas aquellas personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad pregonada en el artículo 98 de la Constitución. Así lo precisa la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la infancia y la Adolescencia, al disponer que los sujetos cobijados por dicha normatividad y titulares de los derechos en ella contenidos, son todas las personas menores de 18 años, sin perjuicio de la clasificación civil en la que se precisa que se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre los 12 y los 18 años de edad (art.3)

De este modo es razonable concluir que el interés superior del menor es un principio rector en cuanto al trato normativo de los niños, niñas y adolescentes, dirigido tanto a quienes crean y aplican las normas jurídicas de prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho (18) años sobre los derechos de los demás, se configura como una manifestación.

La toma de declaración de un menor tiene una regulación exclusiva en la Ley de infancia y la adolescencia, ordenamiento que halla su razón de ser, en una teleología disímil a la del Código de Procedimiento Penal, como resultado del respeto irrestricto a pautas contenidas en diferentes instrumentos internacionales adoptados y ratificados por el Estado Colombiano, a partir de los cuales el diligenciamiento de sus interrogatorios revela una verdad diferente a la establecida para el testigo adulto, al mayor de dieciocho años.

En este orden de ideas la judicatura de primer nivel no podía eludir los requisitos exigidos por el artículo 150 del Código de la infancia y la adolescencia con la excusa de otorgarle celeridad y agilidad al juicio oral pues esa formalidad estaba impidiendo que se le resolviera en forma oportuna y de manera definitiva la suerte jurídica del acusado.

Así se pregonara garante y vigilante de los derechos del menor, en ese interrogatorio pues lo que hizo de buena voluntad fue usurpar una función que por ley le estaba asignada a un defensor de familia. En esa norma se establece que debe ser el defensor de familia quien interroge en las declaraciones de los menores de dieciocho años y la única excepción que se establece es que el juez puede intervenir en el interrogatorio para que el adolescente responda en forma clara y precisa las preguntas formuladas, además de las complementarias que le permite la ley 906 de 2004. Por parte alguna de ese artículo se atisba o se vislumbra que el juez pueda reemplazar al defensor de familia, y los cuestionarios leídos o efectuados por los propios artífices.

¿Quiénes asistieron a ese singular interrogatorio? Espectadores del juicio, guardianes, mientras que la Ley 1098 de 2006 regula que ese testimonio debe diligenciarse fuera del recinto de la audiencia.

Es bien sabido que en este Distrito debido a insuficiencia logística se hace desalojar al público del salón de audiencias para poder interrogar al menor pero ni siquiera esto se hizo; por lo menos no hay constancia registrada de ello, en audio.

Aquí se desobedeció el mandato del artículo 9º ibídem en lo concerniente a la prevalencia del derecho de un adolescente cuando existe conflicto sobre un derecho de un tercero.

La prueba en este caso testimonial se torna ilegal o irregular, cuando en su producción, práctica o aducción se desconocen los presupuestos legales, esenciales. Es ilegal porque en su obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley por lo que debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior, cuando el juez determine, que el requisito pretermitido le es fundamental, carencia que trasciende hasta soslayar el debido proceso, pues la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales por sí solas no facultan la supresión del medio de prueba.

Se atentó, en palabras de la Suprema contra el debido proceso probatorio que atañe al conjunto de requisitos y formalidades prevista en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba.

Cuando esta afrenta “perjudica” un medio probatorio en particular y no la estructura del proceso no es dable la nulidad.

“La pretensión de un medio de prueba deformado debe ser la de su desestimación, no la de la nulidad de todo o parte alguna del proceso, es decir sin necesidad de invalidar la actuación, se ha de

reclamar que la prueba irregular, en orden a fundar la manifestación de justicia, deje de ser apreciada, de suerte que el fallo quedará expuesto a la solvencia del material probatorio restante, bien para condenar o absolver”

Como se adviera pues, esos requisitos para la toma de declaración de un adolescente no es un simple instrumento o formalidad. Su protección deviene de una presunción que no puede desvirtuar en cada caso el juzgador de instancia.

Empero es de anotar, que la exclusión del testimonio de la menor pese a tratarse de una prueba de defensa, no comporta la trascendencia en la grave afectación de tal garantía para retrotraer la actuación a efecto de repetirse porque no logra desvirtuar la prueba de cargo constituida en el testimonio de la víctima. Es ella misma quien corrobora la condición básica del señalamiento del lesionado como fuera que salió al exterior del inmueble desde el balcón (lugar desde donde él dijo era posible avizorar al agresor); no perdió la conciencia una vez recibido el impacto, y de inmediato identificó a su atacante con el nombre del procesado. Es decir, mientras ella no fue testigo presencial in factum, si en cambio, el ofendido.

En lo demás, respecto a que el mismo RIGOBERTO días después hubiera albergado la duda sobre la identidad del autor del atentado contra su vida, esto resulta contradictorio a la versión del propio sujeto pasivo en el juicio quien es de todos los deponentes a quien le asiste la capacidad y la idoneidad para señalar al protagonista del injusto.

Ahora bien, excluido el valor suasorio otorgado a ésta en la sentencia, corrobora la Sala, como se acaba de reseñar que la funcionaria judicial del primer nivel arribó a la certeza racional respecto de la responsabilidad de WILSON VIVEROS GALARZA como autor del delito de homicidio agravado tentado y porte ilegal de armas, también por considerar y como primer motivo de persuasión, la existencia de elementos de convicción incuestionables que corresponden a las declaraciones rendidas por el ofendido, su esposa y el gendarme que realizó las primeras pesquisas investigativas:

(...) La Defensa está empeñada en exhibir el presente asunto en materia probatoria como dudoso, de poca entidad y contundencia, aduciendo por la escasez de la iluminación, la imposibilidad por parte del sujeto pasivo de observar al agresor a diez metros de distancia, entre unos matorrales, guaduas o cafetales; que el impacto, la sugestión y la psicosis de las amenazas previas de muerte realizadas por el padre del acusado y su compañera permanente dieron lugar al señalamiento de su prohijado por parte del ofendido y la otra testigo de cargo. No obstante, ya el ofendido fue enfático en precisar que lo vio de frente, que no necesita gafas, que no estaba escondido dentro de la espesura sino que estaba al lado cuando hizo

el disparo, que a pesar de que estaba medio oscuro, la luz de la bombilla del frente iluminaba hacia atrás, justamente al lugar donde se hallaba su agresor, y la existencia de ese aditamento eléctrico está avalado por la declaración del agente de la policía.

Si la Defensa, quería demostrar lo contrario, este sistema con tendencia acusatoria le permite mediante los peritos especializados para el caso, haber presentado la “posición víctima-victimario” al momento del disparo y con evidencia demostrativa, recrear la escena para convencer al juez de que a esa hora, con determinada iluminación y distancia no le era posible observar al agresor, pero nada de eso diligenció, sólo se quedó en mera retórica.

Es que la construcción de la verdad procesal, es responsabilidad no sólo de la fiscalía sino también de la defensa.

¿Qué hay incongruencias con el seguimiento del agresor por parte de la esposa del ofendido? A buen seguro lo puede haber pero esto no es óbice para no responsabilizar al caballero de marras de ese episodio criminal pues el señor RIGOBERTO nunca tuvo duda de su señalamiento, como él mismo lo diría: lo vio “patentico”. Su esposa no dijo que lo haya visto cuando disparó pues ella precisó que al asomarse al balcón no observó a nadie.

