



Plazoleta del patio central del Tribunal Superior de Buga. Homenaje a la bandera durante la conmemoración de los 165 años de vida institucional.

El 14 de marzo de 1848 el Gran General Tomás Cipriano de Mosquera sancionó la Ley 1748, a cuyo texto se debe la creación del Tribunal Superior de Buga. Tantos años después, el lábaro de la justicia ondea con igual majestad y persigue los mismos ideales: servir con abnegación y dar a cada cual lo suyo.

Jaculatoria a Guadalajara de Buga.

Por Edwin Fabián García Murillo, relator del Tribunal Superior de Buga.

Guadalajara de Buga, la “Ciudad muy Noble y Leal” de don Felipe II de España, el rey sombrío, el rey taciturno; Guadalajara de Buga, la ufana Ciudad Señora de nuestros días; Guadalajara de Buga, la ciudad que es símbolo ecuménico de fervor religioso y bastión del cristianismo; Guadalajara de Buga, la ciudad de José María Cabal Barona, de Leonardo y Tulio Enrique Tascón, de Luciano Rivera y Garrido, de Cornelio Hispano, de Manuel Antonio Sanclemente, de Alejandro Cabal Pombo, de Fernando Antonio Martínez...y de tantos otros nombres ilustres en el pasado y en el presente; Guadalajara de Buga, la ciudad venturosa en el ubérrimo Valle del Cauca; Guadalajara de Buga, la ciudad que atalayan dos imponentes cordilleras; Guadalajara de Buga, la ciudad que es monumento nacional para regocijo de propios y extraños; Guadalajara de Buga, la ciudad donde la Naturaleza se revela, con sin igual grandeza, en la Laguna de Sonso y en el Páramo de Las Hermosas; Guadalajara de Buga, la ciudad señalada, hospitalaria, culta, airosa y pujante; Guadalajara de Buga, la ciudad predestinada por Dios en la historia de una humilde y piadosa mujer; Guadalajara de Buga, la ciudad propicia al Tribunal Superior en su perseverante anhelo, en su encomiable labor...

Reseña del Tribunal Superior de Buga.

Por Edwin Fabián García Murillo, relator del Tribunal Superior de Buga.

El 14 de marzo de 1848, el general Tomás Cipriano de Mosquera, militar bizarro y estadista prominente, figura ineludible de nuestra historia, a la sazón presidente de la República, sancionó la Ley 1799 de dicho año, a cuyo texto se debe la creación del Tribunal Superior de Buga bajo la denominación, para la época, de Tribunal del Cauca. Luego, en el decurso de su historia llevaría los nombres de Tribunal del Atrato y Tribunal del Norte para recibir, finalmente, el nombre que hoy lo distingue y es el timbre de su prestancia.

Tres esclarecidos varones fueron designados como sus primeros magistrados: Manuel Antonio Sanclemente Sanclemente, José Ignacio de Valenzuela y Conde y Jorge Juan Hoyos. A este último lo reemplazaría después Antonio Morales Galavís, verdadero prócer de la patria, pues intervino de manera decisiva, junto a su padre y a su hermano Antonio Morales Galavís, en el célebre episodio del “Florero de Llorente”, acaecido el 20 de julio de 1810, suceso que desencadenaría el movimiento de independencia colonial español.

El Tribunal cifra su realce en la causa que lo enaltece y en la lista de preclaros juristas que en el pasado y en el presente han contribuido a robustecerla. Dos de ellos, Manuel Antonio Sanclemente, bugueño de nacimiento, y don Eliseo Payán, natural de Cali, fueron elevados a la dignidad de la presidencia de la República. El primero, en calidad de titular para el periodo 1898-1904, mandato frustrado por el derrocamiento del que fue víctima en el año de 1900, y el segundo, como encargado del presidente Rafael Núñez, durante los meses de enero hasta junio de 1887 y de diciembre hasta el 8 febrero de 1888. A este grupo se suman, por sus méritos descolantes, Tulio Enrique Tascón, abogado, político, historiador, académico, eminente profesor en los campos del derecho constitucional y administrativo, y Luciano Rivera y Garrido, secretario de la entidad en la segunda mitad del siglo XIX, literato e intelectual bugueño de renombre nacional, amigo y confidente de don Jorge Isaacs, reputado, sin vacilación alguna, el más importante de los escritores nacidos bajo el seno de la Ciudad Señora.

No menos insignes son los nombres de Abraham Fernández de Soto, Manuel Wenceslao Carvajal, Miguel Ángel Lozada, Genaro Cruz, Primitivo Vergara Crespo y los ya mencionados Manuel Antonio Sanclemente y Tulio Enrique Tascón, cuyo tránsito por la corporación precedió a su nombramiento como magistrados de la Corte Suprema de Justicia, destacando el caso de Miguel Ángel Lozada, quien murió sin tomar posesión de su cargo, y el de Amado Gutiérrez Velásquez en el Consejo de Estado. Igualmente, resulta insoslayable la mención del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, actual integrante de la Sala Civil-Familia, considerado por el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria como el mejor magistrado del país durante el año 2002 y distinguido, en consecuencia, con la condecoración “José Ignacio de Márquez”, y la del Dr. Luis Fernando Tocora López, magistrado de la Sala Penal de esta corporación durante 24 años, tratadista, autor de diversas obras en los ámbitos del derecho penal, del derecho constitucional y de la criminología, amén de prestigioso profesor y conferencista en universidades nacionales y extranjeras.

Numerosas distinciones han exaltado la ardua y meritoria labor del Tribunal durante sus 165 años de existencia, destacando entre ellas las siguientes: Medalla de Plata “Ciudades Confederadas del Valle del Cauca”, conferida por la Gobernación de este Departamento en el año de 1967; la Orden al Mérito Vallecaucano en el grado “Cruz de Caballero”, categoría “Al mérito en la

Justicia y el Derecho-Manuel María Mallarino”, conferida por la Gobernación del Valle del Cauca en el año de 1999; la Condecoración "Tulio Enrique Tascón", conferida por el municipio de Guadalajara de Buga en el año de 1998; la Condecoración “Orden de la Justicia y el Derecho”, conferida por el Ministerio de la Justicia y el Derecho en el año de 1998, la Orden del Congreso de Colombia, en el grado de Comendador, conferida por el Senado de la República en el año de 1997, la "Orden de la Democracia", conferida por la Cámara de Representantes en 1997, y la Orden de Boyacá en el grado de “Cruz de Plata”, conferida por el Gobierno nacional en el año de 1973.

En el Tribunal Superior de Buga la misión de perseverar en la condición de baluarte de la administración de justicia en el Occidente del país se confía, hoy por hoy, a los catorce magistrados y empleados integrantes de sus tres salas especializadas: Civil-Familia, Laboral y Penal, encargadas de ejercer jurisdicción sobre 36 municipios del Departamento del Valle del Cauca y uno del Departamento del Chocó (San José del Palmar) y a 172 juzgados distribuidos en siete Circuitos Judiciales: Buenaventura (anexado en 1996), Buga, Cartago, Palmira (anexado en el año 2000), Roldanillo, Sevilla y Tuluá.

LAS RELATORÍAS SON LA MEMORIA O EL OLVIDO (EL ELOGIO DEL RELATOR).

Por Edwin Fabián García Murillo, relator del Tribunal Superior de Buga.

El relator vendrá, en cada jornada, dispuesto a merecer el don de su trabajo. Al llegar encontrará a la soledad y al silencio, sus dos habituales compañeros; tendrá, a su alcance, una legión de libros, proveyectos pero sabios, y sentirá por un instante, como Borges, que el paraíso tiene la forma de una biblioteca. En este lugar, amplio y solariego -su refugio durante varios años- ha luchado contra sus errores, contra sus vacilaciones, contra sus temores, es decir, contra sí mismo; no es un hombre docto, pero ama lo que hace, es fiel a sus convicciones y confía en no ser inferior a sus responsabilidades. En un comienzo buscó la notoriedad; hoy, sin embargo, le preocupa no ser digno de respeto como persona, no tener la distinción de la humildad y del esfuerzo. Se ha empeñado en creer que no es un burócrata más, que su tarea es de alto coturno y que su mejor galardón es la posibilidad de servir bien, con desinterés y con ahínco y necesita, en esa especial odisea, encontrar, al igual que los alquimistas, la piedra filosofal que transmute la materia de sus quehaceres, que lo lleve a enfrentar los desafíos que la modernidad impone a su cargo. Mañana, cuando se marche, nadie lo recordará, pero está aquí para no faltar a una vieja promesa: la de cumplir con su deber. Así discurre su cotidianidad. En ella, una a una, ante sus ojos, pasarán las providencias que es necesario revisar y titular con escrupulosidad. Allí, en el Derecho, tan arcano y vasto como el universo, hallará toda la grandeza y toda la ruindad de la insondable condición humana. Quiere plasmar, de algún modo, esta vivencia, desea proclamar este privilegio: *en algún lugar de las corporaciones judiciales los relatores enfrentamos, día a día, la responsabilidad de condensar en palabras lo que en otros, -los jueces-, es el fruto de la cavilación, del estudio, de la ponderación. Las relatorías, suena a sinsentido, fueron creadas para decirle a la sociedad que la administración de justicia existe de manera tangible a través de sus decisiones, y que por ellas puede perdurar desafiando al tiempo, sobreponiéndose a la finitud de todas las empresas mundanas; a las relatorías corresponde, con fidelidad y*

perseverancia, seguir primero y consignar después, la huella que la jurisprudencia deja en cada época como testigo excepcional de sus conflictos, de sus tendencias, de sus perplejidades. Esa es nuestra misión, esa es nuestra recóndita esperanza: la de conservar la memoria, la de conjurar el olvido.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 001 DE 2015

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN CAMBIARIA – Término de prescripción cuando se trata de procesos iniciados antes y después de la expedición de la Ley 546 de 1999. **Pág. 7.**

ACCIÓN DE TUTELA – No procede contra el acto administrativo que resuelve sobre la revisión del avalúo catastral. **Pág. 11.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – El juez debe contar, al acoger una excepción, con el suficiente respaldo probatorio. **Pág. 18.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La apertura del proceso de liquidación implica la terminación de los contratos de tracto sucesivo del deudor que no sean necesarios para la preservación de los activos. **Pág. 13.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No procede cuando la persona no hace uso de los recursos que tiene a su alcance. **Pág. 13.**

ACEPTACIÓN DE CARGOS – El procesado debe conocer la prohibición de retractarse. **Pág. 35.**

ACEPTACIÓN DE CARGOS – Para dictar la sentencia anticipada es necesario contar con los elementos de prueba que derroquen la presunción de inocencia. **Pág. 56.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – La prosperidad de la acción exige que el título del demandante sea anterior a la posesión del demandado y esté respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores. **Pág. 12.**

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS – La falta de una de las carpetas impide que el juez decida sobre su procedencia. **Pág. 26.**

AUTO QUE RECHAZA O NIEGA LA SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL – Es apelable. **Pág. 13.**

AYUDA HUMANITARIA – Al juez de tutela no le corresponde fijar fechas ciertas para su pago. **Pág. 11.**

AYUDA HUMANITARIA – Debe proporcionarse hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su propio sostenimiento. **Pág. 11.**

BUENA FE POSESORIA – No consiste en el comportamiento del poseedor, sino en la convicción de su legitimidad. **Pág. 11.**

CADENA DE CUSTODIA – La inobservancia de sus protocolos incide en la aptitud probatoria del elemento material, pero no supone su inadmisión o su exclusión. **Pág. 31.**

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – No son responsables cuando pactan y demuestran que el sentenciado no tenía licencia de conducción ni autorización del asegurado para conducir el vehículo. **Pág. 80.**

CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – La presunción de culpa no desaparece cuando se trata de actividades que no son equivalentes en la potencialidad del daño. **Pág. 7.**

CONTRATO DE TRABAJO – Es preciso demostrar la existencia de sus elementos. **Pág. 26.**

COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS DE PERTENENCIA – No existe cuando la primera sentencia deniega las pretensiones por no tener el tiempo de posesión exigido en la ley. **Pág. 12.**

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – La dilación injustificada en la liquidación de la cuota de compensación militar y la inclusión en el sistema como “remiso”, sin serlo, vulneran este derecho fundamental. **Pág. 16.**

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD – Valoración e importancia de sus testimonios. **Pág. 78.**

DERECHO A LA IGUALDAD EN CONCURSO DE MÉRITOS – Debe ser admitido quien ha recibido formación profesional para la docencia en inglés, aunque su título no lo mencione de manera expresa. **Pág. 10.**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - El descuento de salario durante los días no laborados exige comprobar que el trabajador no prestó sus servicios de manera efectiva. **Pág. 18.**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – El juez no puede dictar sentencia sin resolver sobre la confesión ficta planteada por las partes. **Pág. 11.**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - La dilación injustificada en la definición de la situación militar vulnera dicha garantía. **Pág. 18.**

DERECHOS DE LOS RECLUSOS – Ingreso de ventiladores a las celdas o pabellones de alta seguridad. **Pág. 8.**

DESACATO – Su propósito es el cumplimiento de la orden de tutela y no la imposición de sanciones. **Pág. 21.**

EDAD DE RETIRO FORZOSO EN EL MAGISTERIO – El docente no puede ser desvinculado cuando esté próximo a pensionarse. **Pág. 19.**

EMPRESAS TRANSPORTADORAS – Son responsables de manera solidaria sin consideración a si el conductor del vehículo a ellas afiliado no es o era empleado suyo. **Pág. 7.**

ESTAFA – Venta de inmueble sometido a proceso de extinción de dominio y con conocimiento previo de su procedencia ilícita. **Pág. 43.**

FALESDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO – El acusado no sabía que su licencia de conducción, obtenida por medio de un tramitador, era un documento espurio. **Pág. 85.**

FRAUDE PROCESAL – De quien se vale de falsa identidad para intervenir en diversas actuaciones judiciales. **Pág. 78.**

HOMICIDIO CULPOSO – Duda en la responsabilidad del procesado. **Pág. 49.**

HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad por exceder los límites de velocidad y adelantar en los tramos de vía donde existe línea separadora central continua. **Pág. 58.**

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO – No procede en los casos de contrato de trabajo por duración de la obra contratada. **Pág. 26.**

INIMPUTABILIDAD POR EMBRIAGUEZ - La defensa debe contar con los elementos de juicio suficientes para demostrarla. **Pág. 85.**

MEJORAS – Pueden ser reconocidas de oficio. **Pág. 11.**

MENORES DE 14 AÑOS – La ley no les otorga capacidad para decidir y actuar de manera libre en el campo de la sexualidad. **Pág. 78.**

MESADAS PENSIONALES - La administración no puede ordenar la suspensión de su pago de forma unilateral y sin el consentimiento del titular de la prestación. **Pág. 7.**

NULIDAD – La negación de la prueba de referencia no es trascendente cuando esta constituye el fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria. **Pág. 78.**

NULIDAD – Por falta de motivación de la sentencia. **Pág. 54.**

NULIDAD – Por omisión de la audiencia de individualización de la pena y sentencia. **Pág. 64.**

PERMISO PARA TRABAJAR A LOS CONDENADOS CON PRISIÓN DOMICILIARIA – No es indispensable la presentación de un contrato de trabajo. **Pág. 63.**

PETICIÓN DE HERENCIA – Quien la promueve debe demostrar su condición de heredero del causante. **Pág. 10.**

PREACUERDOS – Cuando no existe convenio sobre la pena a imponer, el juez debe tasarla según el sistema de cuartos. Pág. 37.

PREACUERDOS- Es posible pactar la concesión de subrogados. Pág. 40.

PREACUERDOS – No viola garantía fundamental alguna eliminar un delito ante la ausencia de prueba sobre su existencia y sobre su tipicidad. Pág. 40.

PREACUERDOS – Su aprobación impide controvertir los hechos o la tipicidad de la conducta. Pág. 39.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINO – El término para prescribir, cuando se elige la Ley 791 de 2002, debe contarse a partir del 27 de diciembre de 2002. Pág. 12.

PRISIÓN DOMICILIARIA - La condición de madre cabeza de familia reconocida por un juez de garantías debe ser demostrada también ante el juez de conocimiento. Pág. 70.

PRISIÓN DOMICILIARIA – Se concede con fundamento en la pena prevista en la ley y no con la pena impuesta en la sentencia. Pág. 61.

PROCESO DIVISORIO – La partición debe efectuar las adjudicaciones teniendo en cuenta las zonas de reserva forestal, las particularidades del predio y no incluir un terreno que ya no pertenece a los copropietarios. Pág. 11.