Sobre la no obligación de admitir en su integridad una declaración ha dicho el máximo Tribunal de Justicia:

Esta fémina no era que se expresara muy bien en su debut como testigo en el juicio, pues todos los sujetos procesales se vieron en dificultad para cuestionarla. A ciencia cierta, no se sabe qué hizo inmediatamente salió de la casa. ¿Se dedicó a perseguir al agresor y luego se dirigió a la policía? ¿Se encaminó de una vez a la autoridad?

Sea lo uno o sea lo otro, ¿en qué va a desmoronar el señalamiento directo que hizo el señor RIGOBERTO? ¿Qué está sugestionado, impactado, sicótico por las amenazas anteriores que influyeron en señalarlo? ¿Cómo prueba esto el togado? Es que nadie ha dicho aquí que cuando le dispararon se sentó con la familia a elucubrar quién habría podido ser el autor o causante, si es que tenía otros enemigos. NO. La expresión fue automática, no se hizo esperar: ¡WILSON VIVEROS ME MATÓ!

De este modo el reparo deviene insustancial al no lograr derrumbar ese señalamiento enfático y directo.

Y qué no decir de la información suministrada por el gendarme de la policía señor JULIÁN A. GIRALDO, pesquisidor de las primeras diligencias cuando en el juicio manifestó que las amenazas de muerte siguieron por parte de Wilson pues no de otro modo se concibe el encuentro que tuvieron las dos familias en la comandancia de la Policía posterior al insuceso, que inclusive

se iban a trenzar en combate el hijo del señor Rigoberto con el acusado. Si no había sido WILSON el agresor ¿por qué razón, motivo o circunstancia GLORIA RENDÓN VÉLEZ, compañera sentimental de éste, testificó en juicio en el contrainterrogatorio elaborado por la fiscalía que al otro día se encontró con la señora FANNY en la plaza y le enrostró que había sido Wilson quien le había disparado al ofendido? Dicha circunstancia denota que pese al transcurso de las horas, se hallaba segura de quien había sido el autor de la tentativa de homicidio.

Desde el punto de vista subjetivo del análisis del testimonio, la experiencia enseña el interés que le asiste a la víctima de un atentado contra su vida de señalar ante las autoridades al verdadero autor del mismo a efecto de no darle la oportunidad de una próxima ocasión en la cual tratará seguramente de no fallar en su propósito. En igual sentido de haber tenido el señor RIGOBERTO un sinnúmero de enemigos con el interés de terminar con su existencia, con la misma preocupación le habría dado la oportunidad a las autoridades de investigar sobre quien de ellos fue el protagonista sin inducirlas en error, otorgándole así el privilegio no sólo de la impunidad sino también de reintentar la acción homicida, al verdadero ejecutor del reato.

Es que debe hacerse un análisis individual y luego en conjunto de la prueba para que el grado de certeza no sea una simple entelequia:

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impugnada por encontrar reunido el requisito del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal en el testimonio del ofendido para fundar la sentencia condenatoria, objeto dealzada.

Sentencia de 2ª instancia (AC-200-11) del 09 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – Es obligación del juez presenciar la práctica de la prueba valorada en la sentencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 454.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27192 del 30 de enero de 2008, 33989 del 20 de enero de 2010 y 32143 del 26 de octubre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de alzada incoado por el apoderado judicial del procesado, corresponde a la Sala establecer si en este asunto hay lugar a decretar la nulidad del trámite por violación al principio de inmediación, en razón al cambio de juez suscitado durante el juicio oral. En segundo lugar, si las pruebas testimoniales de cargo permiten arribar en grado de certeza la responsabilidad penal del procesado en el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

La estructura del sistema penal de corte acusatorio prohiado constitucionalmente mediante acto legislativo No. 003 de 2004 abandona la metodología probatoria prevista en el antiguo procedimiento contenido en la Ley 600 de 2000, el cual se regía por el principio de la permanencia de la prueba. Ello significaba que el centro de atención del proceso punitivo se hallaba en la investigación, desde donde se originaba la prueba a partir de la cual finalmente el juzgador adoptaba una decisión llegada la etapa de juzgamiento. Ahora, la normatividad que configura la Ley 906 de 2004 rechaza en forma decidida el mentado principio y prefiere los de inmediación y concentración, por cuya virtud sólo es prueba aquellos medios de convicción practicados durante el juicio oral en presencia de quien debe valorarlas en la sentencia. De ahí que se diga con acierto que el centro de gravedad del proceso penal acusatorio lo constituye el juicio oral, pues es en esta etapa procesal donde se produce el debate probatorio a partir del cual el juez forma su criterio para decidir el asunto.

La inmediación entonces, exige del juez encargado de decidir el caso presenciar la practica de las pruebas que servirán de fundamento para proferir la sentencia correspondiente. Es una indudable garantía para las partes y a la vez se erige en aspecto esencial que le asigna identidad al proceso acusatorio. Su desconocimiento, en consecuencia, denota la posibilidad de solicitar la nulidad de la actuación para subsanar la irregularidad, siempre que se muestre concordante con los principios que rigen tal institución jurídica.

Por eso, el cambio del juez durante el juicio oral no es causal para repetir mecánica e inexorablemente la fase en la cual se practicaron las pruebas dejadas de percibir por el nuevo funcionario judicial, aun cuando esto no es ni normal ni lo ideal en la nueva sistemática prevista en la Ley 906 de 2004. De ahí se explica que el inciso final del artículo 454 de tal ordenamiento jurídico disponga:

“Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.” (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

Sin embargo, y en esto no debe llamarse a equívocos, la regla general es que tal situación obligue a repetir la práctica de las pruebas en cuya producción no intermedió el juez que entra a presidir el juicio, contrario a lo considerado por el *A-quo*, para quien ese fenómeno debe ser excepcional en virtud del principio de residualidad que orienta el instituto de las nulidades. La especialidad de la norma que se viene de citar, y la suma relevancia adquirida por el principio de inmediación en el sistema acusatorio, inclinan la balanza hacia la repetición del juicio oral sobre la prescindencia de la nulidad como medio excepcional para enmendar violaciones al debido proceso. En este caso, si bien rigen las reglas orientadoras del instituto de las nulidades, debe tenerse en cuenta que la intermediación emerge como rasgo esencial del procedimiento acusatorio y garantía fundamental de las partes, de ahí que su desconocimiento compela por regla general a repetir la actuación pertinente conforme lo establece la norma precitada.

Empero, toda regla general encuentra su excepción y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien ha enfatizado en la importancia de valorar la trascendencia de la prueba que desconoce tal principio para decidirse por el decreto de nulidad o por la continuación del trámite. Así, ha previsto dos situaciones en las que el funcionario que profiere la sentencia no es el mismo que percibió la práctica de las pruebas, y sin embargo no se ha nulitado la actuación por carecer tal irregularidad de trascendencia.

En la primera, el juez que profiere la sentencia no valoró la práctica de todas las pruebas pero aquellas dejadas de percibir no fueron valoradas en ese momento decisorio. En esta hipótesis no resulta violentado el principio de inmediación, pues si este vincula al juez que emite la sentencia con las pruebas recaudadas, sustraerse del examen de una cuya práctica no presencié no desconoce el postulado principal acabado de explicar. Y si bien ello no es lo más deseable, teniendo en cuenta la esencialidad del principio bajo estudio y el principio de unidad de prueba que obliga al juzgador a valorar todas las pruebas practicadas en el juicio, se muestra como la decisión más proporcional en orden a garantizar los derechos y principios en conflicto.

En la segunda, el juez que emite la sentencia no presencié parte alguna del debate probatorio, pues quien sí lo hizo fue otro funcionario judicial que anunció el sentido del fallo, en cuyo caso, para conservar el principio de inmediación y eludir la nulidad, el nuevo juez debe desarrollar en la sentencia los argumentos esenciales expuestos por el juzgador que dictó el sentido del fallo.

Aparte de estas dos circunstancias desarrolladas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta misma Corporación advirtió que la decisión

en torno a repetir el juicio o continuar el trámite respectivo debía observar las garantías de las víctimas como interviniente al que le asiste los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Por tanto, tal aspecto reclama del juzgador advertir circunstancias tales como el advenimiento de la prescripción de la acción penal, el peligro de desaparición de los testigos o de las condiciones para obtener una indemnización integral de los perjuicios ocasionados con la conducta criminal.

En suma, el cambio del juez durante el juicio oral generalmente obliga a repetir la etapa en la cual se practicó la prueba en cuya producción no intermedió el nuevo funcionario judicial, salvo en especiales circunstancias donde la trascendencia del fenómeno contrario –anómalo e indeseable por demás- no alcanza a violentar la estructura del proceso o los derechos de los sujetos procesales, contrario a lo aseverado por el juez de instancia, para quien la regla general expuesta es justamente la excepción, en tanto considera que el registro de audios de las diligencias suple de alguna forma la percepción de las pruebas.

Aceptar esta tesis implica volver sobre conceptos que justamente rechaza el nuevo sistema acusatorio como el de permanencia de la prueba, donde al juez se le reclamaba una intermediación indirecta en la medida que no observa la práctica de la mayoría del compendio probatorio recaudado en la investigación, decidiendo sobre la base de pruebas producidas sin su presencia. En cambio, la sistemática adoptada por la Ley 906 de 2004 exige del juez de conocimiento percibir en forma sensorial la construcción de la prueba so pena de repetir la actuación para que así lo haga, como se viene de explicar. Los registros, si bien son importantes al momento de emitir la sentencia para retomar minucias olvidadas por el juzgador y sobre todo para la revisión de la segunda instancia y en sede de casación, no tiene por función suplir su presencia en la práctica de pruebas para que forme su criterio sobre el asunto. Tanto es así, que el plazo máximo con el cual dispone el juez para emitir el sentido del fallo es de dos horas tras haber concluido el debate probatorio, por lo cual los registros de audio cobran valor en la primera instancia al momento de proferir la sentencia, pues se supone que la concentración imprimida al trámite del juicio oral permite traer a la memoria lo arrojado por las pruebas practicadas, de manera que es posible adoptar una decisión durante –sentido del fallo- ese tiempo.

En el caso concreto, el juicio oral fue adelantado en cinco sesiones: las primeras dos (18 de mayo y 08 de julio de 2010) bajo la regencia del doctor RAFAEL MILÁN DOSMAN donde se practicaron los testimonios de los señores SERGIO PÉREZ, LEONARDO HERRERA MARTÍNEZ, JHONIER PEREA HINCAPIE y JOSE ANÍBAL BALLESTAS; las últimas tres (30 de mayo, 11 y 18 de agosto de 2011), por su parte, fueron presididas por el doctor JAIRO DE JESÚS VÁSQUEZ MARTÍNEZ, en cuyo desarrollo se recibieron las declaraciones de los señores LUIS EDUARDO POLANÍA

SÁNCHEZ y RODOLFO VALENCIA TRUJILLO. La Defensa Técnica renunció a todas las pruebas que le fueran decretadas en audiencia preparatoria.

Bajo este panorama, teniendo en cuenta que la condena al procesado se basó -en palabras del *A-quo*- exclusivamente en los testimonios de los señores JHONIER PEREA HINCAPIE y JOSE ANÍBAL BALLESTAS, cuyas declaraciones fueron dadas ante funcionario judicial diverso al que anunció el sentido del fallo y profirió la sentencia, esta Sala deberá decretar la nulidad de la actuación para que se practiquen nuevamente los medios probatorios decretados en la audiencia preparatoria. Es indudable el desconocimiento al principio de inmediación, pues si este vincula al juez que dirime la controversia con las pruebas practicadas, de manera que sólo puede valorar aquellas producidas en su presencia, y tanto el fallo como la sentencia se fundan exclusivamente en unas cuya practica no intermedió, debe repetirse el trámite para restablecer la mentada garantía. Incluso, el poder suasorio de las únicas pruebas que el nuevo juez percibió fue reducido a su mínima expresión, pues ni siquiera los tuvo en cuenta como verdaderos testigos, por no haber percibido cualquier hecho relevante para el tema de prueba.

Sentencia de 2ª instancia (AC-418-11) del 09 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la nulidad del juicio oral a partir de la primera sesión de práctica de pruebas.

TRATAMIENTO MÉDICO INTEGRAL – Criterios para establecer su necesidad y para fijar los límites de las prestaciones/ JUEZ DE TUTELA – No puede pronunciarse sobre el porcentaje de recobro al Fosyga.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 de 1993, artículo 218; Resolución 548 de 2010, Ministerio de la Protección Social.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias SU. 111 Y 480 DE 1997, T-236, 283 y 560 de 1998, T-540 de 2002 y T-999 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El derecho a la salud tiene carácter complejo pues se conforma por prestaciones de diversa naturaleza que en conjunto garantizan su conservación y de paso permiten llevar una vida digna. De ahí entonces que el tratamiento médico deba ser siempre integral, y a esto no debe llamarse a

equivocos por parte de las Entidades Promotoras de Salud, quienes erradamente han entendido que se trata de un concepto estrictamente judicial cuando lo cierto es que toda persona, por disposición constitucional –Art48- tiene derecho a un tratamiento médico integral.

Sin embargo, es por vía jurisprudencial que se ha venido decantando la posibilidad de reconocerse el mismo frente a una determinada enfermedad, patología o intervención quirúrgica que por su naturaleza implica la necesidad de proporcionar al paciente en forma constante diversos medicamentos y servicios en orden a superar las primeras o de atender los efectos de la segunda. Esas prestaciones de tracto sucesivo pueden presentarse tanto en la etapa de diagnóstico como en la del tratamiento en sí mismo considerado, según el caso concreto. Tanto el uno como el otro conforman la gama asistencial que compone el derecho fundamental a la salud y, por tanto, el juez de tutela, si las circunstancias lo ameritan, puede ordenar a la entidad prestadora de salud que lleve a cabo una pluralidad indeterminada de exámenes médicos si la naturaleza de la enfermedad obliga a ello en aras de hacer un correcto diagnóstico y seleccionar el tratamiento médico idóneo.

La indeterminación de los medicamentos y servicios es, contrario a lo considerado por la representante del ente accionado, una característica del tratamiento médico integral al que nos venimos refiriendo. Su concreción se alcanza por la naturaleza de la enfermedad o de la intervención quirúrgica que origina la necesidad de otorgarlo. Obviamente, el juez de tutela no puede proceder en tal sentido sin el apoyo del concepto médico a través del cual infiere su procedencia, pues es un campo académico que a pesar de no serle ajeno si le resulta extraño. Esto no implica que para decretarse en sede jurisdiccional deba existir prescripción donde se ordene expresamente, lo cual sucede –si no nunca- en reducidas ocasiones. El juez necesita del conocimiento especializado que le indique la procedencia del tratamiento integral conforme a la naturaleza de la patología que padece el paciente o de la intervención quirúrgica a la cual debe ser sometido. Lo importante entonces, es que una u otra sean de tal índole que su diagnóstico o tratamiento requieran de prestaciones sucesivas y constantes, de donde emerge la necesidad de proteger su salud en esta forma.