PROCESO EJECUTIVO – El demandado tiene la carga de probar los hechos que sirven de fundamento a las excepciones propuestas. Pág. 12.

PROCESOS DE PERTENENCIA – Su competencia en el Distrito Judicial de Buga, por la implementación del Código General del Proceso, corresponde a los jueces civiles del circuito. Pág. 25.

PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS - La conversión de pesos a UVR sin el consentimiento del deudor impone la denominación de la obligación en la forma inicialmente pactada y no la terminación del proceso. Pág. 7.

PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS- Ni la ley ni la jurisprudencia exigen un documento de reestructuración como anexo de la demanda o como complemento del título ejecutivo. Página 7.

PRUEBA DE LOS PERJUICIOS – Las copias simples o informales carecen de valor probatorio. Pág. 7.

RECURSO DE APELACIÓN – No procede contra la declaración de impedimento. Pág. 72.

RECURSO DE REVISIÓN – El recurso contra la sentencia que puso fin al proceso no es exigible al demandante que desconocía la suspensión de su apoderado. Pág. 11.

RECURSO DE REVISIÓN – La sentencia es nula cuando se dicta después de ocurrida la interrupción del proceso por suspensión del apoderado. Pág. 11.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Culpa exclusiva de la víctima al conducir en dirección prohibida y a poca distancia de la superación de una curva. Pág. 12.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – No es posible imputarla cuando el daño se produce por la negligencia del paciente en buscar la atención médica. Pág. 12.

RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO - La regla de no escuchar al demandado mientras no consigne los cánones adeudados debe ser desatendida cuando existe duda sobre la existencia o la naturaleza del contrato. Pág. 18.

SISTEMA UPAC – Mientras estuvo vigente, fue legítimo el cobro de intereses efectuado por las corporaciones de ahorro y vivienda. Pág. 7.

SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA O AGENCIAS DE ADUANAS – Son responsables contractualmente cuando no verifican los documentos entregados para la declaración de importación y no intervienen adecuadamente en los trámites de revisión y levante de las mercancías. Pág. 12.

SUMA DE POSESIONES – Deben demostrarse el vínculo jurídico, la calidad de poseedor y la entrega del bien. Pág. 11.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – La condición de adicto no excluye el acto de la venta o el suministro de la droga a terceros. Pág. 61.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – No es posible concederla en los casos de violencia contra servidor público. Pág. 61.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Si está prohibida su concesión, no tiene relevancia que el delito se haya cometido en grado de tentativa. Pág. 39.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE – Las empresas de transporte responden de manera solidaria por los daños que se ocasionan con los vehículos a ella afiliados. Pág. 80.

TRABAJADOR DISCAPACITADO – Su protección y estabilidad dependen de la demostración de tal circunstancia. Pág. 26.

TRABAJADORES OFICIALES – Sus funciones deben estar relacionadas con la construcción y el sostenimiento de obras públicas. Pág. 26.

TRABAJO DE PARTICIÓN EN LA SUCESIÓN – Debe responder a criterios de equidad, equilibrio e igualdad entre los herederos. Pág. 12.

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES - El porte de estupefacientes para el consumo personal, aunque supere la dosis mínima, es una conducta que no lesiona el bien jurídico de la salud pública. Pág. 73.

TRÁFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS - No se demostró, más allá de toda duda, que el procesado conocía la clase de sustancia que transportaba. Pág. 28.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La materialidad del delito se demuestra con las pruebas de identificación preliminar homologada y definitiva de laboratorio y no con los testimonios de los agentes captores. Pág. 66.

TUTELA TEMERARIA – No existe cuando son diferentes los hechos que motivan una y otra acción constitucional. Pág. 8.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – No se forma por cualquier tipo de convivencia. Pág. 10.

VÍA DE HECHO EN PROCESO DE ALIMENTOS – El juez no puede decidir recaudando pruebas de manera irregular y sin permitir que la contraparte pueda contradecirlas. Pág. 22.

VÍA DE HECHO EN PROCESO DE INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE – Resueltas las objeciones, el juez debe ordenar la devolución de las diligencias al conciliador y no rechazar la solicitud y entregar los anexos al interesado. Pág. 8.

VÍA DE HECHO EN PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO – El juez no puede exigirle al demandado que pruebe el pago por consignación en una forma no establecida en la ley. Pág. 23.

VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO – Agresión a un agente de tránsito en cumplimiento de sus funciones. Pág. 85.

SALA CIVIL-FAMILIA:

PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS - La conversión de pesos a UVR sin el consentimiento del deudor impone la denominación de la obligación en la forma inicialmente pactada y no la terminación del proceso/**PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS**- Ni la ley ni la jurisprudencia exigen un documento de reestructuración como anexo de la demanda o como complemento del título ejecutivo/**SISTEMA UPAC** – Mientras estuvo vigente, fue legítimo el cobro de intereses efectuado por las corporaciones de ahorro y vivienda/**ACCIÓN**

CAMBIARIA – Término de prescripción cuando se trata de procesos iniciados antes y después de la expedición de la Ley 546 de 1999.

Sentencia de segunda instancia (2009-00145-01) del 5 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

EMPRESAS TRANSPORTADORAS – Son responsables de manera solidaria sin consideración a si el conductor del vehículo a ellas afiliado no es o era empleado suyo/CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – La presunción de culpa no desaparece cuando se trata de actividades que no son equivalentes en la potencialidad del daño/PRUEBA DE LOS PERJUICIOS – Las copias simples o informales carecen de valor probatorio.

Sentencia de segunda instancia (2006-00005-01) del 5 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: modifica el numeral tercero de la sentencia apelada y revoca los numerales segundo y cuarto.

MESADAS PENSIONALES - La administración no puede ordenar la suspensión de su pago de forma unilateral y sin el consentimiento del titular de la prestación.

Tutela de segunda instancia (2014-00986-00) del 11 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

TUTELA TEMERARIA – No existe cuando son diferentes los hechos que motivan una y otra acción constitucional/VÍA DE HECHO EN PROCESO DE INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE – Resueltas las objeciones, el juez debe ordenar la devolución de las diligencias al conciliador y no rechazar la solicitud y entregar los anexos al interesado.

Tutela de segunda instancia (T-160-14) del 11 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

DERECHOS DE LOS RECLUSOS – Ingreso de ventiladores a las celdas o pabellones de alta seguridad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobada en Colombia mediante la Ley 74 de 1968; Organización de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas del Tratamiento de Reclusos; Ley 65 de 1993, artículos 5, 52 y 53; Inpec, Acuerdo 0011 de 1995, artículo 13; Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira, Circular 225101 del 18 de agosto de 2013.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-175 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]Bajo la premisa del respeto y garantía de la dignidad humana por parte de Estado para las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, procede la Sala a verificar si en el *sub – júdece* se ha presentado una vulneración a los derechos fundamentales del interno FELIX ROBERTO SANABRIA, quien se duele de la existencia de la misma ante la negación por parte de la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira para autorizar el ingreso de un ventilador a la celda que aquel ocupa.

La autoridad accionada –según la contestación brindada a la presente solicitud de amparo- fundamenta su negativa en: (i) los múltiples incendios que se han presentado en otras cárceles debido entre otras causas, a “... *la sobre carga (sic) en la red eléctrica, lo anterior por la indiscriminada instalación artesanal de artefactos y electrodomésticos... en el momento se están realizando los procedimientos para las reparaciones de las redes eléctricas los cuales van hasta finales de este mes...*”; (ii) el régimen interno general para pabellones de alta seguridad, Resolución No. 3152 del 19 de septiembre de 2001 en su artículo 21 “...*no establece los ventiladores como objetos permitidos en las celdas...*”; y (iii) el personal de internos del pabellón de alta seguridad pueden permanecer tanto en las celdas como en el patio durante el día las cuales cuentan con ventanas grandes que proporcionan ventilación.

En ese contexto, indispensable resulta señalar para la definición del problema jurídico que la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario” en su artículo 52 consagra que el INPEC elaborará el Reglamento General “...*al cual se sujetarán los respectivos reglamentos internos de los diferentes establecimientos de reclusión...*”, reglamentos estos que, a su vez, serán expedidos por el respectivo Director del centro de reclusión previa aprobación del INPEC (art. 53 ibídem).

Ahora bien; en lo que respecta al eje central del asunto aquí analizado, el citado Reglamento General del INPEC en su artículo 13 señala: “...Elementos de Uso Permitido. En las celdas y dormitorios destinados a los internos se permite exclusivamente la tenencia de elementos de aseo, ropa de cama, ropa personal, libros, un radio, un televisor hasta de 19 pulgadas y un ventilador cuando las condiciones climáticas lo hagan necesario...”. Por su parte el artículo 33 de la Resolución No. 010 del 06 de abril de 2005 “...*Por medio de la cual se expide el Reglamento de Régimen Interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira...*” relaciona los elementos de ingreso permitidos en Alta Seguridad, entre los cuales NO se observan los ventiladores. Y el artículo 34 del mismo reglamento indica que “... se prohíbe el ingreso y tenencia por parte de los internos de Alta Seguridad de los siguientes elementos: ... electrodomésticos de cualquier tipo...”.

No obstante, mediante Circular No. 225101 de agosto 18 de 2013, la cual tenía como destinatarios entre otros a “... INTERNOS, FAMILIARES Y VISITANTES DE INTERNOS (ALTA, MEDIANA, MÍNIMA SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, ERE)...” y como asunto: “... INGRESO DE RADIOS Y OTROS ELECTRODOMÉSTICOS...”, el Director del EPAMSCAS PALMIRA, luego de exponer las consecuencias del desproporcionado incremento en el ingreso de televisores y ventiladores señaló que “...se procedió a verificar que en todas y cada una de las celdas existe como mínimo entre dos y cinco televisores de manera temporal no se darán nuevas autorizaciones para ingresos, reposiciones o reintegros de este tipo de elementos, caso contrario sucede con los ventiladores y como quiera que este

elemento es necesario, más aun en las actuales condiciones de hacinamiento se seguirá permitiendo su ingreso, previos controles en aspectos tales como descuento por consumo de energía, y otras medidas administrativas y de seguridad. ESTE VENTILADOR DEBERÁ SER DE TAMAÑO PEQUEÑO, CON ASPAS PLÁSTICAS Y DE BAJO CONSUMO DE ENERGÍA...”.

Con posterioridad a la expedición de la antes mencionada circular, el accionante FELIX ROBERTO SANABRIA mediante derecho de petición solicitó se autorizara el ingreso de un ventilador para su uso. Pero el Director del EPMSCASPAL de Palmira, mediante comunicación del 30 de julio de 2014, denegó la misma indicando que “... en esta oportunidad no se considera viable acceder a lo por usted peticionado, teniendo en cuenta actualmente seguir disposición de la Junta de Asignación de Patio y Celda... asignó a usted celda, y pasillo en el Pabellón de Alta seguridad y el Reglamento de Régimen Interno vigente y aprobado por la Dirección General del INPEC, no considera como elemento permitido en las celdas, pasillos o áreas comunes los ventiladores...”.

Del anterior recuento fáctico y normativo concluye la Sala que , contrario a lo afirmado por el juzgado *a-quo*, en el presente asunto se advierte una clara vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, la vida en condiciones dignas y la igualdad del interno FELIX ROBERTO SANABRIA por parte de la Dirección del EPAMSCAS de PALMIRA. Ello, teniendo en cuenta que: (i) si bien es cierto el Director del establecimiento penitenciario y carcelario accionado en uso de la facultad discrecional que la ley le proporciona para expedir el Reglamento de Régimen Interno para el establecimiento que dirige dispuso en el mismo que se encontraba prohibido el ingreso de electrodomésticos para uso de los internos de los pabellones de Alta Seguridad, pudo constatar en este asunto que fue el mismo Director quien también en forma discrecional y voluntaria, luego de analizar la situación particular y concreta que atravesaba el penal mediante un acto administrativo –Circular No. 225101 del 18 de agosto de 2013- posterior al reglamento determinó que se continuaría autorizando el ingreso de ventiladores en virtud a los problemas de hacinamiento para mitigar el clima, disposición que en manera alguna excluyó a los internos de “Alta Seguridad”; es más, la circular fue dirigida a todos los internos sin distinción alguna; y (ii) en el oficio del 30 de julio de 2014 por medio del cual el Director le comunica al accionante que no es posible acceder a su solicitud, solo se soporta su negativa en el hecho de habersele asignado una celda y pasillo en el Pabellón de Alta Seguridad; sin embargo, ninguna manifestación se plasma con relación a lo determinado en la multicitada Circular No. 225101 del 18 de agosto de 2013, la cual se itera, fue dirigida para todos los internos incluidos los de Alta Seguridad, y no aparece acreditado en el *dossier* que su contenido haya sido derogado o modificado por un acto administrativo posterior; (iii) según lo referido por el accionante, existen otros internos en el pabellón de Alta Seguridad a quienes el Director les ha autorizado el ingreso de ventiladores, situación que vulnera el derecho a la igualdad del interno toda cuenta que aquel se encuentra en iguales condiciones que los demás reclusos de su pabellón. No sobra puntualizar que esta circunstancia fáctica se encuentra amparadas por la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda cuenta que la entidad accionada pese a los múltiples requerimientos efectuados guardó silencio respecto del informe que le fuera solicitado por la Sala, desdeñando así la posibilidad de refutar los hechos narrados por el accionante en su escrito de tutela.

En este orden de ideas, se impone la REVOCATORIA del fallo impugnado para dar paso a la salvaguarda a los derechos fundamentales del accionante, conforme se explicitará en la parte dispositiva de la presente providencia.

Tutela de segunda instancia (2014-1006) del 12 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

PETICIÓN DE HERENCIA – Quien la promueve debe demostrar su condición de heredero del causante.

Sentencia de segunda instancia (2011-00431-01) del 18 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: modifica el numeral primero de la sentencia apelada.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – No se forma por cualquier tipo de convivencia.

Sentencia de segunda instancia (2011-00580-01) del 18 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DERECHO A LA IGUALDAD EN CONCURSO DE MÉRITOS – Debe ser admitido quien ha recibido formación profesional para la docencia en inglés, aunque su título no lo mencione de manera expresa.

Tutela de primera instancia (2014-1073) del 21 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: tutela el derecho a la igualdad.

ACCIÓN DE TUTELA – No procede contra el acto administrativo que resuelve sobre la revisión del avalúo catastral.

Tutela de segunda instancia (2014-1052) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – El juez no puede dictar sentencia sin resolver sobre la confesión ficta planteada por las partes.

Tutela de segunda instancia (2014-1058) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada y tutela el derecho al debido proceso.

AYUDA HUMANITARIA – Debe proporcionarse hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su propio sostenimiento.

Tutela de segunda instancia (2014-43) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

AYUDA HUMANITARIA – Al juez de tutela no le corresponde fijar fechas ciertas para su pago.

Tutela de segunda instancia (T-165-14) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

PROCESO DIVISORIO – La partición debe efectuar las adjudicaciones teniendo en cuenta las zonas de reserva forestal, las particularidades del predio y no incluir un terreno que ya no pertenece a los copropietarios.

Sentencia de segunda instancia (2008-00049-02) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca la sentencia apelada.

SUMA DE POSESIONES – Deben demostrarse el vínculo jurídico, la calidad de poseedor y la entrega del bien/**BUENA FE POSESORIA** – No consiste en el comportamiento del poseedor, sino en la convicción de su legitimidad/**MEJORAS** – Pueden ser reconocidas de oficio.

Sentencia de segunda instancia (2010-00161-01) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: modifica y confirma la sentencia apelada.

RECURSO DE REVISIÓN – El recurso contra la sentencia que puso fin al proceso no es exigible al demandante que desconocía la suspensión de su apoderado/**RECURSO DE REVISIÓN** – La sentencia es nula cuando se dicta después de ocurrida la interrupción del proceso por suspensión del apoderado.

Sentencia 2013-00126-00 del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: anula la sentencia que fue objeto del recurso de revisión.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINO – El término para prescribir, cuando se elige la Ley 791 de 2002, debe contarse a partir del 27 de diciembre de 2002/**COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS DE PERTENENCIA** – No existe cuando la primera sentencia deniega las pretensiones por no tener el tiempo de posesión exigido en la ley.

Sentencia de segunda instancia (2009-00101-01) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA O AGENCIAS DE ADUANAS – Son responsables contractualmente cuando no verifican los documentos entregados para la declaración de importación y no intervienen adecuadamente en los trámites de revisión y levante de las mercancías.