En el caso analizado, el paciente es un menor que sufre de toxoplasmosis sin haberse determinado su clase; le han ordenado tac cerebral y cita con infectólogo para establecer la misma o comenzar a seleccionar el tratamiento idóneo que debe seguir, conforme lo enseñan las prescripciones que obran en el expediente (Fls. 9 a 13). Es indudable que se encuentra en etapa de diagnóstico de una enfermedad con graves riesgos para la salud y que la circunstancia de ser menor de edad hace procedente abrigarlo de manera especial. Por tanto, el tratamiento médico se muestra no sólo procedente sino que comulga con los postulados constitucionales que

obligan a las autoridades a materializar los derechos preeminentes de los niños.

Ahora bien, la limitación del tratamiento en el ámbito prestacional radica en aquellos servicios necesarios para llevar a cabo un pleno diagnóstico de la enfermedad y de aquellos indispensables para tratarla, lo cual se hará sucesivamente conforme las órdenes médicas de profesional en la medicina, que deben entenderse incluidas en él. No se trata pues, como lo afirma el impugnante, de una orden judicial absolutamente indeterminada, en tanto las talanqueras de la misma reposan en aquellos servicios ordenados por el galeno, dirigidos únicamente a tratar esa patología, una vez sea diagnosticada en forma precisa.

Y si en esta pluralidad inconcreta de prestaciones existe una excluida del POS, es ampliamente conocido que la EPS puede ejercer su derecho de recobro ante el FOSYGA, pues esa facultad, como se verá mas adelante, no es judicial sino legal, esto es, surge de la ley y no de la autorización jurisdiccional.

Por ello, aun cuando el servicio de ambulancia otorgado en primera instancia al menor JUAN ESTEBAN TRUJILLO no aparezca garantizado por el POS, debe entenderse incluido en el tratamiento prodigado cuando quiera que la realización de un examen médico obliguen el desplazamiento a otra ciudad, en tanto el paciente es una persona incapaz que por consiguiente no puede valerse por sí mismo y su representante legal demostró mediante la denominada negación indefinida que no dispone de los recursos económicos para sufragarlo, la cual no desvirtuó la entidad demandada quien por virtud de la misma corría con esa carga probatoria.

En este orden de ideas, se confirmará la sentencia de primer grado en este punto.

(...) La Sala Penal de este Tribunal ha venido insistiendo en reiteradas ocasiones la tesis según la cual, el juez constitucional no se encuentra facultado para autorizar a las EPS recobrar ante el FOSYGA el costo de medicamentos o servicios excluidos del POS y que fueron ordenados por un fallo de tutela.

En los términos del artículo 86 superior, la acción de tutela encuentra su teleología en la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten violentados o amenazados como consecuencia de la acción u omisión de una autoridad pública o privada.

Por ello, su análisis se debe limitar a conceder o denegar el amparo tutelar deprecado por la parte actora, emitiendo además las órdenes pertinentes con miras a asegurar el cumplimiento de la protección constitucional, en caso de que esta sea prodigada.

En materia de tutela por violación al derecho fundamental a la salud, el juzgador ha de constatar única y exclusivamente si la EPS o EPS-S desconoció tal garantía constitucional por la negación de un servicio o medicamento a los que legalmente estaba obligados a prestar o suministrar. Por vía jurisprudencial, se ha dicho que en casos donde el usuario requiera un medicamento o servicio no incluido en el P.O.S, vale decir, aquellos que en principio las EPS no están obligados a garantizar, deben ser prestados o suministrados por la entidad demandada si su ausencia coloca en grave riesgo la salud y/o vida del paciente, no puede ser suplido por uno enlistado en el mentado plan obligatorio, haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la entidad, y el afiliado no tenga capacidad económica para sufragarlo.

En esas hipótesis, en aras de mantener el equilibrio financiero del sistema general de seguridad social en salud, las EPS pueden repetir contra el Estado por el valor del medicamento o servicio a que se vio obligada suministrar o prestar.

Dicha facultad, conviene precisarlo, no depende de la autorización expresa del juez constitucional, sino que encuentra fundamento en la ley. En otras palabras, la facultad que tienen las EPS de recobrar ante el F.O.S.Y.G.A o entidad territorial respectiva en la hipótesis anteriormente descrita, no deviene de autorización judicial sino de un imperativo legal, aspecto igualmente decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando advierte:

“Como bien puede apreciarse, la norma en cita, en cuanto regula el funcionamiento y financiación de los fondos-cuenta de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se equipara al artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en el que se crea y se establece la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por lo cual, estima la Sala, la Dirección General de Sanidad Militar, sin necesidad de expresa declaración por parte del juez en el fallo de tutela, podrá obtener los recursos del fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un régimen especial que se rige por sus propias normas.” [Negrillas fuera del texto].

En este sentido, aun cuando el juez de tutela ni siquiera enuncie la posibilidad de la EPS para repetir contra el Estado cuando se haya obligado a prestar o suministrar un servicio o medicamento excluido del POS, ésta puede elevar la solicitud de recobro pertinente ante el F.O.S.Y.G.A o entidad territorial, pues dicha facultad emerge de la ley, no del pronunciamiento jurisdiccional.

La sentencia de tutela cobra importancia, sólo para efectos de determinar el porcentaje que puede recobrase ante el Estado, pues si la prestación del

servicio o suministro del medicamento NO POS fue producto de decisión jurisdiccional proferida en sede de tutela, las EPS sólo podrán repetir por el 50% del valor de su costo. Tanto es así, que el artículo 11 de la Resolución No. 548 de 2010, que fija los requisitos para ejercer el derecho de recobro derivado de un fallo de tutela, obliga a las EPS acompañar a dicha petición copia de la sentencia constitucional, pero en parte alguna condiciona el porcentaje del reembolso a lo que el fallo judicial disponga.

Ello, entre otras cosas, porque puede suceder que aun cuando las EPS se han obligado a la prestación de un servicio o medicamento considerado por el fallo judicial como no POS, concurra una de las causales de rechazo a la solicitud de recobro previstas en el artículo 15 de la precitada resolución, entre las que aparecen que lo concebido por el juez constitucional como un medicamento o servicio excluido del POS, sea en verdad uno que se encuentre garantizado por el referido plan.

Por consiguiente, una decisión del juez constitucional que fije el monto porcentual objeto de recobro por parte de la EPS al Estado, en aras de materializar el equilibrio del sistema, puede constituir factor que lo resquebraje, pues la concesión misma de esa facultad y/o determinación de su porcentaje depende de diversos factores que deberán debatirse en el procedimiento administrativo entre el Estado y la EPS respectiva, no en el proceso constitucional donde se origina la sentencia de tutela, cuyos eventuales errores en punto del derecho de recobro ya no podrán ser objetados por el Estado, amén a la conversión de título ejecutivo que deviene de su firmeza.

Así las cosas, el juez constitucional no sólo no está llamado a pronunciarse sobre la eventual facultad de recobro que tienen las EPS contra el Estado por la prestación de servicios o medicamentos NO POS, pues en esta hipótesis no está en entredicho la protección de un derecho fundamental, sino que una decisión en tal sentido puede resultar peligrosa para el equilibrio del sistema, pues la facultad y el porcentaje en el que puede ser ejercida depende de plurales criterios y factores que deben ser discutidos en el procedimiento administrativo trabado entre el Estado y la EPS. De lo contrario, la participación del juez de tutela constituye una ostensible invasión de las competencias ordinarias asignadas en este aspecto a las autoridades administrativas.

En ese orden de ideas, la Sala no accederá a la pretensión subsidiaria del recurrente y por tanto, no autorizará a la entidad demandada el recobro de los medicamentos o servicios que por gracia del tratamiento médico integral deba prestarle al accionante.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (T-374-11) del 15 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

TESTIMONIO ÚNICO – Valoración.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Problema Jurídico.- Se trata de establecer conforme la postura de la disidente si el testimonio de la hija de la víctima, única testigo de cargo, tiene la capacidad de sustentar una sentencia condenatoria o si por el contrario la prueba presentada por la defensa debilita su poder suasorio, al punto que resulta acertada la absolución del procesado.

Bajo la postura de la juez de instancia se plantea una duda en relación con la verdad material planteada por la testigo, respecto de ser -presencial in factum- de los hechos, debido a no aparecer así registrada en las actividades urgentes realizadas por la policía judicial con motivo de la noticia criminal, ni ser clara la forma como se consiguió la identificación del procesado en cuanto a que las personas de quienes dependió básicamente, el tío de la deponente y la policía de vigilancia ninguno de ellos pudo comparecer al estrado, además de ciertos aspectos de su versión que califica de inconsistentes, incoherentes y poco verosímiles.

La Sala por el contrario no duda de tal condición por parte de MARIA ZULAY FLOREZ RAMIREZ. Desde los puntos de vista del análisis del testimonio tanto objetivo como subjetivo, en principio tiene credibilidad. Son varios los detalles con los cuales precisa el relato sobre la percepción del agresor de la humanidad de su progenitora, entre ellos la razón por la cual no se encontraba en el instante mismo en que aquél ingresa, siendo alertada por gritos y el primer disparo. Su reacción de alejarse por varias horas del lugar y la inactividad de la policía judicial, así como el silencio de la otra testigo que ningún dato arrojó sobre la individualización del autor del injusto, no pueden constituirse en un motivo de descarte de su testimonio. En ese mismo derrotero, por el vínculo de consanguinidad en primer grado que tiene con la víctima le asiste el interés de que se sancione al verdadero responsable de la conducta punible; para nada habría lugar que dirigiera su señalamiento sin razón alguna o por lo menos con asidero hacia una persona a sabiendas de su inocencia o de la incertidumbre sobre su real participación en el reato.

Por lo tanto, es claro que la sindicación que parte de la deponente responde a su convicción acerca de haber sido éste el sujeto a quien vio el día de marras disparando contra su progenitora con la consecuencia de su deceso; procesado a quien entre otras cosas no conocía con anterioridad, nunca lo

había visto, de ahí que sea un hecho cierto irrefutable que al verlo lo tuvo como el protagonista del crimen.

Ahora bien, si esta prueba fuera la única recaudada en el plenario y la defensa no hubiera podido presentar medio de conocimiento alguno dirigido a mostrar una realidad distinta como que ese día y a esa hora, su patrocinado se encontraba en esta municipalidad en otro sitio dedicado a una concreta actividad, el índice de probabilidad de acierto del señalamiento de la testigo tendría la contundencia reclamada por la opugnante para fundar una sentencia condenatoria en su contra.

No obstante, resulta improcedente rechazar la prueba de descargo proveniente de un conjunto de personas que si bien conocen al procesado, se desenvuelven en áreas distintas, no hacen parte ni siquiera a título de sospecha de una banda u organización criminal que pretenda encubrir el comportamiento delictual de quizá uno de sus integrantes; tampoco de su grupo de trabajo o de su círculo más cercano de amigos. Si bien podríamos apartarnos del dicho de sus dos familiares (Oscar Gustavo González y María Rocío Lozano) permanece el de cinco testigos más que asumen constarles la presencia del acusado en otro lugar a la hora del homicidio. Entre ellos, está el empleado de la Panadería -primero de los citados entre las pruebas de la Defensa- quien además lo recuerda porque le pidió permiso una vez armado el denominado “año viejo” para ubicarlo ahí para el dinero que se acostumbra a solicitar a los transeúntes. Los otros dos vecinos –DANILO y ALBA INES- sin ninguna otra relación entre ellos conocida que la de ser vecinos y procuradores de las integraciones de la comunidad a través de actividades como las decembrinas, también aseguran la presencia de HAROLD GRANNOBLES esa tarde del 29 de diciembre en la labor que reunía a un grupo de ese barrio. JOHN ALEXANDER GIL quien demuestra a través de certificación que no fue tachada por el ente acusador, su vínculo laboral con la empresa “Pintutriplex” y los materiales que llevó conforme factura de compra a la dirección de la calle 32 No. 12-36, cercana a la del lugar de los hechos, razón por las cuales los conoció esa tarde y al pasar nuevamente por el barrio donde se detuvo y comentó lo ocurrido.

Las denominadas “muletillas del recuerdo” se dan en este caso de forma que no pueda calificarse estos testimonios de inverosímiles o necesariamente de prefabricados para construir una coartada falsa de defensa. Son ellas la fecha del 29 de diciembre muy cercana a la del fin del año que hacen más fácil conservar el recuerdo y evocarlo al instante de la declaración. Tales tareas son propias de los barrios de una municipalidad. En tal sentido se equivoca la dilecta delegada de la Fiscalía al señalarlas de idénticas o exactas y como lo replica la Defensa son en cambio concordantes, cuestión distinta que impide asegurar son falsos deponentes de tal circunstancia fáctica. En el aspecto subjetivo, cuando se trata de varias personas, resulta difícil inferir que sólo por el hecho de ser vecinos o conocidos vayan a comulgar frente a engañar a la justicia para que el autor

de un comportamiento tan execrable como es el homicidio, eluda la sanción respectiva.

Al confrontar entonces la prueba de la Fiscalía con la de – De descargo-analizada cada una en su individualidad bajo tales categorías, la Sala no puede elegir la primera –más allá de toda duda- por cuanto en tal confrontación independientemente de la convicción que le asiste a la testigo de cargo, se recrea la incertidumbre acerca de si pudo equivocarse en la individualidad del infractor, llevada por la sugestión del aditamento que portaba, como fuera –una gorra negra- y ciertas características: color de piel; contextura; estatura entre otros que pueden ser comunes a varios hombres y pueden influir al momento de señalar a un sujeto como quien fuera el ejecutor de tal comportamiento. Es aquí donde cobra importancia la falta de una entrevista anterior, durante las primeras horas después de cometido el homicidio para efecto de contrastar los datos aportados por la deponente en relación con la individualización del homicida, así como el reconocimiento fotográfico y en fila de personas previo no posterior a un señalamiento y una captura donde pudo grabar las demás condiciones físicas.