Sentencia de segunda instancia (2009-00094-01) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca la sentencia apelada.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Culpa exclusiva de la víctima al conducir en dirección prohibida y a poca distancia de la superación de una curva.

Sentencia de segunda instancia (2013-00048-01) del 26 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada y declara probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

TRABAJO DE PARTICIÓN EN LA SUCESIÓN – Debe responder a criterios de equidad, equilibrio e igualdad entre los herederos.

Sentencia de segunda instancia (2007-00083-02) del 27 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia aprobatoria de la partición.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – No es posible imputarla cuando el daño se produce por la negligencia del paciente en buscar la atención médica.

Sentencia de segunda instancia (2007-00177-01) del 28 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PROCESO EJECUTIVO – El demandado tiene la carga de probar los hechos que sirven de fundamento a las excepciones propuestas.

Sentencia de segunda instancia (2011-00060-01) del 28 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCIÓN REIVINDICATORIA – La prosperidad de la acción exige que el título del demandante sea anterior a la posesión del demandado y esté respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores.

Sentencia de segunda instancia (2009-00080-01) del 2 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La apertura del proceso de liquidación implica la terminación de los contratos de tracto sucesivo del deudor que no sean necesarios para la preservación de los activos.

Tutela de primera instancia (2014-1148) del 2 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: niega la tutela presentada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No procede cuando la persona no hace uso de los recursos que tiene a su alcance/AUTO QUE RECHAZA O NIEGA LA SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL – Es apelable.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 111 de 1997, T-108 de 2003 y T-028 de 2008; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, auto 2010-00159-01 del 4 de abril de 2013, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como de manera reiterada lo ha precisado la jurisprudencia vernácula, si quien pide el amparo constitucional ha tenido al alcance un mecanismo judicial ordinario y adecuado para la defensa de sus derechos e intereses, y no hace uso del mismo, vedado le queda interponer una acción de tutela con el fin de subsanar su falta de diligencia en el trámite del proceso.

Es clara entonces la improcedencia de la tutela cuando lo que en ella subyace es la invocación de la propia negligencia del accionante; o lo que es lo mismo, la falta de interposición de recursos, o de formulación de excepciones, o la falta de sustentación de los primeros dentro de los términos legalmente establecidos; o el no cumplimiento de las cargas o deberes que van anexos a la interposición de recursos o a la proposición de incidentes, tales como el suministro de portes o del valor de las copias que deben remitirse al superior, ó la caución para la práctica de una medida cautelar o para iniciar el incidente de levantamiento respecto de las ya practicadas. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada en las sentencias T-108 de 2003, T-458 de 1998, T-007 de 1992 y SU-111 de 1997.

Volviendo la mirada al caso en estudio se tiene lo siguiente: (i) contra la providencia interlocutoria que motiva la tutela *subexámíne* se interpuso recurso de apelación, cuya concesión fue denegada por auto No. 174 del 25-03-2014; (ii) contra ésta última determinación la aquí accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio solicitó la expedición de copias “...*pues considero que una interpretación no exegética del ordenamiento permite la concesión del recurso negado...*”; (iii) por auto No. 565 del 09-09-2014 el juzgado no repuso la decisión impugnada, y dispuso que “...*para el trámite del recurso de queja...*” la secretaría del despacho expidiera a la recurrente las copias que allí indicó; (iv) a pesar de lo anterior, el recurso de queja no fue formulado por la aquí accionante. De hecho, según se desprende de las copias del proceso, ésta ni siquiera retiró las copias del juzgado para ese efecto.

Es pertinente anotar que en relación con la apelabilidad o no del auto que niega o rechaza una solicitud de nulidad procesal no existe uniformidad de criterios. Así por ejemplo, quien funge como ponente en la presente sentencia de tutela ha decidido en diversas oportunidades que la alzada en comentario sí es procedente al abrigo de consideraciones como las que seguidamente se transcriben:

“...1.1. Las solicitudes de nulidad procesal que las partes o terceros formulen al juez deben tramitarse como incidente o bajo el rito especial que lo sustituye (penúltimo inciso artículo 142 del C. de P. Civil).

1.2. El numeral 5 del artículo 351 del C. de P. Civil prescribe que tratándose de autos proferidos en la primera instancia es apelable “...el que niegue el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva...”. De ahí que el hecho de que esa misma disposición agregue seguidamente que también es apelable el auto “...que declare la nulidad total o parcial del proceso...” jamás puede significar que la providencia que niega tramitar el incidente de nulidad quedó excluida del beneficio de la doble instancia, pues si ya el mismo precepto legal había consagrado que es apelable *in toto* el auto que niega tramitar cualquier incidente, redundante resultaba volver a consagrar tal cosa para el auto que niega tramitar un incidente de nulidad [o lo rechaza de plano, que es lo mismo], pues se insiste, por ley, petición de ese temperamento se tramita como incidente, y en

consecuencia, negar darle trámite a una solicitud de nulidad es exactamente lo mismo que negar el trámite de un incidente.

1.3. Bajo una interpretación meramente literal y segmentada [parcial] de la norma en comento, algunos sostienen que como a raíz de la reforma introducida a ella introducida por la Ley 1395 de 2010 quedó consagrada en su contenido la apelabilidad del auto “...que declare la nulidad total o parcial del proceso...”, tal cosa significa que tácitamente quedó excluida de la doble instancia el auto que rechaza la petición de nulidad total o parcial del proceso, pues -agregan- el incidente es el género y la nulidad la especie, y en tales condiciones, concluyen, la norma especial debe prevalecer sobre la general.

Quienes así piensan pierden de vista que no se trata de dos normas sino de una sola, la cual regula dos situaciones afines pero diversas: la primera, atañe al auto que “*niega*” el trámite de cualquier incidente, hipótesis que incluye al incidente [o al trámite que lo sustituye] que se adelanta cuando las partes o un tercero solicitan la nulidad; y la segunda, cuando el juez, de oficio, declara la nulidad total o parcial del proceso, evento en el cual -casi sobra decirlo- no hay trámite incidental previo.

Olvidan, igualmente, que una disposición legal no puede interpretarse por segmentos o de manera parcelada sino de manera articulada e integral y consultando su teleología, vale decir, en forma sistemática y finalística. Por lo que resulta contradictorio entender el numeral 5 del artículo 351 del C. de P. Civil como que consagra la apelación del auto que niega o rechaza “...*el trámite de un incidente...*” [vale decir, de todo incidente, incluyendo por supuesto el que se adelanta FRENTE A UNA PETICION DE NULIDAD], pero que a la vez dispone que solo cuando se “...*declara...*” la nulidad el auto que así lo determina es apelable.

1.4. Ahora bien: dado que la pluricitada norma admite dos lecturas [una “literal-parcial”, y otra “sistemática-finalística”], es preciso memorar que tratándose de interpretación de requisitos para acceder a la apelación “...*ha de propiciarse aquella interpretación que no vaya en detrimento de las garantías constitucionales, es decir, que la regla más plausible indica resolver la duda a favor de la preservación de la doble instancia...*” (sentencia del 08-09-2009, expediente 11001-3103-035-2001-00585-01, magistrado ponente Dr. EDGAR VILLAMIL PORTILLA).

Por otra parte, precisamente porque algunos han interpretado el precepto de marras en la forma literal-parcial que aquí se fustiga, el nuevo Código General del Proceso, ante lo inconveniente de dejar el trascendente tema allí involucrado al vaivén de pareceres contrapuestos en los despachos judiciales del País, tomó partido por incluir EXPRESAMENTE en el catálogo de autos pasibles del recurso de apelación no solo al “...*que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva...*” sino también al “...*que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva...*”, lo cual constituye clara muestra de que con el advenimiento de la Ley 1395 de 2010 la intención

del legislador no fue la de excluir del beneficio de la doble instancia, del cual siempre ha gozado, al auto que niega tramitar [o que lo rechaza, que es lo mismo] una solicitud de nulidad.

En el CODIGO GENERAL DEL PROCESO, se itera, el legislador optó por regular positivamente el tema, solución que ciertamente no es inédita cuando interpretaciones judiciales disímiles o contrapuestas a una norma legal causan un panorama incierto o de perplejidad en la administración de justicia; tal fue el caso del numeral 12 del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989 [que entre los asuntos de competencia de los Jueces de Familia incluyó las “controversias sobre el régimen económico del matrimonio y sobre derechos sucesorales”], disposición que a pesar de haber sido objeto de puntuales precisiones jurisprudenciales por parte de la Corte en torno a su recto alcance [debido a las posturas interpretativas antagónicas que suscitó en los Tribunales Superiores del País], condujo al legislador del año 1998 a regular positivamente los alcances de dicho precepto mediante la ley 446 de ese año [artículo 26], señalando de manera taxativa las controversias “*sobre el régimen económico del matrimonio*” y “*sobre derechos sucesorales*” cuyo conocimiento corresponde a los jueces de familia.

1.5. A propósito de interpretaciones finalísticas, dígame por último, bien sabido es que el criterio teleológico que orienta al legislador a la hora de señalar las providencias interlocutorias que son susceptibles de ser recurridas en apelación es la importancia o transcendencia de estas. Así las cosas, piénsese, por ejemplo, en una solicitud de nulidad que se formula al juez, afincada en una causal insaneable [v.gr. falta de jurisdicción] y que dicho funcionario rechaza de plano. En un evento como ese, entonces, ¿...podrá razonablemente sostenerse que la determinación en comento es no solo intrascendente sino inapelable, y consecuentemente ese juez que careciendo de jurisdicción está tramitando un determinado proceso ha validado o habilitado su competencia para seguir conociendo del mismo, sin que su superior funcionar pueda enmendar, por vía de apelación, tan clamoroso desvarío...?

La respuesta a dicho interrogante, necesariamente negativa, robustece las consideraciones y conclusión plasmadas en precedencia, a saber, que el auto por medio del cual se rechaza o se niega dar trámite a una solicitud de nulidad es pasible del recurso de alzada, como en efecto lo determinó la juez *a-quo* en su providencia de fecha 05-10-2012 (folios 37 y 38 cdo. de copias)...” (auto del 04-04-2013; expediente 76-111-31-03-001-2010-00159-01.)

De ésta guisa, la determinación de no conceder el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó la nulidad que aquí se fustiga debió ser confutada a través del recurso de queja que la aquí accionante abandonó a mitad de camino. Y era a través de esa vía que el *ad-quem* podía haber abordado el examen que ahora -en sede de tutela- se plantea al tribunal, a saber, si el juzgado accionado erró al rechazar de plano la pluricitada petición de nulidad.

Así las cosas, sin que sea menester abordar el fondo del reclamo tuitivo la Sala denegará éste, pues la ausencia del requisito genérico de procedibilidad que se echa de menos [subsidiaridad] así lo impone.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1158) del 3 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección reclamada.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – La dilación injustificada en la liquidación de la cuota de compensación militar y la inclusión en el sistema como “remiso”, sin serlo, vulneran este derecho fundamental.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; ley 48 de 1993, artículos 43, 44 y 46; Decreto 2591 de 1991, artículo 20.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-722 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, según líneas atrás quedó expresado, el ciudadano MIGUEL ANGEL BETANCOURT DUQUE ha acudido a la acción de tutela denunciando que la entidad accionada hasta la fecha no ha continuado con el trámite correspondiente para culminar el proceso de definición militar pues no ha realizado la liquidación correspondiente para la entrega de su tarjeta militar.

Según el recuento fáctico efectuado por el actor en su solicitud se tiene que éste (i) inició el proceso de definición de su situación militar en el año 2012 presentándose ante el Distrito Militar No. 19 de Buga; sin embargo, varios días después fue informado que figuraba como “remiso” por no haber acudido en la fecha de citación correspondiente; (ii) en el mes febrero del año en curso reinició los trámites para obtener por fin su tarjeta militar. En tal virtud acudió al Distrito Militar No. 19, donde fue citado para asistir a la junta de remisos para explicar las razones de su no comparecencia. La mencionada junta se llevó a cabo en el mes de mayo de 2014, informándosele al actor que “...*me quitaron la situación de remisó...*”, siendo citado posteriormente para dar inicio al proceso de liquidación correspondiente; (iii) luego de varias presentaciones ante el Distrito, no se ha llevado a cabo la liquidación del valor a pagar para la expedición de su tarjeta militar, pues son diferentes las razones que argumentan para ello, entre ellas, que no hay servicio o que se encuentran en reclutamiento, y que solo hasta el mes de febrero podrán llevarse a cabo los trámites de liquidación y expedición de su recibo de pago.

El anterior panorama dibuja un marco de evidente vulneración al derecho fundamental al debido proceso del accionante MIGUEL ANGEL BETANCOURT DUQUE, quien de manera injustificada ha sido sometido a una inaceptable dilación para la definición de su situación militar, haciéndolo comparecer en diferentes ocasiones trasegando en un mar de excusas por parte de la autoridad militar accionada, sin brindarle una solución concreta y eficiente para su situación, dejándolo imposibilitado para que pueda demostrar en el momento en que sea requerido (v.gr. para acceder a un empleo) que ya fue definida su situación militar, pues se itera, su trámite se encuentra a medias, toda cuenta

que la autoridad no ha llevado a cabo la liquidación de la cuota de compensación correspondiente para que este pueda cancelarla y así obtener su tarjeta militar.

Sumado a ello la Sala encuentra otro hecho vulneratorio al debido proceso administrativo del accionante. Se trata de que al acudir éste a la Junta de Remisos realizada por el Distrito Militar No. 19 en el mes de mayo de 2014 se le indicó que ya no ostentaba dicha condición; mas al efectuar el Tribunal la consulta pertinente en la página web de la Jefatura de Reclutamiento del Ejército Nacional pudo constatar que su situación militar continúa siendo la de “Concentración – Remiso”, significando lo anterior que hasta la fecha no se ha efectuado la aclaración correspondiente en el sistema, lo cual podría acarrearle consecuencias adversas para la continuidad del proceso para la definición de su situación militar. No sobra puntualizar que esta circunstancia fáctica se encuentra amparada por la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que la autoridad accionada guardó silencio respecto de los hechos expuestos por el actor en su petición de amparo constitucional desdeñando así la posibilidad de refutar los mismos.

En este orden de ideas, la Sala concederá la salvaguarda incoada por el actor, y en consecuencia ordenará al COMANDANTE DE LA TERCERA ZONA DE RECLUTAMIENTO DEL EJÉRCITO NACIONAL DE CALI que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que del presente fallo se le haga proceda a actualizar la información correspondiente al señor MIGUEL ANGEL BETANCOURT DUQUE que reposa en la base de datos de Reclutamiento y Control del Ejército Nacional de conformidad con lo decidido en la Junta de Remisos celebrada en el mes de mayo de 2014 en el Distrito Militar No. 19 de Buga, donde según lo informado por el actor se modificó su condición de “Remiso”. Por su parte, el COMANDANTE del mencionado Distrito Militar procederá -dentro del mismo término- a la continuación del proceso de definición de la situación militar del accionante, esto es, elaborar la liquidación de la cuota de compensación militar que debe cancelar el accionante, debiendo a su vez, proseguir sin dilaciones con las demás fases pertinentes.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1172) del 4 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso administrativo.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – El juez debe contar, al acoger una excepción, con el suficiente respaldo probatorio.

Tutela de segunda instancia (2014-1112) del 5 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO - La regla de no escuchar al demandado mientras no consigne los cánones adeudados debe ser desatendida cuando existe duda sobre la existencia o la naturaleza del contrato.

Tutela de segunda instancia (2014-1084) del 5 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - El descuento de salario durante los días no laborados exige comprobar que el trabajador no prestó sus servicios de manera efectiva.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1174) del 5 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - La dilación injustificada en la definición de la situación militar vulnera dicha garantía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 216; Ley 48 de 1993, artículos 14, 43, 44 y 46.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-722 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, según líneas atrás quedó expresado, el ciudadano YHONATAN ESTIWAR PALACIOS CABRERA ha acudido a la acción de tutela denunciando que la entidad accionada hasta la fecha no ha definido su situación militar a pesar de haber iniciado el trámite de rigor desde el año 2012.

Según el recuento fáctico efectuado por aquel se tiene que éste (i) inició desde el año 2012 las gestiones pertinentes para la definición de su situación militar ante el Distrito Militar No. 19 de Buga, sin obtener resultado positivo; (ii) en el mes febrero del año en curso solicitó al Distrito Militar No. 19 dar curso a su trámite siendo citado para ello en marzo de 2014, cita a la que acudió allegando todo su historial clínico y realizándosele los exámenes de incorporación correspondientes; (iii) ante la falta de definición decidió remitir otro derecho de petición, pero esta vez con copia a la Personería Municipal de Buga, enterándose así que había sido calificado como remiso por una presunta inasistencia a concentración e incorporación el 12 de junio de 2014, hecho del que aduce solo haber tenido conocimiento en virtud a la respuesta que el Comandante del Distrito Militar No. 19 le brindó a la Personería Municipal. Seguidamente fue requerido para acudir al Distrito Militar a fin de ser evaluada su condición de remiso, cita que cumplió y en la cual fue exigida la práctica de nuevos exámenes médicos de ingreso; sin embargo, los mismos no se han realizado pues en las múltiples oportunidades que se ha presentado, pues no ha logrado siquiera que se le atienda y tampoco que se le brinde una información adecuada; (iv) el accionante fue citado para incorporación el día 11 de diciembre de 2014, fecha en la cual será resuelta su situación militar previo estudio de sus condiciones médicas.

El anterior panorama dibuja un marco de vulneración al derecho fundamental al debido proceso del accionante YHONATAN ESTIWAR PALACIOS CABRERA, pues de manera injustificada ha sido sometido a una inaceptable dilación en la definición de su situación militar, haciéndolo comparecer en diferentes ocasiones y trasegando en un mar de excusas por parte de la autoridad militar accionada sin brindarle una solución concreta y eficiente para su situación, colocándolo de paso en imposibilidad para que pueda demostrar en el momento en que sea requerido (v.gr. para acceder a un empleo) que ya fue definida su

situación militar, pues se itera, su trámite se encuentra a medias, toda cuenta que la autoridad no ha llevado a cabo la valoración correspondiente a su situación física y síquica de conformidad con la historia clínica que en distintas oportunidades el accionante le ha allegado a la autoridad militar.

En este orden de ideas, la Sala concederá la salvaguarda incoada por el actor y en consecuencia ordenará al COMANDANTE DEL DISTRITO MILITAR No. 19 DE BUGA que al momento de presentarse ante esa autoridad el señor YHONATAN ESTIWAR PALACIOS CABRERA para la definición de su situación militar, sin dilación alguna disponga la realización de los exámenes de aptitud sicofísica al accionante a efectos de determinar si resulta APTO o NO APTO para la prestación del servicio militar, exámenes que en todo caso deberán tener en cuenta los conceptos y conclusiones médicas que obren en la historia clínica del accionante y que deberá ser presentada por éste a esa autoridad militar. Efectuado lo anterior, y en el evento de resultar el actor NO APTO para la prestación del servicio, deberá proseguirse con las demás fases a que haya lugar, todo ello sin superar el término máximo de treinta (30) días.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1185) del 10 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

EDAD DE RETIRO FORZOSO EN EL MAGISTERIO – El docente no puede ser desvinculado cuando esté próximo a pensionarse.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2277 de 1979, artículo 31.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-563 de 1997 y T-294 de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Delanteramente debe memorarse que conforme lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 *“por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”*, el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso, condición esta que precisamente constituye una de las causales legales para el retiro del servicio de empleados públicos contenida en el literal g) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 [*“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*], aplicable al personal docente acorde con lo previsto en el numeral 2° de la misma norma.

Acerca de esta causal la Corte Constitucional ha señalado que ella, *per se*, no comporta vulneración alguna a los derechos fundamentales del docente que por haber cumplido la edad de retiro forzoso resulta desvinculado del magisterio. Así, en sentencia C-563 de 1997 aquella Corporación indicó que *“...el establecimiento de una edad de retiro forzoso no vulnera, en principio, el derecho fundamental al mínimo vital de los docentes, porque esa restricción es compensada con los derechos pensionales que adquieren. Sin embargo, también se ha sostenido que cuando dicha compensación no está garantizada, el ejercicio de esa potestad debe llevarse a cabo de manera razonable, valorando*

las circunstancias especiales de cada caso, pues, de lo contrario, se podrían vulnerar los derechos fundamentales de personas de avanzada edad...”.

Estudiado detenidamente el caso de la señora MIRYAM RUIS DE BRAND se tiene que ésta nació el 12 de febrero de 1948; es decir que el 12 de febrero de 2013 alcanzó la edad de 65 años. De otro lado, para cuando se hizo efectivo el retiro forzoso -agosto de 2014- contaba con 66 años de edad, lo cual significa que la Secretaría de Educación Departamental del Valle aguardó, prudentemente, más de doce meses para proceder a materializar la desvinculación de la actora, lapso durante el cual aquella debió de manera diligente realizar las gestiones correspondientes a fin de obtener el reconocimiento de la prestación social a la que hubiera lugar.

Con todo, éste Tribunal no puede pasar de largo frente al hecho (debidamente acreditado en el dossier) de que a la accionante le hace falta poco menos de tres años para completar los veinte (20) años de servicios como docente departamental que le permitirían acceder a su pensión de vejez, situación especialísima que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como digna de protección para evitar la vulneración de derechos de abolengo superior de quien se encuentre en esa condición. Veamos, en efecto, apartes pertinentes de lo expresado por esa alta corporación:

(ii) Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-294-13.htm> - fn49. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.

Es evidente: la situación de la accionante se subsume en la situación descrita en el ordinal (ii) del fallo acabado de transcribir, y por tanto, el amparo constitucional por ella incoado se abre paso, pero por las razones consignadas precedentemente.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2014-1067) del 12 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma, por las razones expuestas en la segunda instancia, la sentencia impugnada.

DESACATO – Su propósito es el cumplimiento de la orden de tutela y no la imposición de sanciones.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1113 de 2005 y T-512 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones de tutela 2012-00403-01 del 24 de octubre de 2012 y 2012-01552-00 del 31 de julio de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Holgadamente es sabido que el incidente de desacato no tiene como finalidad “sancionar por sancionar”, pues su teleología es la de procurar el cese o terminación de la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales que motivó la orden de amparo.

A la luz de las clarísimas directrices que vienen de reseñarse, aflora nítido que los juzgados accionados incurrieron en la vulneración denunciada por el señor CORREA QUICENO. El Juzgado Segundo de Familia de Cartago, primeramente, debido a que antes de decidir la consulta le fue acreditado el cumplimiento del fallo de tutela por parte del aquí accionante, y a pesar de ello decidió confirmar, en lo basilar, las sanciones impuestas por el *a-quo*.

Y el Juzgado Promiscuo Municipal de El Aguila (Valle) por cuanto mediante auto del 05-11-2014 denegó la petición de levantar las sanciones impuestas con base en consideraciones que desconocen la verdadera naturaleza del incidente de desacato, a la luz de las cuales concluyó que “...la sanción proferida dentro de un incidente de desacato que se encuentre debidamente confirmada por el superior no es modificable o pierde su fuerza vinculante por el solo hecho de que con posterioridad se dé cumplimiento al fallo de tutela que la originó, pues la sanción no puede entenderse como una simple consecuencia del incumplimiento, sino como una medida correccional que no solo busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, sino evitar que la autoridad reitere su comportamiento negligente...” (folio 77 fte.), planteamiento que, dígame claramente, le atribuye un inaceptable jaez de *vindicta* al incidente de desacato y a las sanciones con las cuales puede culminar éste.

En consecuencia, la Sala dispensará el amparo constitucional incoado, ya que, por otro lado, no cabe hablar de “*carencia actual de objeto*” en éste caso (como lo propone la jueza municipal accionada), pues en razón a la medida provisional decretada por el Tribunal en favor del aquí accionante la sanción de arresto fulminada en su contra no alcanzó a materializarse en su totalidad. Amen que la sanción de tipo patrimonial quedaría intangible en caso de acogerse la tesis propuesta.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1216) del 15 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

VÍA DE HECHO EN PROCESO DE ALIMENTOS – El juez no puede decidir recaudando pruebas de manera irregular y sin permitir que la contraparte pueda contradecirlas.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-239 de 1996, T-576 de 1993, T-442 de 1994 y T-352 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Para confirmar la sentencia opugnada es suficiente señalar que una de las más rudas afrentas al debido proceso acaece cuando el juez finca su decisión en

pruebas que han sido incorporadas al litigio con transgresión de las garantías del derecho de contradicción de las partes, y que por ende no ha debido apreciar sin antes haber regularizado su práctica o producción. Es que, en su esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

Consecuente con lo anterior, la evolución jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en punto del “DEFECTO FACTICO” apunta a que -en materia probatoria- éste presenta dos dimensiones: una negativa, que ocurre cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora arbitraria, irracional y caprichosamente. También cuando omite su valoración, o cuando sin una razón valedera, considera que no se encuentra probado el hecho que de la misma deriva clara y objetivamente; y a una dimensión positiva, que generalmente se exterioriza cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución.

Así las cosas, “...dentro de las conductas que configuran el defecto fáctico se encuentran: i) defecto fáctico por omisión: cuando el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece en el proceso, lo que se origina porque el funcionario: a) niega, ignora o no valora las pruebas solicitadas y b) tiene la facultad de decretar la prueba y no lo hace por razones injustificadas, y ii) defecto fáctico por acción: se da cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso, hay: a) una errónea interpretación de ellas, bien sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se estudia de manera incompleta, o b) cuando las valoró siendo ineptas o ilegales, o c) fueron indebidamente practicadas o recaudadas, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte...” (sentencia T-352 de 2012).

Como bien lo anotó el juez constitucional *a-quo*, las certificaciones bancarias (entre otras) que el juzgado accionado incorporó al proceso de regulación de cuota alimentaria con posterioridad a la fase de alegaciones finales fueron determinantes en la decisión que el juzgado accionado tomó referentemente al incremento de la cuota alimentaria a cargo del demandante, y respecto de tales documentos el derecho de contradicción del actor fue soslayado. En ese contexto, entonces, la sentencia impugnada reclama confirmación por parte del tribunal.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2014-1204) del 20 de enero de 2015, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

VÍA DE HECHO EN PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO – El juez no puede exigirle al demandado que pruebe el pago por consignación en una forma no establecida en la ley.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 820 de 2003, artículo 10; Código de Procedimiento Civil, artículo 249.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1103 de 2004 y T-266 de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala dispensará el amparo constitucional implorado, pues es clamorosa la vulneración al debido proceso en que ha incurrido el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE TULUA en la sentencia de segunda instancia de fecha 31-10-2014 que profirió en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado promovido por el señor VICTOR MANUEL IBARGUEN RIASCOS contra los aquí accionantes.

Razones al canto:

Cual lo reconoció el propio operador judicial accionado en la sentencia de segundo grado aquí cuestionada, no hay duda que la totalidad de las consignaciones de los meses cuya falta de pago fundó la causal de “*mora*” invocada en la demanda de lanzamiento fueron efectuadas por los arrendatarios (aquí accionantes) “...*ante una entidad bancaria autorizada por el gobierno nacional y dentro del término previsto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 820 de 2003...*”, esto es, “...conforme a lo establecido en el numeral 7 del artículo 10 de la ley 820 de 2003...” (folio 178 fte. cdo. ppal.).

Es cierto -como igualmente se expresa en el aludido fallo- que cada uno de los avisos de dichas consignaciones fueron enviados por los arrendatarios a su arrendador (i) a “...*la Calle 1 No. 5-96 de Buenaventura centro de ésta ciudad, dirección ésta que coincide con la pactada en el contrato para el pago de los cánones de arrendamiento...*” (folio 179 fte. cdo. ib.); y (ii) “...*el mismo día en que se realizó cada consignación, por lo que no se evidencia extemporaneidad en la remisión de los envíos...*” (folio ib.).

No es verdad, en cambio, que para poder tener por probado el pago por consignación de los multicitados cánones, los arrendatarios debieron presentar “...al proceso copia simple de la comunicación y del duplicado del título que fueron enviados en cada correo, debidamente cotejadas y selladas por la empresa de correo postal...”, pues el hecho de que el inciso 2o numeral 4 del artículo 10 de la Ley 820 de 2003 prescriba que “...*U[na copia de la comunicación y del duplicado del título deberá ser cotejada y sellada por la empresa de servicio postal...*” no significa que, esa copia y ese duplicado NECESARIAMENTE DEBAN ser presentados al juez que conoce del proceso de lanzamiento, y mucho menos que en ausencia de tales copias el juez pueda renunciar a la verdad objetiva que dimana de las copias de las consignaciones y de los avisos que le ha presentado el arrendatario demandado, a pesar que de ellas fluya nítido -cual ocurrió en el caso que se examina- que todas esas consignaciones fueron efectuadas “...conforme a lo establecido en el numeral 7 del artículo 10 de la ley 820 de 2003...”, y que cada uno de los avisos de dichas consignaciones fueron no solo enviados por los arrendatarios a la dirección correcta, esto es, a “...*la pactada en el contrato para el pago de los cánones de arrendamiento...*”, sino “...*el mismo día en que se realizó cada consignación ...*” (folio ib.).

Es que, para decirlo en breve, ni el inciso 2o numeral 4 del artículo 10 de la Ley 820 de 2003, ni alguna otra disposición legal, consagran que para probar el pago por consignación de los cánones de arrendamiento, el arrendatario deba necesariamente allegar al proceso de lanzamiento -so pena de que se tengan por no probadas tales consignaciones- no solo las copias de éstas, efectuadas legalmente, y de los avisos regularmente enviados al arrendador, sino también la copia de la comunicación y el duplicado del título “cotejadas y selladas por la empresa de servicio postal”. Tanto menos si, como ocurrió en el proceso de lanzamiento involucrado en la acción constitucional *subexámine*, frente a la

excepción de mérito [“...*inexistencia de la causal de mora...*”] propuesta por los arrendatarios demandados con fundamento en los pagos por consignación de los que se viene hablando, la parte demandante ninguna manifestación hizo durante el traslado que de ella se le hizo (folio 99 a 104 cdo. ib.), esto es, ni siquiera controvertió o cuestionó los pagos por consignación que le enrostraron los arrendatarios demandados, postura procesal del arrendador de la cual ciertamente emerge un indicio en su contra.

A la vez, incurrió en defecto fáctico, toda vez que a consecuencia de su desvarío privó de poder suasorio a unos documentos (copias de consignaciones y avisos) que objetivamente acreditaban los pagos por consignación tantas veces mencionados.

En lo que respecta a la restante causal de lanzamiento [“...*destinación diferente al inmueble arrendado...*”] es igualmente refulgente el defecto factico en que incurrió dicho funcionario al declararla probada, pues una lectura detenida a la cláusula sexta del contrato de arrendamiento que las partes celebraron con fecha de inicio 01-01-2011 (y fecha de terminación 31-12-2020) revela que el arrendador facultó expresamente a los arrendatarios para “...subarrendar en todo o parte del inmueble objeto de este contrato, debiendo responder, en todo caso, por el uso y goce del inmueble conforme a las normas legales vigentes, las buenas costumbres y preservar el orden público, así como abstenerse de introducir o almacenar en él objetos que entrañen peligro o riesgo alguno, o sean de uso o procedencia ilegal, o que afecte la salubridad o seguridad en el mismo, o ejecutar hechos que perjudiquen el crédito del inmueble o perturben la tranquilidad del sector, o de los moradores del entorno, obligándose a cumplir con las obligaciones que le imponen el artículo 1996 y siguientes del código civil y demás normas concordantes y pertinentes...” (folio 23 fte. cdo. ppal.), clarísima autorización contractual bajo la cual resulta imposible concluir, como lo hizo el juez accionado, que “...dicho subarriendo solo podía destinarse a actividades llevadas a cabo con la explotación y comercialización de la industria de maderas y sus derivados de la industria pesquera...”, pues semejante condicionamiento o restricción jamás fue pactada por las partes; ni en la cláusula arriba transcrita, ni en parte alguno del tantas veces citado contrato.