En relación con ese último punto, llama la atención como la testigo al preguntársele como una característica especial de la fisonomía del autor del punible, para nada se refiere a aspectos de su rostro; lo hace en relación con la parte superior de su cabeza que en el momento de la percepción mientras accionaba el arma de fuego contra la fémina, la tenía cubierta con una gorra negra. Allí si, resulta inverosímil que en ese punto del tiempo no se refiera a los elementos físicos que del sujeto grabó en su memoria y si a uno que vio a distancia, cuando ambos salieron corriendo del lugar en direcciones opuestas y casi que de –esquina a esquina- cuando éste se quita la gorra momentos previos de girar por ese lugar y perderse de su vista pudo divisar el poco cabello en esa zona. Pareciera que la observación posterior del sujeto, le sirviera en su afán de convencer a la justicia que se trata del autor material del ilícito, por el cual ella es una víctima.

Pero más allá, importa lo que enseñan a este nivel las disciplinas auxiliares del Derecho penal, de las cuales pudo hacer uso la Fiscalía para corroborar el nivel de retentiva de la testigo pese a la rapidez de la visión y del momento emocional alterado durante el cual se llevó a cabo. Veamos lo que aportan a nivel del acaecimiento de un error en las imágenes recibidas cuando se vive un especial estado afectivo, pues pese a que MARIA ZULAY a ciencia cierta no saliera en búsqueda del autor del reato, inconscientemente al observar un sujeto con una gorra negra de ciertas condiciones similares pudo fijarlo certeramente como la persona que causó la muerte violenta de su consanguínea.

“Durante mucho tiempo se pensó que se podía hablar de las esferas de la personalidad (estimativa, afectiva, volitiva e

intelectiva) como comportamientos estancos, olvidando que en verdad la vida psíquica es una y que no hay fenómenos psicológicos puros. Aquí está la prueba: un fenómeno afectivo como el miedo puede influir en una senso-percepción y ser causa de un error, fenómeno intelectual.

Dicha influencia de la esfera afectiva de la personalidad en el fenómeno perceptivo es lo que se denomina catatimia. En este orden de ideas dice Antonio Vallejo Nágera:

Se designa con la denominación de catatimia a la deformación primaria de la percepción de la realidad bajo la influencia de una tendencia afectiva predominante. La catatimia es la causa de muchas conductas absurdas, puesto que influye en la asociación de ideas de un modo harto parcial, y selecciona arbitrariamente los datos proporcionados a la conciencia por el mundo externo. Consiguientemente se deforman de manera persistente lo mismo nuestras percepciones sensoriales que nuestras vivencias, como también sigue la asociación vías indebidas desde el primer instante, produciéndose juicios falseados. Interpretamos falsamente el mundo externo porque lo divisamos a través de nuestro sentimiento prevaleciente, y el interés positivo (deseo) o negativo (temor) dirige la atención consciente hacia determinadas zonas de la realidad y la aparta de otras, a la vez que interviene en la estructuración de las formas percibidas, dándoles un valor y una jerarquía subjetivas que están de acuerdo con la orientación intensa a la reacción. La acción catatímica es proporcionalmente intensa a la de la tendencia afectiva predominante, y llega al máximo siempre que se exalten las emociones primarias, por lo cual el miedo, la cólera y el amor representan potentes factores catatímicos”

La incertidumbre entonces entre la veracidad ideológica del señalamiento de la testigo presencial de los hechos y la de los testigos de la defensa que ubican a esa misma persona en otro sitio a la hora de latrocinio, en la medida que no se cuenta con otro medio de conocimiento para resolverla y la racionalidad por si sola no lo permite, debe resolverse entonces a favor del procesado, motivo por el cual la sentencia absolutoria será confirmada.

Sentencia de 2ª instancia (AC-172-11) del 16 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RECURSO DE APELACIÓN – No procede contra el auto que admite pruebas en la audiencia preparatoria/DOCUMENTOS PÚBLICOS – Así sean públicos,

sólo pueden ser introducidos al juicio mediante el respectivo testigo de acreditación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 23, 176, 177, 359 y 360.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 27608 del 29 de junio de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala determinar si contra el auto que admite pruebas en la audiencia preparatoria procede o no el recurso de apelación, de conformidad con lo señalado en los artículos 177 y 359 de la Ley 906 de 2004.

El primer precepto citado señala que: *“La apelación se concederá:*

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. *La sentencia condenatoria o absolutoria;*
2. *El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión;*
3. *El auto que decide una nulidad;*
4. *El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y*
5. *El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral...*
(Subrayado fuera de texto)

A su vez, el inciso tercero del artículo 359 de la misma ley establece que: *“Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.”*

Ahora bien, según los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, la exclusión de los medios de prueba se predica cuando estos se han obtenido con violación de las garantías fundamentales o se ha practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales, en tanto que, la inadmisión obedece a la impertinencia, inutilidad, repetitividad o a que estén encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 359 de la misma normatividad.

De conformidad con lo señalado en el inciso final del último artículo referido, el recurso de apelación procede cuando se rechazan, inadmiten o excluyen

los medios de prueba que se pretendan introducir al juicio, sin que sea posible interponer la alzada frente a la admisión de los mismos.

Sin embargo, se debe aclarar que cuando alguna de las partes solicita la exclusión de un medio de prueba alegando su ilicitud o ilegalidad, independientemente de que se excluya o no, proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación, tal como lo establece el numeral 5º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el 359 de la misma ley.

A la vez, la reposición procede contra todas las decisiones que se adopten, excepto la sentencia, tal como lo indica el artículo 176 de la citada ley, de modo tal, que contra el auto que admite los medios de prueba pedidos por las partes en la audiencia preparatoria procede el recurso horizontal, siempre y cuando en desarrollo de la diligencia ninguna de las partes hubiera solicitado la exclusión, evento en el cual, se reitera, procede también la apelación.

Descendiendo al caso concreto, advierte la Sala que a pesar que en desarrollo de la audiencia preparatoria, el fiscal solicitó la exclusión, rechazo e inadmisión de un contrato celebrado por la Fundación Social Emaus, expedido en el 2010, con el que la defensa pretende demostrar que el acusado estuvo recluido en esa dependencias, el fundamento del apelante radicó en que los hechos que dieron origen a la presente actuación datan del 19 de mayo de 2011 y que la calidad de adicto se debe determinar es a través de siquiatria forense, profesión de la que carece el señor José Arnulfo Zapata, con quien se pretende introducir el citado elemento, además, que así se trate de un adicto esa condición no lo autoriza para llevar consigo estupefaciente en cantidad mayor a la establecido para la dosis personal.

Los argumentos presentados por el recurrente para solicitar el rechazo de la prueba, tienen que ver únicamente con la pertinencia de la misma, pues lo que alega es que con el documento que se pretende introducir a través del citado testigo y con el testimonio de este, no se no se demuestra la calidad de adicto del acusado, de modo tal, que contra esa decisión no procedía el recurso de apelación, pues no se estaba rechazando, ni tampoco excluyendo o negando la exclusión, ya que en ningún momento se argumentó por parte del recurrente que se hubiera practicado sin el cumplimiento de los requisitos de ley o con violación a las garantías fundamentales.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de resolver el recurso de apelación interpuesto frente a la introducción del contrato celebrado por la Fundación Social Emaus en el 2010 y del testimonio del señor José Arnulfo Zapata, pues contra esa decisión solo procedía la reposición de la que no hizo uso la fiscalía.

En lo que tiene que ver con la introducción de las actas y los audios correspondientes a las audiencias celebradas el 16 de septiembre de 2010 y 16 de octubre del mismo año, en los Juzgados Cuarto Penal Municipal de Control de Garantías de Tulua y Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, respectivamente, y las anotaciones del 11 de mayo de 2009, 2 y 15 de septiembre de 2010 y 4 de abril de 2011, que aparecen en el spoa de la fiscalía, consideró el apelante que a pesar que son documentos públicos, solo pueden ser ingresados al proceso previo cumplimiento de los protocolos correspondientes, además que se trata de pruebas impertinentes.