Así que, se itera, el amparo constitucional impetrado se abre paso.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-1288) del 20 de enero de 2015, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

PROCESOS DE PERTENENCIA – Su competencia en el Distrito Judicial de Buga, por la implementación del Código General del Proceso, corresponde a los jueces civiles del circuito.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código General del Proceso, artículo 16; Código General del Proceso, artículos 26, 626 y 627; Acuerdos 10071 y 10073 de 2013, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Examinado el caso a estudio, se tiene que se trata de un proceso de pertenencia (prescripción extraordinaria de dominio de predio rural), instaurado por la señora AMPARO DE JESÚS DIAZ FERNANDEZ contra FERNANDO MAYA RUIZ y demás personas indeterminadas, con el fin de lograr que *“se declare por vía de prescripción extraordinaria que la señora AMPARO DE JESÚS DIAZ DE FERNÁNDEZ, es propietaria del bien inmueble ubicado en el corregimiento La Guayacana, Jurisdicción del Municipio del Águila (Valle), denominado el “CALICHAL” (...). Como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación del registro de propiedad del señor LUIS FERNANDO MAYA RUIZ, anterior propietario del bien inmueble objeto de litigio (...).”*

El Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), rechaza la demanda por falta de competencia, ordenando remitir el expediente al Juez Promiscuo Municipal de El Águila (V), basándose en que la competencia de dichos procesos se establece de acuerdo con la cuantía del predio pretendido en pertenencia, según lo indicado en el Código General del Proceso.

El artículo 26 de la Ley 1564 de 2012 no es de aquellos que son señalados expresamente en los primeros cinco numerales del artículo 627 de dicha ley, por lo que su entrada en vigencia se da en los términos previstos en el numeral 6 de dicha norma (627), o sea a partir del 01 de enero de 2014, en forma gradual, según lo determinado por el Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a implementación del proceso oral.

Según los Acuerdos PSAA131071 y PSAA1310073 de diciembre 27 de 2013 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, el Código General del Proceso, en lo tocante a los artículos a que hace referencia el numeral 6 del artículo 627 ibídem, entrarán en vigencia para este Distrito Judicial el 01 de diciembre de 2015.

De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 627 del Código General del Proceso, el artículo 26 de dicho código no estaba rigiendo al momento de promoverse la acción, es más, ni siquiera ahora está en aplicación ya que, debido a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, en el Acuerdo PSAA-13-10073 del 27 de diciembre de 2013, la normas a que hace alusión el numeral 6 del artículo 627 de la Ley 1564 de 2012 sólo entran a regir en el Distrito Judicial de Guadalajara de Buga a partir del 1 de diciembre de 2015.

Por lo tanto, la norma aplicable al presente caso es el numeral cuarto del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, que establece que es del conocimiento de los Jueces Civiles del Circuito de “Los (procesos) de expropiación, salvo los que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de pertenencia que no correspondan a la jurisdicción agraria, estos últimos cualquiera que sea su cuantía”.

En este orden de ideas, entratándose de una demanda de pertenencia de carácter agrario de un bien inmueble rural, sin importar su cuantía, le corresponde conocer de ella al Juzgado Civil del Circuito, que para este caso es el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), a quien le correspondió por reparto.

Auto de segunda instancia (2014-00096-01) del 20 de enero de 2015, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: revoca el auto apelado.

SALA LABORAL:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO – No procede en los casos de contrato de trabajo por duración de la obra contratada.

Sentencia 047 del 17 de octubre de 2014, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

TRABAJADOR DISCAPACITADO – Su protección y estabilidad dependen de la demostración de tal circunstancia.

Sentencia 051 del 31 de octubre de 2014, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONTRATO DE TRABAJO – Es preciso demostrar la existencia de sus elementos/TRABAJADORES OFICIALES –Sus funciones deben estar relacionadas con la construcción y el sostenimiento de obras públicas.

Sentencia 059 del 1 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: revoca la sentencia apelada.

SALA PENAL:

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS – La falta de una de las carpetas impide que el juez decida sobre su procedencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 470.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala determinar si la falta de una de las carpetas, impedía que el juez decidiera si sobre la procedencia la acumulación jurídica de las penas que pesa sobre el sentenciado.

Conforme lo establece el artículo 470 de la ley 600 de 2000 *“las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado en forma independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer. No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”.*

En el caso *sub lite* no admite discusión que para efecto de establecer la procedencia o no de la acumulación jurídica de las penas el señor Juez debía contar con las herramientas suficientes a efecto concretar: (i) la ocurrencia de los hechos; (ii) la ejecutoria de la sentencia emitida, y (iii) la verificación de la concesión de alguno de los subrogados, pues de existir y en el caso hipotético de aceptarse sería más gravosa para el sentenciado.

En ese sentido, le asistió razón al funcionario judicial en abstenerse de resolverla pues como se itera requiere de los suficientes elementos de juicio que le permitan analizar la viabilidad de la procedencia o no de la figura de la acumulación jurídica.

Ahora bien en lo que respecta a que el funcionario no debía pronunciarse frente a la concesión de la libertad condicional, previo a resolver lo referente a la acumulación de las penas, la Sala encuentra que la decisión del Aquo fue acertada, pues aquel está en la obligación de resolver cada una de las peticiones que le eleven, máxime cuando se invoca la Libertad, y no supeditar la resolución de la concesión del beneficio liberativo hasta el momento en que arribara la carpeta de la ciudad de Medellín para definirla, por el contrario con su decisión garantizó el respeto por el Debido proceso que le asiste al sentenciado.

Pero finalmente el proveído por medio del cual el funcionario judicial se abstuvo de resolver la acumulación de penas, le fue favorable a su solicitud principal, cuál era el de obtener su libertad, ya que teniendo en cuenta el posterior pronunciamiento, la acumulación deprecada por el togado, no procedía ante el incumplimiento de los requisitos legales para su otorgamiento.

En conclusión, la Sala confirmará la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

Auto de segunda instancia (AC-188-14) del 4 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

TRÁFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS - No se demostró, más allá de toda duda, que el procesado conocía la clase de sustancia que transportaba.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 7 y 381; Código Penal, artículos 32 y 82; Resolución 009 del 24 de junio de 2009 del Consejo Nacional de Estupefacientes.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]Establece el artículo 32 No. 10 como causal de ausencia de responsabilidad lo siguiente:

“Art.32.- No habrá lugar a responsabilidad penal, cuando:

(...)

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

(...)”

Se trata entonces de una causal que excluye el tipo subjetivo por cuanto la única modalidad de la conducta prevista para este delito es el dolo. Significa que el sujeto activo “conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización” y el error elimina el primer aspecto cognoscitivo de los elementos

de factum que se encuadran en la infracción penal. Para el caso, sería por parte de CHRISTIAN LIBARDO RUIZ RIOS, el conocimiento acerca de llevar 9.6 litros de ácido sulfúrico en la bodega del rodante, pues estaba convencido que transportaba pintura. Fue esa la teoría del caso desarrollada por la defensa, la cual intentó demostrar a través de las declaraciones de los señores ALVARO ANTONIO DOMINGUEZ RODRIGUEZ y FRANCIER MAURICIO MARTINEZ BELTRAN, de las cuales resultan demostradas las siguientes circunstancias:

- a) Existe en el municipio de El Cerrito, la fábrica de Curtiembres Ríos, en trámite de sucesión por los ascendientes de CHRISTIAN LIBARDO RUIZ RIOS.
- b) En dicha fábrica, si en la actualidad no se hace, si se usó el ácido sulfúrico dentro del proceso de curtir el cuero.
- c) Tal actividad también la ejercía CHRISTIAN LIBARDO RUIZ RIOS.

Igualmente, no existe controversia respecto de:

- d) La residencia de CHRISTIAN LIBARDO RUIZ RIOS está ubicada en la ciudad de Buga, donde ha permanecido en detención domiciliaria con permiso de estudio.
- e) La captura se realizó en la vía que conduce de El Cerrito al municipio de Buga, concretamente a la altura del corregimiento de Guabas, adscrito al municipio de Guacarí.

El punto neurálgico está en la certeza de que efectivamente ese ácido sulfúrico que salió de esa fábrica, era transportado con total desconocimiento por parte del conductor del carro, quien sufrió un error sobre el contenido de dichos recipientes, pues consideraba que habían sido pinturas, las guardadas en esa bodega por un tercero, ante la orden que le diera el señor FRANCIER MAURICIO MARTINEZ BELTRAN.

Tal contundencia, no emana de la versión del deponente antes citado por cuanto:

- a) No observó, el contenido de los recipientes que su ayudante dejara en la bodega del vehículo del procesado, por tanto no puede dar fe de manera directa de que ciertamente los allí dejados por su ayudante, fueran los mismos incautados por la policía.
- b) Adujo que desconocía la existencia de ácido sulfúrico en la empresa. Esto, por cuanto hacía más o menos dos años que no se usaba en el curtido del cuero.
- c) Afirmó que dio la orden de que le llevaran hasta el carro 6 u 8 “cocos” pero el agente de la policía EDWARD ADRIAN ZAMORA, declaró que encontró 3 recipientes, uno de ellos vacío y dos contentivos de la sustancia controlada. Así, se verifica mediante el álbum fotográfico incorporado por la Fiscalía.
- d) Los recipientes de pinturas son diferentes a los “timbos” donde se guardan químicos. Así se establece de la misma inspección aportada por el perito de la defensa cuando consigna en la fotografía de uno de ellos, similar a los incautados, lo siguiente: “En esos timbos se conduce la cantidad que será utilizada en los Bombos de lavado, en los cuales se utilizan aparte del ácido sulfúrico, agua, cromo, sal, formiato, bicarbonato de soda, etc.

Para la verificación de la hipótesis de la defensa, permanece:

- e) El testigo afirma que si se usó el ácido sulfúrico y posiblemente se trataba de “cunchos” que habían quedado de este químico ya reemplazado por otro para curtir el cuero.
- f) Se estaban robando elementos de la empresa y el procesado ese día estaba muy enojado pues se le habían perdido dos paquetes de cuero; por tanto advirtió que se llevaría las pinturas.
- g) El testigo manifiesta que le dio la orden a Alexander su ayudante de que le cargara varios “cocos” en la bodega del vehículo del procesado, quien se los iba a llevar para su casa y los transportaría cuando regresara a trabajar el cuero.
- h) Fue capturado entre la fábrica y el lugar de su residencia, ubicado en este municipio, tal como ya se dijo.
- i) El agente de la policía EDWARD ADRIAN ZAMORA BETANCOURTH en su declaración del 13 de diciembre de 2010 ante el contrainterrogatorio de la Defensa, señaló que si bien él les explicó que esa sustancia se usaba en el curtido del cuero y la empresa de propiedad familiar, cuando consintió el registro y encontraron dicha sustancia (audio: 32:38) *“mostró asombro como si no supiera que los llevaba ahí”*.
- j) No se determinó por la Fiscalía ni por la Defensa el tipo de recipiente utilizado para las pinturas. El término “etc” usado en la descripción del uso de los “timbos” que corresponden al tipo de los incautados, puede abarcar la conservación de las mismas, máxime si son los que aparecen en la fotografía No. 25, aportada por el perito de la defensa, de las mismas características de los incautados y dijo que era el lugar donde se almacenaban además de disolventes, las pinturas.

En tales condiciones, el juicio probatorio no alcanza a superar con certeza ni la afirmación del error ni su negación. Aunque muchas dudas se registran en el campo de la apariencia y pueden superarse a través de la racionalidad, en este asunto bajo los antecedentes probados queda la posibilidad de que ciertamente entre el desorden propio de la transición de sus dueños, los apoderamientos de varios elementos, esto haya ocurrido, sin que el procesado verificara los recipientes que le fueran guardados en la bodega. Tampoco poseemos elementos de juicio para restarle credibilidad al trabajador en la circunstancia total que afianza el error, cuando hay expresiones como la del testigo de cargo que llevó a cabo la incautación, que avalan dicha hipótesis. Tal incertidumbre, tampoco sucumbe por regla de la experiencia, pues lo relatado acerca de su enojo por la pérdida de unos cueros y su afán de proteger otros elementos a través de órdenes que se van en cadena, hacen parte de la cotidianidad de una empresa y desde su evaluación ex ante, no son inverosímiles.

El error alegado por la Defensa, no es respecto a la necesidad de un permiso para ejecutar el transporte de dicha sustancia en cantidad superior a cinco litros como pareció entenderlo la primera instancia al desdeñar la argumentación de esta Parte. A tal punto, que fue incluso la Defensa como ya se destacó quien aportó la prueba de ese ingrediente normativo exigido por la tipicidad objetiva, pues la Fiscalía omitió su demostración.

Ahora bien, la respuesta otorgada por la funcionaria judicial del primer nivel atinente al error del acusado sobre la existencia de esa sustancia controlada en la bodega del automóvil que conducía, tiene tres premisas que no conducen a la

conclusión denotada acerca de su pleno conocimiento de transportar ácido sulfúrico. Estas son: (i) que primero se anunció por parte de un trabajador de la empresa de curtiembres FRANCIER MAURICIO MARTINEZ que esos tarros o recipientes fueron colocados en la bodega por otra persona y se ignoraba que había en ellos; (ii) que como se estaban perdiendo los insumos decidieron transportarlos a la casa del acusado para llevarlos poco a poco a la factoría; (iii) que Christian iba por unas pinturas y por último la defensa quiso hacer creer que se trataba de unos residuos, cuando en verdad eran 29.6 litros de ácido sulfúrico.

Ninguna de las tres se excluyen entre sí, ni persuaden sobre la plena confiabilidad de la atestación del testigo de la defensa FRANCIER MAURICIO MARTINEZ. Por el contrario, se complementan, son estadios de la misma narración que no se oponen o se contradicen. Tenemos que tal como lo dijo: (i) el procesado estaba enojado por la pérdida de 2 paquetes de cuero; se estaban perdiendo insumos de la empresa (ii) decidió llevarse las pinturas para su casa en Buga, trayecto en el que fue capturado; (iii) creyendo que eran pinturas, un ayudante del testigo cumplió su orden de guardar los recipientes en la bodega del rodante; (iv) colaboró en el error que estuvieran en esos “timbos” porque usualmente se almacenaba el ácido sulfúrico en tanques; (v) que no sabe por qué estaba ahí esa sustancia, cuando hacía un tiempo que no se usaba en la curtiembre, probablemente fueron “residuos” que ahí se guardaron. Por más que se trataba de 29.6 litros, los mismos cabían en los recipientes que obran en las fotografías, a los cuales se refirió el agente del orden como “dos galones”, ambos de tamaño mediano.

Lo anterior, fue lo alegado por la Defensa con fundamento en la prueba presentada, de ahí que las preguntas que el despacho se hizo, parten del conocimiento de que transportaba ácido sulfúrico, de negarle el error alegado con fundamento en una argumentación sofisticada porque tal como quedó establecido, ninguna de ellas desvirtúa per se, la teoría del caso a favor del acusado.

En consecuencia, la sentencia condenatoria será revocada en protección de la presunción de inocencia del procesado, al no hallar en el recaudo probatorio el requisito exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, como es la certeza de su responsabilidad penal. Por consiguiente, se le otorgará la libertad inmediata, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

Sentencia de segunda instancia (AC-493-13) del 2 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

CADENA DE CUSTODIA – La inobservancia de sus protocolos incide en la aptitud probatoria del elemento material, pero no supone su inadmisión o su exclusión.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 45092 del 19 de febrero de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la controversia trabada por el recurrente con la providencia del primer nivel, le corresponde a la colegiatura discernir acerca de la certeza de la responsabilidad penal de JOHNATAN ARBOLEDA GOMEZ en punto de la autenticación de la evidencia, consistente en el arma de fuego, objeto material del ilícito contra la seguridad pública y la credibilidad del único testigo de cargo.

Precisado entonces que la cadena de custodia incide sobre la aptitud probatoria del elemento material, veamos en este asunto si así sucedió con el arma de fuego cuyo porte se le atribuye al acusado JOHNATAN ARBOLEDA GOMEZ.

En primer lugar tenemos que al juicio oral:

-No se llevó el arma de fuego, por cuanto el señor fiscal a través del interrogatorio, la calificó de ser un macro elemento. Tampoco el protocolo pertinente a la cadena de custodia para que sus firmas fueran reconocidas por los distintos deponentes, a fin de certificar la misma, por cuanto se dejó con el arma, en el almacén de evidencias.

- Quien recolectó el arma de fuego fue el agente de la policía JAIRO GAITAN LOZANO en el patio donde dijo el agente ARGEMIRO DAVILA CUARTAS, quedó después de que el acusado la arrojara. Afirmó el primer declarante que no la “fijó” fotográficamente, la llevó a la estación de policía y ahí realizó el rótulo respectivo; también que la trasladó hasta el perito en balística. De sus características dijo ser un arma niquelada y tener un entronque adicional para un silenciador.

- El perito en balística, ALEXANDER TUNJO CUERO, no pudo dar fe de quien entregó el arma de fuego, adujo que tal dato debía estar en la “solicitud de análisis” la cual debió introducir la Fiscalía pero no lo hizo. Por lo tanto, únicamente puede asegurar que el informe técnico presentado corresponde al arma de fuego que revisó.