El artículo 429 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 63 de la Ley 1453 de 2011, señala que *“...el documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio”*.

Norma de la que se extracta que los documentos, así sean públicos, solamente podrán ser introducidos al juicio a través del correspondiente testigo de acreditación, situación que debe ser dilucidada en la audiencia preparatoria, que es el momento procesal en el que se solicita y se decreta la práctica de pruebas.

En el presente caso, sin que la defensa indicara a través de quien ingresarían al juicio las actas de las audiencias, los videos y las anotaciones del spoa que reprocha la fiscalía, el a quo consideró que se trataba de pruebas pertinentes porque según su criterio tenían relación indirecta con los hechos objeto de acusación y dispuso que ingresaran oportunamente, sin detenerse a analizar si se cumplía con el protocolo para su introducción.

Ante la omisión de la defensa de indicar a través de qué testigo de acreditación ingresarían los citados documentos, el juez debió abstenerse de autorizarlos como medios de prueba, pues se reitera, así sean públicos no pueden ingresar directamente, sino que deben ser introducidos a través de la persona que los recolectó o recibió, de donde se extracta que su admisión no cumplió con los parámetros de orden legal, lo que trae como consecuencia que se revoque la decisión en cuanto a este aspecto, sin que tampoco se pueda dejar de lado que esas pruebas son totalmente impertinentes, ya que con ellas no se demuestra que una persona es adicto a sustancias estupefacientes, sino que debe recurrirse a la valoración médica y psiquiátrica correspondiente.

Auto de 2ª instancia (2011-012-08) del 16 de diciembre de 2011, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación y revoca parcialmente el auto apelado.

REDENCIÓN DE PENA POR ESTUDIO – Se asimila a un beneficio, aunque la norma no la haya distinguido como tal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1142 de 2007, artículo 32.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde en este caso a la Sala, determinar si acertó el a quo al denegar a FRANKLIN DARÍO HENAO RÍOS la redención de pena por estudio, así como el mecanismo sustitutivo de la libertad condicional, apoyando su negativa en la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

Al efecto, sea lo primero indicar que el Legislador dentro de su autonomía ha dispuesto mediante diversas normas, restricciones o prohibiciones en la concesión de beneficios, mecanismos sustitutivos de la pena o subrogados a los condenados, en principio limitándolas a determinados delitos de suma gravedad e impacto social, luego ampliando el espectro a las conductas punibles cometidas en la humanidad de menores de edad y por último extendiéndola a la reincidencia de los sentenciados, es decir ante la presencia de antecedentes penales.

Es así como se ha promulgado la Ley 733 de 2002, 1098 de 2006 y la 1142 de 2007, siendo esta última en su artículo 32, la que el a quo ha invocado como fundamento de la providencia recurrida, el cual consagra:

“ARTÍCULO 32. La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así:

Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.”

Así las cosas, la norma transcrita busca que la finalidad de la pena, cual es la reinserción social del condenado, sea cumplida efectivamente, propósito este que se frustra a través de la reiteración delictiva de los sentenciados, reincidencia esta que desemboca en la negativa a conceder beneficios,

subrogados o mecanismos sustitutivos, debido a que evidencia que quien vuelve a incurrir en delito, requiere el cumplimiento completo de la pena, a fin de que mediante tratamiento penitenciario intramural logre a cabalidad su resocialización.

Ahora bien, tanto el condenado como el representante el Ministerio Público, señalan en sus apelaciones que el trabajo o estudio de los condenados no son un beneficio, sino una obligación y que, por tanto la redención de la pena por dichas actividades se erige como un derecho.

Sobre este argumento, encuentra la Sala, que efectivamente la Ley 65 de 1993 Código Penitenciario y Carcelario no contempla el trabajo o el estudio como un beneficio, sin embargo, dichas actividades carcelarias de los condenados conllevan intrínsecamente un beneficio, cual es el de la redención de la pena, que si bien puede ser catalogada como un derecho que se adquiere al desarrollar dichas tareas, también es cierto que legalmente se han establecido unas prohibiciones para la adquisición de dicho beneficio, como lo es la existencia de antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, limitación esta que como se anotó, tiene fines resocializadores que buscan beneficiar tanto a los sentenciados como para la comunidad en general.

Es decir, el artículo 32 de la ley 1142 de 2007 es claro, al despojar de beneficios, subrogados y mecanismos sustitutivos a todo aquel condenado que cuente con antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, asimilándose entonces la redención de la pena a un beneficio así no haya sido señalado como tal en la norma, pues tácitamente es evidente para la Sala que el redimir pena es en sí un beneficio para el sentenciado, que le significa adquirir el derecho a su libertad en un tiempo menor al que le fuera señalado como pena.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que acertó el a quo al negar ambas peticiones del condenado FRANKLIN DARÍO HENAO RIOS, pues de su cartilla biográfica se desprende que fue condenado el 11 de febrero de 2009 a una pena de 42 meses y 20 días de prisión por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, Valle, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, es decir, el aquí condenado cuenta con antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, situación esta que encaja en la prohibición del artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, razón por la cual esta Sala habrá de confirmar la decisión apelada.

Auto de 2ª instancia (AC-274-11) del 18 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: confirma el auto apelado.

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO – Está prohibida para el caso de los delitos sexuales contra menores.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1098 de 2006, artículos 3, 140 y 199.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde en este caso a la Sala, determinar si acertó el a quo al denegar a ALFONSO VALENCIA la redención de pena por trabajo y estudio, apoyando su negativa en la prohibición contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

Al efecto, sea lo primero indicar que el Legislador dentro de su autonomía ha dispuesto mediante diversas normas, restricciones o prohibiciones en la concesión de beneficios, mecanismos sustitutivos de la pena o subrogados a los condenados, en principio limitándolas a determinados delitos de suma gravedad e impacto social, luego ampliando el espectro a las conductas punibles cometidas en la humanidad de menores de edad y por último extendiéndola a la reincidencia de los sentenciados, es decir ante la presencia de antecedentes penales.

Es así como se ha promulgado la Ley 733 de 2002, 1098 de 2006 y 1142 de 2007, siendo la normatividad contenida en el Código de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006-, la que el a quo ha invocado como fundamento de la providencia recurrida, en su artículo 199 el cual consagra:

“Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad, previstas en los artículos 307 literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.*
- 2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*
- 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.*
- 4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.*

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. (Negrilla de la Sala)

(...)."

Así las cosas, la norma transcrita busca que los delitos cometidos contra menores de edad y que son de un fuerte impacto social, así como psicológico para los niños, sustraigan a los condenados por estas conductas de beneficios, subrogados y mecanismos sustitutivos, atendiendo el grave daño causado con su actuar delictual, garantizando de esta manera la protección especial y reforzada a la infancia y adolescencia de nuestro Estado Social de Derecho.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que en el caso que nos ocupa, el interno ALFONSO VALENCIA, fue condenado por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS el 22 de abril del año 2010, por hechos ocurridos en el año 2007, cuando la víctima contaba con 13 años de edad, cargos estos a los que se allanó en la audiencia de Formulación de Imputación, celebrada el 8 de mayo de 2009.