- Por la misma declaración del perito, se introdujo el informe base de la opinión pericial con el respectivo álbum fotográfico del arma del fuego, se lee en el rótulo, que se trata de “veinticinco (25) cartuchos para pistola, calibre 9 mm, marca indumil” hallados por el agente NESTOR HERRERA LOAIZA “encima de un colchón de rayas azules y blancas.”

- Por el testimonio de este experto y de la ilustración gráfica del arma que llegara en una caja, junto con su proveedor con 15 cartuchos y otros 25 más según lo dijo, de forma que hizo dos informes, se establece que el instrumento bélico es “semipavonado” es decir negra con la parte inferior niquelada o plateada y tiene el aditamento, descrito por el agente JAIRO GAITAN LOZANO, al final del cañón, a manera de “una rosca que sirve para montar un silenciador”.

-El agente, NESTOR HERRERA LOAIZA señaló que después del operativo que terminó con la captura del procesado y de otra persona, regresó a la residencia de donde partieron dichos jóvenes en huida, después de que ellos tocaran a la puerta y voluntariamente quien quedó allí permitió su registro, fue entonces cuando halló veinticinco cartuchos que correspondía al calibre del arma recolectada por su otro compañero y una marihuana.

De todo lo anterior, se colige que ciertamente la Fiscalía dentro de la teoría del caso que desarrolló en el juicio oral fue negligente en la certificación de la cadena de custodia, que tal como lo señala el artículo 265 de la Ley 906 de 2004

demanda a través de las respuestas de sus distintos testigos que se establezca como el “...elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la policía judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado”. El delegado del ente acusador ni siquiera intentó que los deponentes involucrados en dicha cadena de custodia, explicaran lo referente a la desaparición del rótulo que según el agente JAIRO GAITAN realizó cuando recolectó el arma de fuego y como fue a terminar en la misma caja junto con los 25 cartuchos que en una oportunidad posterior incautó en otro lugar, el agente NESTOR HERRERA LOAIZA.

Pero tal como lo adveró la honorable Corte Suprema de Justicia, la autenticación del elemento material probatorio, goza de libertad en la selección de medios de conocimiento para su acreditación. En este asunto, bajo un análisis sistemático de la prueba recaudada se llega a la certeza de que el arma revisada por el señor perito en balística es la misma que recogiera de un patio el agente GAITAN LOZANO. Veamos:

El procesado JOHNNATAN ARBOLEDA GOMEZ aceptó haber salido en huida de los agentes de la policía, de un inmueble ubicado en el municipio de Versalles, estadio por el cual estos mismos uniformados que declararon en el juicio oral, justificaron su persecución hasta conseguir su captura.

Dicha circunstancia avalada por el acusado le da confiabilidad al dicho de los gendarmes de la actividad realizada dentro de la persecución como fuera el ingreso a varias casas vecinas en procura de ubicarlos y aprehenderlos.

El agente GAITAN LOZANO como NESTOR HERRERA LOAIZA quien observó a los sujetos en actitud de fuga y posteriormente los aprehendió, son objetivos e imparciales, pues afirman no haber percibido a ARBOLEDA GOMEZ con un arma de fuego en una de sus manos. No obstante, corroboran la versión del agente de cargo, ARGEMIRO DAVILA CUARTAS, en cuanto este participó en el operativo, estuvo presente e hizo parte de esa persecución y fue quien alertó a su compañero GAITAN LOZANO desde una terraza de un inmueble para que recolectara el arma de fuego que uno de los sujetos había arrojado al patio del mismo, señalando como autor al aquí acusado.

Dicha arma de fuego, llamó la atención pues no es frecuente ese tipo de aditamentos que les permite colocarles un “silenciador”, fue observado por ellos y el mismo corresponde a la característica que se observa en la fotografía del arma revisada por el perito en balística.

No es cierto lo asegurado por el Censor de haberse registrado en el rótulo que el arma de fuego fue hallada en un colchón de rayas azules y blancas; el mismo corresponde únicamente a los 25 cartuchos para pistola calibre 9 milímetros, los cuales fueron incautados en la misma residencia de donde partió en huida JOHNNATAN ARBOLEDA GOMEZ, evento respecto del cual no hubo controversia alguna. Por lo tanto, el hecho de que aparezca la pistola 9 mm embalada en la misma caja con los 25 cartuchos, recibida por el perito, da lugar a inferir que en efecto se incautaron en el mismo procedimiento distinguido con ese número de radicación -00370-01- no obstante, una vez los juntaron en un mismo recipiente, al mismo se le puso únicamente el segundo rótulo.

Lo anterior, unido a la característica distintiva de esta arma con cualquiera otra de condiciones normales, como es el elemento para atornillar un silenciador,

que no es común en las que se incautan, de tal manera que llamó la atención no sólo de los agentes de la policía sino también del perito, hacen despejar la duda a través de la racionalidad, para discernir que se trata de la misma, la que fuera incautada, y la revisada por el experto en balística.

Téngase en cuenta que la existencia del arma como tal, tampoco se ha negado por la defensa, pues a través del padre del acusado, igualmente se establece que durante la actividad de la captura de los dos sujetos, entre ellos el acusado se incautó un arma de fuego, pero su porte conforme a la tesis defensiva, se le quiere atribuir al otro aprehendido JOSE OMAR GIRALDO RESTREPO por el hecho de existir contra éste una orden de captura por varios delitos, vigente para esa fecha.

Dicha hipótesis que se quiso demostrar a través de la declaración del señor HERNAN ARBOLEDA GALEANO padre del acusado, cuando dijo haber escuchado a los gendarmes decir “*uno tiene orden de captura*”, refiriéndose a las personas aprehendidas, entre las cuales estaba su hijo y posteriormente a otro que propuso: “*pues pongamole (sic) el arma al otro*”, confirma de alguna manera que ciertamente se incautó un arma en dicho procedimiento. Por lo tanto al ser contrastado con la declaración del agente ARGEMIRO DAVILA CUARTAS, de sus compañeros y del perito, se puede confluir que se trató de la misma, objeto del peritazgo, a través del cual se comprueba la existencia del objeto material del ilícito contra la seguridad pública.

De la misma forma, es cierto que el agente ARGEMIRO DAVILA CUARTAS no pudo ofrecer detalles sobre la altura de la tapia o del muro por el cual ingresó a la terraza, las características del patio fuera de hallarse en obra negra, y aunque dijo que los perseguidos continuaron hacia el otro patio, tampoco pudo recordar si lo hicieron por un muro de ladrillo, de cemento, o construido en guaduas como se le precisó. Empero, debe tenerse en cuenta que se le escuchó en el juicio oral un año después del acontecimiento y siendo un agente de la policía nacional son numerosos los casos que afrontan en ese período para exigirle tales detalles. Si nos representamos una persecución donde los agentes del orden por mero instinto tratan de preservar su integridad personal y/o su vida, difícilmente después de varios meses e incluso con poco tiempo transcurrido podrán evocar tales detalles exigidos por el censor como: quien de los dos capturados iba adelante; si se subió por el mero impulso a la terraza o se apoyó en algo; la hora exacta del día en que se adelantó el operativo; la distancia desde la entrada de la casa a la terraza, la construcción de los cercos de los otros patios, entre otros.

Igual sucede con el arma de fuego, que tiene una parte niquelada, es prácticamente imposible que durante el período de un (1) año sea la última pistola que hubiera observado, para evocar con total fidelidad su color. Si estuviera mintiendo dicho deponente sobre la existencia de esa pistola, en ese sitio, difícilmente habría evocado una característica cierta e importante que la distingue de muchas otras como es el ya varias veces citado, ubicado en la punta del cañón y habría a su vez errado en el color exacto de la misma, correspondiente a una semipavonada.

El álbum fotográfico aportado por el investigador de la defensa, no aporta la evidencia cuyo reconocimiento reclama el disidente como que el patio es lleno de maleza y arborizado, simplemente porque el señor ARNULFO CANDELA MONSALVE no pudo inspeccionar todas las residencias y aquella donde se operó la captura, que tampoco se autenticó sea la misma de la fotografía,

corresponde al patio donde se incautó el arma, pues una vez la arrojó pasaron a otra residencia, según lo explicó el deponente DAVILA CUARTAS y lo confirmó JAIRO GAITAN LOZANO.

Le asiste una confusión al recurrente cuando critica la valoración probatoria del A-quo colocando dos percepciones en el mismo deponente de cargo; cuando se asomó por el hueco de la puerta del garaje y luego lo vio botar la pistola en uno de los patios vecinos. Debe recordar que la primera le pertenece al agente NESTOR JULIO HERRERA LOAIZA y el segundo a ARGEMIRO DAVILA CUARTAS. Es de anotar además, que pudo haber soluciones de continuidad en la fuga, o merma de su velocidad pues al pasar al primer patio tampoco tenían por qué saber que habían sido observados de la forma vista y al no sentirse seguros decidieron continuar, con espacios suficientes para ser detectados, tanto es así, que finalmente fueron capturados.

Su elucubración de haberse desprovisto del arma de fuego el acusado con mayor anterioridad y seguridad de no ser visto, tampoco puede acogerse, pues en ese caso simplemente la habría dejado en el inmueble donde se hallaba, su motivación en tal sentido, surgió al verse sorprendido por la autoridad, en el instante en que les gritó: “Alto, policía nacional” según lo dijo el agente ARGEMIRO DAVILA CUARTAS, el único que percibió dicha conducta.

Es en este momento, donde cobra importancia el análisis desde el punto de vista subjetivo del testimonio, pues así como los otros colegas de oficio de este testigo fueron unánimes en atestar que no les consta el porte de arma de fuego por ninguno de los capturados, ninguna razón tendría DAVILA CUARTAS para asegurar lo contrario en el caso de que hubiera visto al otro y no a ARBOLEDA GOMEZ arrojando el arma de fuego cuando iban en huida, pues no se conocían con anterioridad ni existía animadversión alguna que haga inferir un interés subrepticio de su parte para incriminarlo contrario a toda verdad.

Incluso, si tal como lo dice el padre del acusado, dicha incriminación fue orquestada por lo menos por dos de los agentes que participaron en la captura, habría otro interesado en asegurar y corroborar ese porte ilegal de arma de fuego como comportamiento ejecutado por JOHNATAN ARBOLEDA GOMEZ y ninguno relató más allá de conocer por la referencia de su compañero de oficio que había sido el acusado, el autor del reato.

En consecuencia, se confirmará la sentencia.

Sentencia de segunda instancia (AC-499-13) del 19 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

ACEPTACIÓN DE CARGOS – El procesado debe conocer la prohibición de retractarse.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 8, 293 y 317.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 37668 del 30 de mayo de 2012, 39025 del 15 de mayo de 2013 y 34669 del 20 de febrero de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Son dos los problemas jurídicos que se extraen de la controversia planteada: (i) si al señor ERNESTO LOAIZA RENDON se le vulneraron garantías al momento de la aceptación de los cargos en la audiencia preliminar respectiva; (ii) en subsidio, si hay lugar a rebajarle la pena impuesta en la sentencia condenatoria por ser la tasada por el Aquo, desproporcional o excesiva.

La señora Jueza Cuarta Penal Municipal con funciones de control de garantías, se esmeró en reiterarle la conducta atribuida y la razón de la calificación jurídica otorgada por la fiscalía, la cual concretó en un concurso homogéneo sucesivo compuesto por la conducta cuya percepción aseguró la denunciante y cuatro (4) más señaladas por la menor, de modo que no puede asistírle ninguna duda al abogado defensor acerca de la claridad de la imputación, si escuchó como le correspondía el registro antes de acudir a la audiencia ante el juzgado de conocimiento. Igualmente, le especificó las oportunidades que tenía en materia de procedimiento, entre un ordinario y el abreviado en caso de aceptación del cargo y de escoger este último, la prohibición legal de hacerlo merecedor de algún beneficio como también se lo había dicho en su oportunidad la señora fiscal, en el sentido de que simplemente se ahorraría un número de audiencias propias de la fase del juicio.

A través de preguntas cerradas, la Jueza A-quo constató que entendió los cargos, que su aceptación era voluntaria, no había sido presionado ni amenazado para allanarse, estaba conforme con la asesoría recibida por el defensor público, y de su manifestación sobrevinía una sentencia condenatoria, sin ningún beneficio por aceptar ser responsable de esos reatos.

Pero pese a todo lo anterior, nunca le explicó que tal acto de voluntad, era irrevocable, es decir que antes de que se dictara la respectiva sentencia condenatoria, no podía desdecirse o arrepentirse de haberla propiciado con su aceptación de los cargos comunicados por la Fiscalía; así como tampoco podría controvertir la sentencia respecto de su responsabilidad penal.

El artículo 8° de la Ley 906 de 2004 señala entre los derechos del procesado, en su literal “I”: *“Renunciar a los derechos contemplados en los literales (b) y (k) siempre y cuando se trate de una manifestación, libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.”*

Es lógico que existe un yerro en los últimos literales o por lo menos debe entenderse de que en caso de esa renuncia, el imputado debe contar con la previa asesoría de su defensor.

En ningún momento de la diligencia donde se le formuló la imputación, la Fiscalía o la Jueza de control de garantías le leyeron o le dieron a conocer al señor ERNESTO LOAIZA RENDON el contenido del artículo 293 en cuanto dispuso el legislador: *“Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes...”* o como reza en el parágrafo de la misma norma que *“La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.”*

Tal restricción al poder de retractación de una expresión que produce efectos jurídicos por parte de un ser humano, no es obvia; al punto que de ella hubo de ocuparse el legislador y ha tenido interpretaciones antagónicas por parte de la Corte Suprema de Justicia. La primera, para considerar que era posible para el acusado arrepentirse de esa decisión adoptada en las audiencias concentradas después de su captura o de su vinculación antes de que el Juez de conocimiento le impartiera su aprobación y la segunda para proteger la seriedad del mecanismo y su eficiencia, impidiendo su contricción a partir de la verificación del Juzgador ante quien manifestó el allanamiento al cargo.

Tampoco puede inferirse con la certeza necesaria en este asunto, que tal información la obtuvo del abogado defensor. En el audio que registró la diligencia, el señor abogado, luego de la formulación de la imputación por parte de la Fiscalía, le advirtió a la funcionaria judicial que no había tenido tiempo de terminar siquiera la entrevista previa con el imputado, derecho, previsto en el literal “g” del mismo artículo 8º que cita las garantías para el procesado. Ordenado el receso, la audiencia se reinicia en un período no superior a los cinco (5) minutos. En ese lapso, difícilmente, el abogado defensor tuvo tiempo para conocer con minucia, la situación del inculpado, valorar las posibilidades de defensa y conducirlo –en la mejor de las posibilidades-a que aceptara los cargos pese a no obtener rebaja de pena alguna por la prohibición legal y además relatarle la prohibición per se, de la retractación y la limitación legal a controvertir la sentencia.

Cuando el legislador demanda como derecho fundamental para la validez de la renuncia al derecho a no auto incriminarse, el de la “información” esto implica absolutamente todas las condiciones relevantes a ese acto y por tanto también lo son la imposibilidad de retractarse ante el juez de conocimiento previo a la audiencia de individualización de pena y sentencia. Si bien, ello no vicia el consentimiento si desconoce una de las garantías, pues no debe ser sorprendido frente a una de las reglas expresas del allanamiento impuesta por el legislador e interpretada así por el órgano de cierre de la justicia ordinaria.

No resulta tan sencillo, como sólo saberse responsable o inocente de la conducta atribuida por la Fiscalía, como lo señaló la juzgadora del primer nivel. La claridad debe darse tanto de los hechos como de los cargos propios de la adecuación típica pero igualmente de todas las exigencias propias de la aceptación del cargo; así como se le dijo que no tendría derecho a ningún beneficio, igualmente estaba la defensa, la fiscalía y la judicatura en la obligación de hacerle saber y de verificar que conocía la prohibición de retractarse a partir de ese momento y hasta antes de que se le dictara sentencia.

En consecuencia, la Sala decide aceptar la retractación pero atendiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia acerca de la técnica jurídica para este evento, reiterado en varios pronunciamientos, entre los últimos conocidos, el de la radicación 34.669 del 26 de febrero de 2014, se opta por la declaratoria de la nulidad de la aceptación de cargos, y de todas las diligencias que de este acto sobrevinieron ante el juzgado de conocimiento incluyendo la sentencia. Por tanto, se recompone el término para que la Fiscalía presente su escrito de acusación a partir de ese momento, de acuerdo con el Parágrafo primero del artículo 317 de la Ley 906 de 2004.

Auto de segunda instancia (AC-160-14) del 1 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la nulidad del acto de aceptación de cargos.

PREACUERDOS – Cuando no existe convenio sobre la pena a imponer, el juez debe tasarla según el sistema de cuartos.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sea lo primero señalarle al recurrente que era deber del Juez de conocimiento acudir al sistema de cuartos, en la medida que en el preacuerdo no se ocuparon Fiscalía y Defensa de pactar una pena determinada, como bien pudieron hacerlo, caso en el cual, estaría en lo cierto, relacionado con la inaplicación de tal metodología conforme a circunstancias de mayor y/o menor punibilidad.

Así lo ha señalado persistentemente la honorable Corte Suprema de Justicia. En uno de los últimos pronunciamientos sobre el tema, expresó:

“...cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como -a título ejemplificativo- la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que -cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc, sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función.”

Por consiguiente, mayores elucubraciones son inexigibles en este tema, para concluir que el A-quo obró conforme al debido proceso.

Ahora bien, respecto del quantum de la pena, entre la reclamada por la Defensa y la impuesta por el juzgador, distan 4 meses, 15 días. Dentro del margen de discrecionalidad que tiene el funcionario en el sistema de cuartos, al ubicarse en el que corresponde de acuerdo con las circunstancias de menor y/o mayor punibilidad, tales divergencias suelen darse incluso de un juzgador a otro en eventos bajo las mismas condiciones modales, pues las valoraciones de las cuales emerge, son propias de seres humanos con experiencias y valores que influyen en sus juicios, sin que por ello se torne francamente desproporcionada la misma, pues precisamente el sistema de cuartos fue creado para mermar las diferencias que existían en el anterior procedimiento cuando el margen de discrecionalidad del Juez estaba dado entre el extremo mínimo y el máximo de la pena prevista en la ley y pese a la obligada motivación como hoy, de acuerdo con el artículo 61 del C.P., la misma no impedía exorbitantes desigualdades, al comparar las penas impuestas en asuntos con circunstancias comunes.

En el caso concreto, la segunda instancia no puede desautorizar la motivación del A-quo por cuanto distinto a lo señalado por la Defensa, es cierta la diferencia con otros sucesos donde la víctima acude desde el inicio, con la primer llamada extorsiva donde las autoridades quienes organizan el operativo, con simulación

del dinero exigido. Por el contrario, el señor GUIL FREDY MUESES, lo hizo luego de cinco (5) llamadas amenazantes, alcanzó a gestionar la cantidad de dinero que le era posible entregarles y sólo después de esto decidió consultarle a su pareja quien le recomendó acudir ante el Gaula, tal como lo hizo. De tal forma entonces, que el argumento del juez de conocimiento no es desatinado para no partir del mínimo del primer cuarto.

Menos, cuando igualmente hizo alusión a la gravedad de la particular conducta atribuida al procesado, aserto sobre el cual ninguna controversia presentó, el disidente.

Nada aporta para la dosificación de la pena, el hecho afirmado por la Defensa, acerca de haberle tocado al procesado dentro de su labor como coautor impropio, la parte más riesgosa que dio lugar a su captura mientras que quienes idearon el ilícito, quedaron sin individualización y sus acciones en la impunidad. No faltaría más que su falta de colaboración con la justicia, misma con la cual habría podido aplicar un principio de oportunidad, vaya a redundar en un criterio a favor de una sanción más benigna para quien en unidad de designio hizo parte de la fase de ejecución de una extorsión agravada.

En consecuencia, la sentencia, en el punto objeto de discordia, será confirmada.

Sentencia de segunda instancia (AC-157-14) del 6 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PREACUERDOS – Su aprobación impide controvertir los hechos o la tipicidad de la conducta/SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Si está prohibida su concesión, no tiene relevancia que el delito se haya cometido en grado de tentativa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 293; Código Penal, artículos 27 y 35.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Debe la Sala revisar dos aspectos de acuerdo con las posturas del recurrente: (i) si tratándose de una sentencia condenatoria anticipada por vía de Preacuerdo, le es posible a la Defensa entrar a controvertir los hechos y la calificación jurídica, aceptada por el acusado. (ii) Si hay lugar o no a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por inaplicación del artículo 68A del Código Penal, de acuerdo con la reforma de la Ley 1709 del 20 de enero de 2004 vigente para la época del acontecimiento criminoso.

Es absolutamente cuestionable por parte de un profesional del Derecho que una vez ha asesorado a un procesado para que acepte el cargo a cambio de la degradación del mismo o de una rebaja punitiva, por su cuenta, (pues ni siquiera existió una retractación de parte del representado), haga uso del recurso de apelación para controvertir la existencia de la conducta y la calificación jurídica otorgada a la misma, asumida a nivel de confesión por su prohijado conforme al acuerdo firmado, cuando de acuerdo a su formación, tiene que tener conocimiento de la imposibilidad de este tipo de argumentos desde su rol, de acuerdo con lo previsto en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004 y de la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria.

Además, sin ningún fundamento serio respecto del principio de legalidad. Esto por cuanto, discute la ausencia de violencia por parte del señor MIGUEL ANGEL TORO TRIVIÑO en la ejecución del delito, cuando la calificación del hurto ha sido por razón del objeto material del mismo, como es un “medio motorizado” previsto en el cuarto inciso del artículo 240 del Código Penal; de ahí que la pena señalada en el preacuerdo se haya consignado primigeniamente entre 7 a 15 años y no de 8 a 16, como procedería, en caso de haber ejercido violencia sobre las personas. En ningún momento la Fiscalía le hizo tal atribución, ni fáctica ni jurídica.

Igualmente alega, que la motocicleta no salió de la esfera de custodia de su propietario. Precisamente esa es la razón por la cual la Fiscalía aceptó dentro de la negociación, degradar el cargo en grado de Tentativa último, en congruencia con la sentencia. Por consiguiente la rebaja del extremo mínimo a cuarenta y dos (42) meses de prisión, dentro del proceso de dosificación punitiva consignado en el proveído.

Se colige además infundada la controversia realizada por la Defensa cuando pretende a través del recurso que se tenga la conducta como inexistente en cuanto se trató de una mera “sospecha” de la ejecución de un hurto de una motocicleta, cuando aceptó el cargo y la Fiscalía aportó elementos materiales probatorios que avalan la disposición del hecho confeso. También en lo que concierne a su crítica frente a la adecuación en el tipo penal del artículo 240 del Código Penal, denominado “Hurto calificado”. El dicho de la víctima en cuanto a que la motocicleta nunca salió de su esfera de custodia, ha sido aceptada dentro del Preacuerdo con el dispositivo amplificador de la Tentativa, que sirvió igualmente en la merma punitiva.

La colegiatura no comparte la postura del abogado disidente en cuanto a que el delito de hurto calificado, debe ser cometido con anterioridad a la sentencia por ese delito en donde se resuelve sobre la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en cuanto a la interpretación que le hace a la literalidad del mandato del artículo 68 A.

Sea lo primero señalar, que para la fecha de la ejecución de la conducta (27 de febrero de 2014) ya se encontraba vigente la modificación realizada por la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, la cual incluyó dentro del listado de las prohibiciones al delito de hurto calificado.

La expresión configurada en un tiempo “pasado” en el artículo 68A, mediante la cual excluyó entre otros a dicho ilícito, de la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como es: “Tampoco *quienes hayan sido condenados por delitos...*” tiene razón de ser porque los subrogados no hacen parte de la pena. Se trata de mecanismos o de instituciones que presuponen la existencia de la sanción penal, (artículo 35 del Código Penal) y son usados en el alcance de sus fines. Por lo tanto, cuando se llega a su estudio, previamente se ha concluido en la responsabilidad penal del acusado y por tanto en su condena. Incluso, existen los jueces de ejecución de penas, distintos a los jueces de conocimiento, quienes deciden sobre la procedencia de subrogados y de beneficios en forma posterior a la condena.

Lo anterior desde el punto de vista gramatical, ahora en relación con la teleología de la disposición, colige la Sala que el legislador ha catalogado independientemente de la pena impuesta, una serie de delitos estimados de

especial gravedad desde su propia naturaleza y por ende ni siquiera permite la discusión acerca de los presupuestos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, basta con que se haya derrumbado la presunción de inocencia para presumir –de derecho- que su autor requiere de tratamiento penitenciario; criterio entonces que no depende del factor de la reincidencia, tomado en cuenta para la exclusión contenida en el primer inciso, donde basta para prohibirlo que se le haya condenado por delito doloso dentro de los cinco (5) años precedentes.

Por esa vía, ninguna relevancia tiene que el autor no haya consumado el mismo, por circunstancias ajenas a su voluntad, pues en dicho sentido, la prohibición tiene sentido en cuanto al desvalor de la acción, no del resultado; para ello basta con la rebaja punitiva del artículo 27 del Código Penal.

Sentencia de segunda instancia (AC-248-14) del 17 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

PREACUERDOS – No viola garantía fundamental alguna eliminar un delito ante la ausencia de prueba sobre su existencia y sobre su tipicidad/PREACUERDOS- Es posible pactar la concesión de subrogados.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 336, 350 y 331; Código Penal, artículos 63 y 365.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 39892 del 6 de febrero de 2013 y 43523 del 7 de mayo de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme a la postura de los apelantes, se trata de establecer si el preacuerdo suscrito entre el Fiscal 131 Seccional de Candelaria y los procesados Christian David Moyano Chara y Wilmer Chara Sánchez, quebranta el principio de legalidad.

Los preacuerdos fueron concebidos por el legislador como el mecanismo abreviado para terminar con el proceso, en cuanto constituye un instrumento indispensable para garantizar la efectividad de la administración de justicia; facilita la reducción de la impunidad y el cumplimiento de los fines de la pena mediante la realización de los principios de celeridad y economía procesales; estimula la pronta reparación de las víctimas mediante la expedita obtención de una declaratoria de responsabilidad; humaniza la actuación procesal y la pena.

Para lograr este cometido, el Fiscal al momento de suscribir el preacuerdo podrá

1. Eliminar de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico
2. Tipificar la conducta, dentro su alegación conclusiva, de una forma especial con miras a disminuir la pena; a lo que el imputado se declarará culpable, artículo 350 del Estatuto Procesal Penal.

Igualmente el artículo 351 establece que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Por lo demás, se garantiza el principio de legalidad en el preacuerdo objeto de aprobación, por cuanto es claro que al fiscal al momento de suscribir el preacuerdo le era permitido retirar el cargo ya imputado de Fabricación, tráfico, porte de armas de fuego o municiones, porque si tal acto hace las veces de acusación, el Fiscal puede revisar la adecuación típica de los hechos bien sea para retirar o aumentar un cargo, conforme al principio de tipicidad. Ello hace parte de la obligación del ente acusador de velar por el respeto a las garantías fundamentales; en este caso la Sala no vislumbra quebrantamiento a las mismas, ante la eliminación de un delito por ausencia elemento de prueba alguno que soporte la existencia de la conducta y la tipicidad en la medida que no se tiene manera de comprobar que el instrumento utilizado responde a la categoría de “arma de fuego” de acuerdo con las características demandadas por el artículo 11 del decreto 2535 de 1993.

Ahora, si bien es cierto, la Fiscalía inicialmente en la formulación de imputación endilgó los delitos de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en concurso con Hurto calificado y agravado en grado de tentativa, y lo repitió en el escrito de acusación; lo es también que no contaba con un mínimo probatorio para sustentarla, pues los elementos materiales recopilados en la fase investigativa, son la base para estructurar la conducta penal objeto de “formulación de acusación”, además es requisito indispensable, así lo ordena el artículo 336 del estatuto procesal cuando dispone: *“El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”*.

En este caso, ante el hecho cierto, de la imposibilidad de incautar el instrumento utilizado por parte del infractor para amedrentar a la víctima del hurto y evitar su resistencia, resulta imposible asegurar fácticamente que la conducta del artículo 365 del C.P., se realizó objetivamente o que puso en efectivo peligro a la seguridad pública (bien jurídicamente tutelado). Por estas razones como bien lo expuso el Fiscal, no es viable la acusación por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Véase como, en el inciso tercero del artículo 351 del C.P.P., el legislador permite en este acto que hace las veces de acusación (recordemos que en este asunto sólo se había presentado el escrito), que *“En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.”*

De la misma manera, en esa revisión para efecto de acusar, la Fiscalía puede y debe ajustar por el principio de legalidad los hechos y sus denominaciones jurídicas, a favor de la situación jurídica del procesado, excluyendo aquellas conductas, pese a su formulación cuya existencia típica no podrá demostrar.

Contrario a lo expuesto por el A-quo, si se tratara de una negociación donde se elimina como fruto del acuerdo, el delito respecto del cual la Fiscalía no cuenta ni puede reunir en un futuro, el elemento material probatorio que avale su existencia, la misma constituiría un acto tramposo y desleal hacia el procesado y la Defensa, pues el ente acusador no estaría entregando nada a cambio de la aceptación del cargo por el delito contra el patrimonio económico, único en verdad, cuya conducta es típica. .

Con todo, cuando se le reconoce la disminuyente propia de la etapa procesal en la cual acepta el hurto calificado y agravado en grado de tentativa, único ilícito que le ha sido posible al ente acusador estructurar ónticamente, esto corresponde al único beneficio real a cambio del reconocimiento de los procesados de ser coautores de dicho reato. El delito contra la seguridad pública, requiere indispensablemente de la prueba sobre los caracteres del instrumento para tener la calificación bélica y la de su funcionamiento para concebir la capacidad de la conducta para atentar efectivamente contra ese interés jurídico protegido a través de la prohibición; en el caso concreto cuando ni la víctima ni los agentes dan fe de disparo alguno y no se incautó dicho artefacto que bien pudo ser de juguete o hallarse dañado, resulta evidente que insistir en ese cargo al momento de la acusación, contraría el principio de legalidad pues la Fiscalía no cuenta con elemento alguno, asidero probatorio que le permita formular acusación por ese cargo.

Por lo demás, también tiene decantado la jurisprudencia, la posibilidad de pactar la pena y sus consecuencias, es decir los subrogados como se ha hecho en este asunto.

Debe destacar la Sala para el caso en concreto, que para la fecha de la ejecución de la conducta punible denominada como hurto calificado y agravado en grado de Tentativa (8 de julio de 2013), no estaba vigente la Ley 1709 del 20 de enero de 2014 que en su artículo 32 modificó el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 e incluyó dentro de los delitos prohibidos para la concesión de subrogado este reato. Por consiguiente, en aplicación del principio de favorabilidad del artículo 63 del Código Penal, antes de dicha reforma, en aplicación ultractiva que permite la vigencia hacia el futuro de la ley derogada, es legal la concesión del subrogado, dentro del pacto entre Fiscalía y Defensa, de acuerdo con los lineamientos anteriores, del máximo órgano de cierre de la administración de justicia.

Por tales razones se revocará el auto impugnado para en su lugar dar aprobación al preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 131 Seccional de Candelaria y los ciudadanos Christian David Moyano Chara y Wilmer Chara Sánchez. La pena pactada, se encuentra dentro de los límites punitivos legales. Deberá entonces el señor Juez continuar con el trámite del preacuerdo para dictar sentencia, de acuerdo con los elementos materiales probatorios aportados por el ente acusador en la audiencia de verificación del preacuerdo.

Auto de segunda instancia (AC-354-14) del 17 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

ESTAFA – Venta de inmueble sometido a proceso de extinción de dominio y con conocimiento previo de su procedencia ilícita.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 3, 38, 96, 63; Ley 600 de 2000, artículo 232; Código Civil, artículos 756, 1494, 1857 y 1880; Código de Procedimiento Civil, artículo 307.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 34874 del 23 de febrero de 2011 y 35943 del 22 de junio de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme con la tesitura del recurrente, debe la Sala dilucidar si corresponde o no, a la denominación jurídica de Estafa, la conducta ejecutada por los procesados SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO y ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS consistente en venderle un bien inmueble a la señora EXLENY VARGAS DE VARGAS, tradición que no se pudo cumplir pese al pago del mismo, por el embargo y secuestro que ejecutara la Fiscalía conforme a sentencia condenatoria proferida contra quien figuraba como dueño, por el delito de Lavado de Activos. En ese caso, a qué título deberían responder los acusados.

En el caso de la especie, de cara al reato objeto de estudio, para la Sala no existe discusión acerca del perjuicio patrimonial ocasionado a la señora EXLENY VARGAS DE VARGAS, pues no tuvo principio de controversia el hecho de que pagó \$68.000.000 al señor ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS y a su hija SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO producto de la fallida compraventa del inmueble ubicado en la Calle 20 No. 24A-35 de Palmira, Valle.