De esta manera, es claro que el condenado ALFONSO VALENCIA, incurrió en la conducta punible de Actos Sexuales con Menor de 14 años, cuando estaba en vigencia la Ley 1098 de 2006, la cual entró a regir el 8 de noviembre de ese mismo año, razón por la cual –tal como lo estimó el a quo-, las disposiciones allí contenidas son totalmente aplicables al caso que nos ocupa.

Por último, es pertinente traer a colación lo normado en el artículo 3º y 140 del código de la Infancia y la Adolescencia que respectivamente consagran:

“ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.”

“ARTÍCULO 140. FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”

Así las cosas, es encuentra la Sala, que acertó el a quo al negar la redención de la pena al condenado ALFONSO VALENCIA, atendiendo la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con los artículos 3º y 140 del mismo estatuto, debido a que cometió la conducta punible de Actos Sexuales con Menor de 14 años, en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia.

De esta manera y sin que sean necesarias más consideraciones, se confirmará el auto del 26 de agosto de 2011 que negó redención de la pena al condenado ALFONSO VALENCIA.

Auto de 2ª instancia (AC-411-11) del 20 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: confirma el auto apelado.

TERCERO INCIDENTAL – La constitución de parte civil que haga el directo perjudicado con el delito no impide que el tercero comprador de buena fe sea reconocido en tal calidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 138 y 139.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-657 de 1996 y T-516 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso el Tribunal advierte que el punto materia de discusión por parte del apelante, consiste en que sea reconocido dentro de la causa penal que nos ocupa como tercero incidental, en su calidad de comprador de

buena fe, de los inmuebles que le fueron enajenados por quien no era su legítimo propietario.

Al efecto, sea lo primero indicar que la figura del tercero incidental se encuentra consagrada en la Ley 600 de 2000, estatuto procesal por el cual se rige esta actuación, atendiendo la fecha de comisión de la conducta punible, en su artículo 138, que consagra:

“ARTICULO 138. DEFINICION, INCIDENTES PROCESALES Y FACULTADES. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Es toda persona natural o jurídica, que sin estar obligada a responder penalmente por razón de la conducta punible, tenga un derecho económico afectado dentro de la actuación procesal.

El tercero incidental podrá personalmente o por intermedio de abogado, ejercer las pretensiones que le correspondan dentro de la actuación. Podrá solicitar la práctica de pruebas relacionadas con su pretensión, intervenir en la realización de las mismas, interponer recursos contra la providencia que decida el incidente y contra las demás que se profieran en su trámite, así como formular alegaciones de conclusión cuando sea el caso. Su actuación queda limitada al trámite del incidente.

Se tramitan como incidentes procesales:

1. La solicitud de restitución de bienes muebles o inmuebles, o de cauciones, cuando es formulada por persona distinta de los sujetos procesales y la decisión no deba ser tomada de plano por el funcionario competente.

2. La objeción al dictamen pericial.

3. La determinación de los perjuicios ocasionados por la imposición de medidas cautelares cuando se hubiere establecido la inocencia por providencia de fondo y siempre que no proceda acción civil.

4. Las cuestiones análogas a las anteriores.”.

Seguidamente, en su artículo 139, el estatuto procesal consagra el trámite que se debe impartir al incidente, de la siguiente manera:

“ARTICULO 139. OPORTUNIDAD, TRÁMITE Y DECISION. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> El incidente procesal deberá proponerse con base en los motivos existentes al tiempo de su formulación y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se funde en hechos ocurridos con posterioridad a la solicitud o surjan pruebas nuevas.

Salvo disposición legal en contrario, los incidentes se tramitarán en cuadernos separados, de la siguiente manera:

El escrito deberá contener lo que se solicite, los hechos en que se funda y las pruebas con las cuales se pretende demostrar.

Del escrito y las pruebas se dará traslado en secretaría por el término común de cinco (5) días.

Dentro de este término deberá contestarse aportando las pruebas o solicitando aquellas en que se funde la oposición; si no se aceptare la petición, deberá manifestarse expresamente.

La no contestación se entenderá como aceptación de lo pedido.

Cuando las partes soliciten pruebas, el término para su práctica será de diez (10) días.

Concluido el término probatorio, se decidirá de acuerdo con lo alegado y probado.”.

Así las cosas, es claro, que “el tercero incidental es la persona que, sin estar obligada a responder patrimonialmente por el delito, tiene un derecho económico afectado dentro de la actuación procesal, como sería el caso, por ejemplo, de los dueños de bienes que sean indebidamente embargados o secuestrados, quienes pueden intervenir mediante un incidente especial que “podrá promoverse en cualquier estado de la actuación”. La norma se limita a establecer la oportunidad en que, para hacer valer sus específicas pretensiones, el tercero incidental promueve el incidente respectivo, lo que puede hacer en cualquier momento dentro del trámite procesal”.

De esta manera, encontramos, que el aquí recurrente, tiene la calidad de tercero comprador de buena fe, de los inmuebles que le fueron vendidos por parte de HIDSEN FLORENTINO ERAZO APONTE, quien en dicha enajenación incurrió –según denuncia penal en su contra-, en las conductas punibles de Falsedad en Documento Público y Abuso de Confianza, al vender predios de los cuales no ostentaba la calidad de propietario, sino de simple administrador.

Es así, que por dicha calidad, el señor ALVARO PIÑA TASCÓN, cuenta con la posibilidad de promover trámite incidental, a fin de que sus derechos sean garantizados, dentro del proceso penal, no obstante ya se haya constituido en parte civil el directo afectado con las conductas punibles, pues como se dijo, PIÑA TASCÓN, también resultó asaltado en su buena fe, convirtiéndose así en víctima del posible actuar delictivo de ERAZO APONTE.

Así las cosas, es evidente que constitucionalmente se ha establecido que el Juez debe propender dentro de la actuación penal, no solo a la protección de

la víctima del delito, sino también a los terceros de buena fe que resultaron lesionados con la conducta punible, situación esta que es la que se presenta en el caso objeto de estudio, razón por la cual, para la Sala, no es de recibo el argumento esgrimido por el a quo, respecto a que ya se admitió a ANTHONY ROBINSON IBARGUEN como parte civil dentro del proceso y que este ostenta mejor derecho que el aquí recurrente, quien es evidente, también resultó siendo víctima de la posible comisión de la conducta punible, resultando de esta manera igualmente reprochable el hecho de que se inste o indique al apelante, acudir a otra jurisdicción, para reclamar la protección de sus derechos, siendo evidente la procedencia de dicha garantía, dentro del proceso penal.

Por lo anterior, habrá de revocarse el auto impugnado del 28 de octubre de 2011, para en su lugar reconocer como tercero incidentalista a ALVARO PIÑA TASCÓN, en su calidad de tercero comprador de buena fe de los predios objeto de la actuación penal.

Auto de 2ª instancia (P-0002-12) del 23 de enero de 2012, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: revoca el auto apelado.

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Presidente Tribunal

Dra. María Patricia Balanta Medina
Vicepresidenta Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

Si bien la responsabilidad por el compendio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga y la elaboración de los respectivos índices corresponde a la Relatoría, se recomienda, -y ello es necesario -, consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en cada informativo, pues de esa forma es posible detectar los errores y las inconsistencias en la tarea sencillamente compleja de analizar, titular y divulgar, mes a mes, las providencias seleccionadas y sus respectivas tesis.

Cualquier tipo de inquietud, sea para comentar, sugerir o cuestionar, por favor escribir a los buzones electrónicos relatoriabuga@hotmail.com, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.