Así quedó acreditado con los anexos de la demanda de parte civil tenidos como prueba, en donde obra la prueba del pago como son las copias de los 7 cheques de gerencia y recibo de caja menor, girados por valor de \$68.000.000 a favor del señor ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS por la denunciante; copia del certificado de tradición del inmueble objeto del delito con número de matrícula inmobiliaria 378-34247 y sello de “DEVUELTO”; copia del contrato de promesa de compraventa entre ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS y la denunciante EXLENY VARGAS DE VARGAS y copia de la Escritura Pública No. 56 de compraventa del 16 de enero de 2.004, suscrita por los precitados.

Además se obtuvo de manera oficiosa la misiva No. 00221106939 del Banco AV Villas, dando fe con relación de extractos y copia de cheques, de la existencia de las transacciones en dinero efectuadas desde la cuenta de ahorros a nombre de la denunciante, por valor de \$54.000.0000 de fechas 9 de diciembre 2.003 y 16 de enero de 2004, precisamente en las cuales se informó por la denunciante y lo corroboran los textos de los escritos anteriores, que se llevó a cabo la negociación.

Tampoco existe dubitación en que el bien involucrado en la negociación fuera de propiedad de la señora SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO y que la compraventa del mismo donde ésta le extendió poder desde Estados Unidos a su progenitor ALEXANDER VILLEGAS OROZCO para llevarla a feliz término, estuvo hasta estos aspectos dentro de los linderos de la legalidad según el levantamiento de la hipoteca que tenía el inmueble antes del trato y la posterior Escritura Pública No. 56 de compraventa del 16 de enero de 2.004, suscrita por los precitados. Así se extrae de la copia del poder apostillado otorgado por SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO a ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS y del certificado de tradición del 23 de diciembre de 2.004 del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 378-34247, cuya decimocuarta anotación refleja a la señora VILLEGAS OROZCO como propietaria, previo a la hipoteca constituida sobre el bien, el levantamiento de la misma y la afectación con medidas cautelares de la FGN.

En consecuencia, el aspecto basilar de la censura propuesta y del caso *sub judice* es si ese perjuicio patrimonial ocasionado a la señor EXLENY —o

ELENY— VARGAS DE VARGAS obedeció a una contingencia con la cual no contaban los vendedores y por ende debió y debe solucionarse desde la órbita civil, o si por el contrario, estaban noticiados de los problemas de algunos de sus bienes ante la justicia penal y por ello debieron darle parte a su compradora de esa situación.

Al respecto, *prima facie* encuentra la Colegiatura que el fallo de primer nivel sí adolece de los yerros endilgados por los libelistas, pues el entendimiento dado a las escasas pero claras pruebas obtenidas —muchas a instancias de la parte civil— y a los hechos, se torna explicable sólo desde la candidez del fallador y el desconocimiento de hechos históricamente demostrados que debieron llevar a una conclusión distinta.

En efecto, diáfano se observa que el proveído de primera instancia se enfocó de manera limitada en la conducta del señor ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS durante la realización de alguna parte del negocio de compraventa que hizo con la denunciante, soslayando las reflexiones necesarias sobre la conducta de la señora SANDRA CECILIA VILLEGAS, quien a la postre era la propietaria del mismo. Así mismo, rehuyó al ponderación de los hechos investigados conforme a la reglas de la sana crítica, para a la postre instar razonamientos más limitados y subjetivos frente a lo ocurrido.

En esta exégesis, bien señaló la delegada de la Fiscalía en su recurso que el delito de Estafa es un delito de astucia, y en consecuencia, como sucede en la mayoría de las veces, no se perpetra en un solo momento o en un acto simple, en especial cuando se origina en intrincadas negociaciones civiles. Ello por supuesto obliga al operador judicial a desentrañar si se está frente al actuar de un desprevenido negociador o de cara a una hábil conducta del mismo, corolario de la defraudación patrimonial de la víctima.

Por ello, no basta hacer estudios elementales sobre el acto o negocio en sí mismo, sino sobre los contornos y ribetes que lo originaron, así como sobre la conducta inmediatamente posterior al hecho reputado ilícito para de esa manera conocer la actuación e intención *ex ante* del agente del delito, dado que desde el punto de vista procesal los hechos a probar siempre pertenecen al pasado y su reconstrucción histórica *a posteriori* es lo que permite hacer juicios de valor-desvalor de acción y de resultado sobre lo sucedido.

En el caso *sub examine* no cabe duda que analizar de manera estrictamente objetiva el hecho de ofrecer un bien inmueble en venta, no es *per se* un delito, ni mucho menos hacerlo a través de comisionistas de propiedad raíz; ni halla reproche alguno que se agoten los pasos establecidos en la ley civil para ello, como es suscribir el contrato de promesa de compraventa y luego elevarlo a escritura pública, previo pago del precio. Evidentemente en ello tendría razón el *a quo*, quien quiso seguir la que consideramos equivocada línea de pensamiento expresada por la Fiscalía 13 Especializada en algunos apartes de su decisión de procedibilidad de la extinción de dominio para negarle los derechos a la aquí denunciante, aserto según el cual el reclamo de la perfección del negocio jurídico debería ventilarse exclusivamente ante la jurisdicción civil, cuando en verdad esa vía no es la adecuada pues lo que no tuvo perfección no fue la compraventa sino la tradición como modo de adquirir el dominio según el art. 756 del C.C, que al versar sobre objeto y causa ilícita no puede ser restablecida con acciones resolutorias, nulidades del contrato, entre otras formas civiles de reclamarlo.

En otras palabras, no se trató de un simple incumplimiento de contrato, ya que en verdad a voces del artículo 1857 del Código Civil los presupuestos esenciales y la solemnidad del contrato de compraventa para bienes raíces si se edificaron, dado que ese precepto es claro en decir que *“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las siguientes excepciones: La venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”*.

En casos como este, no valen hacer consideraciones tan superficiales sobre lo ocurrido antes y después del momento en que se consumó el delito, menos elaborando interrogantes cuyas respuestas se representan desde la íntima convicción y contra toda evidencia. Y es así porque ese aparentemente legal negocio jurídico, erigido sobre la presunta base de todos los elementos del contrato de compraventa, no fue ejercido con los requisitos de la tradición, por la falta de transparencia debida por quienes aquí dieron en venta el inmueble ubicado en la Calle 20 No. 24A-35 de Palmira, Valle; y la razón de ello es tan elemental como las consideraciones expresadas por el fallo de primera instancia, como que para la perfección de ese contrato debe versarse sobre objeto y causa lícita, a más de contarse con un justo título, elementos de los cuales carecían de antaño la procesada SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO y de lo cual naturalmente tenía conocimiento su progenitor ALEXANDER VILLEGAS.

Con esa premura y malicia fue que obraron cuando rápidamente levantaron la hipoteca para poder enajenarlo con presteza, pues a decir verdad ese acto aparentemente de buena fe, era la única manera de obtener más rédito al quitarle la limitación necesaria para recaudar el restante precio que era la mayor parte del mismo, esto es, \$48.000.000.

No es pues la base del reproche, solamente que el señor ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS o SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO tuvieran conocimiento cierto del proceso de extinción de dominio sobre la casa que pusieron en venta, ni mucho menos que conociera cuándo y cómo sería allanado con fines de embargo y secuestro, pues claramente estas últimas se tratan de actuaciones reservadas no sólo desde la esfera de la jurisdicción penal sino como así es cualquier otra medida cautelar: inscripción de la demanda, embargo, secuestro.

Lo realmente execrable de su actuar es estar al tanto, como en efecto se puede inferir que estaban, de la cuestionada procedencia del inmueble, pues a no dudarlo (i) su pasado al lado del señor JUAN ALBEIRO MONSALVE —*yerno del acusado y cuñado de la procesada*—, (ii) el hacer parte de las sociedades investigadas, (iii) la pluralidad de compraventas de inmuebles efectuadas en a favor de INVERSIONES MC INMOBILIARIA donde ellos aparecía como propietarios —*así como la hijastra del procesado y hermana de la coacusada*— tal como se lee en la prueba documental —*Resolución del 30/09/08 de la UNCLA*—, entre otros factores, los ubicaban en inmejorable posición para conocer las vicisitudes del bien y de todo aquello que perteneciera a su núcleo familiar, especialmente porque el cuestionado señor MONSALVE fue puesto en prisión en los Estados Unidos y fue desde ese país donde precisamente la señora SANDRA CECILIA tuvo que remitir el poder a su padre para enajenar la casa, circunstancia de la cual se permite inferir de manera lógica que conocía de la deudas ante la justicia de MONSALVE y de las consecuencias de ello en Colombia.

Ello, entiende la Sala, puede aceptarse como regla de experiencia pues siempre o casi siempre que un colombiano es procesado en el país del norte por actividades relacionadas con narcotráfico, sus bienes en nuestro territorio son cuestionados perseguidos y para pasar a manos del Estado.

Una advertencia en esa dirección de parte de los procesados a cualquier comprador daba al traste con la consecución del dinero que iban a perder cuando la justicia penal cayera sobre su patrimonio, siendo más sencillo ocultar la moneda que el bien inmueble.

Además porque, por otra parte, que el bien pudiera ser adquirido de manera limpia por el señor ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS del señor GUSTAVO SÁNCHEZ ZAPATA por el valor que dijo en su indagatoria, esto es, \$10.800.000, es claramente una mentira, ya que confrontado esa versión con el certificado de tradición del bien, ese rubro es justamente el avalúo catastral, escapando a la experiencia que en realidad, como dijera el acusado VILLEGAS CARDENAS el inmueble fuera comprado sobre esa base, cuando siempre ocurre que se pacta un valor de acuerdo al avalúo comercial, el cual de ser cierto que lo compró el acusado, recordaría, entendiéndose que hizo esa manifestación preparado para encontrar algún respaldo a sus dichos, con el conocimiento previo de ese monto; así aparecía consignado en el certificado de tradición.

Es por tales razones que lo sobrevenido al momento en que se produjo el embargo y secuestro del bien por la Fiscalía y a escasos días de haber sido comprado de buena fe por la señora EXLENY VARGAS DE VARGAS, simplemente vino a perfeccionar y asegurar el producto del delito, pues nunca devolvieron —*porque jamás era esa su intención*— los \$48.000.0000 millones de pesos recibidos apenas a 7 días del secuestro del bien, ni dieron noticia al trámite de extinción de dominio de esa compraventa en la diligencia de secuestro ni dentro del legajo —*propio del animus sobre el provecho ilícito*— como mendazmente lo dijera el señor VILLEGAS CARDENAS en su indagatoria, cuando afirmó haberse dirigido a la Fiscalía 13 Especializada a justificar la compraventa, ya que claramente se lee en la Resolución del 30 de septiembre de 2.008 donde se declaró la procedencia de la acción de extinción de dominio sobre ese y otros bienes, que los procesados jamás se presentaron a dar explicaciones sobre ese hecho, muy a pesar de haberse producido esa decisión en el mes nueve del año 2.008, esto es, un año después de la indagatoria del señor VILLEGAS CARDENAS donde aseveró que estaba en pro de arreglarle el problema a la señora EXLENY VARGAS. Así dice la mencionada pieza traída el proceso:

“...situación que ni siquiera pudo corroborarla en la declaración para la cual fueron citados, toda vez que no atendieron los llamados del despacho para la práctica de esta diligencia lo que demuestra desinterés por la suerte del bien dentro del presente proceso” Pág. 61 fl. 186 c.o.-

Esos actos posteriores a la ejecución del delito, permiten inferir de forma certera que del examen *ex ante* de la conducta e intención de los procesados se erige su mala fe y que su finalidad, acompañada por el *animus* propio de la Estafa, siempre fue apoderarse del dinero de cualquier incauto comprador, pero nunca, jamás, devolvérselo en caso de fracasar la completa enajenación de sus bienes, dejando al alea o a un azar que ya conocían, si el bien era afectado posteriormente por la Fiscalía o contaban con la suerte de no ser así.

Precisamente, el engaño o artificio *ex ante* que echó de menos el *a quo* y que ha sido decantado por la doctrina y la jurisprudencia, lo constituyó la simple mentira —*por omisión*— del procesado al callar no la existencia del proceso de extinción de dominio, sino la procedencia del bien a partir de dineros en los que directa o indirectamente tenía que ver el señor JESUS ALBEIRO MONSALVE y sus hijas, pues todos hicieron parte de la sociedad INVERSIONES MB Y CIA INMOBILIARIA, hecho imposible de negar por el señor VILLEGAS CARDENAS o su hija SANDRA CECILIA, pues en la misma pieza acopiada en el proceso donde se resolvió sobre el origen de los bienes, aparecen ambos acusados involucrados, quienes además, sin hesitación alguna, a esa fecha de la compraventa investigada sabían de la condena contra su cuñado y yerno, respectivamente.

Además VILLEGAS CÁRDENAS deliberadamente omitió en su injurada informar de la empresa y sociedad que tuvo con el señor MONSALVE y sus hijas, tratando de limitar el vínculo a la mera relación sentimental entre el citado y LILIANA OROZCO, cuando en verdad no era así.

Tiene plena cabida aquí la teoría que explica al engaño como una infracción a deberes de veracidad. Y así es porque tanto SANDRA CECILIA VILLEGAS como su progenitor omitieron información importante sobre la situación judicial de las riquezas de su núcleo familiar, silencio que no puede considerarse como parte de la astucia civilmente permitida ya que ello es impensable desde la existencia de una ilicitud previa como tuvieron y debieron planteárselos los acusados. Es que el viejo aforismo de que nadie puede beneficiarse de su propio delito o de su propio dolo impide construir un juicio de desvalor de acción a favor de VILLEGAS CARDENAS y VILLEGAS OROZCO.

En esta exegesis, remitidos de manera directa a las pruebas, encuentra la Sala que en la indagatoria de señor mintió cuando dijo estar al tanto de buscar una solución a la denunciante pues en verdad esas manifestaciones se quedaron a medio camino ya que ni dentro del proceso de extinción de dominio compareció a declarar a pesar de ser el directo negociador de la casa, ni tampoco fueron corroborados sus ofrecimientos de dinero o de un vehículo de transporte público de su propiedad; *contrario sensu*, las testigos ADRIANA y CELENY VARGAS VARGAS, hijas de la denunciante, expresaron la falta de colaboración y las falsas promesas del acusado durante casi dos años, así como que a pesar de haberles recibido el dinero nunca se los devolvió ni quiso entregarles la posesión del bien en donde asombrosamente permaneció viviendo después de los hechos investigados. Redonda, como se diría en lenguaje popular y pedestre, le salió la jugada al procesado, pues obtuvo el dinero y se quedó gozando y usando el inmueble.

A las anteriores intelecciones se suman que el acusado increíblemente no hizo entrega de la posesión del bien inmueble como lo demandaba el hecho de haber recibido el pago del precio, caso en el cual de haber procedido de buena fe, al momento de la diligencia de secuestro el inmueble ya debía estar en manos de la señora EXLENY VARGAS DE VARGAS pues ya el 16 de enero de 2.004 se había suscrito la escritura pública No. 056, mientras que la diligencia tuvo lugar el 23 de enero de 2.004, lo cual al tenor del artículo 1880 del Código Civil debió haber sucedido, repetimos, el 16 de enero de 2.004 pues allí se perfeccionaba la tradición del inmueble, quedando pendiente la formalidad del registro. Se pregunta la Sala ¿por qué razón el señor VILLEGAS CARDENAS aún estaba en posesión del bien? La respuesta no es otra: ello hizo parte de su plan criminal.

Finalmente, factores como el precio del inmueble y el afán de los procesados por concretar el pago del bien, adelantando los plazos pactados en el contrato de promesa de compraventa, se instituyen en indicios de razón suficiente aportar a la construcción del dolo de su conducta. De lo primero aunque no se hizo prueba pericial de avalúo comercial, si puede entenderse que se hizo atractivo por su bajo valor para los compradores como de manera espontánea lo reconoce la testigo ADRIANA VARGAS VARGAS, hija de la denunciante, quien apostilló su interés en la entrega del bien porque *“una casa a ese precio uno no la consigue”*. Y de lo segundo, porque claramente se estableció con prueba documental y testimonial que el pago del precio se había contratado para el 9 de febrero de 2.004, fecha adelantada por petición del señor VILLEGAS CÁRDENAS.

Ahora, en relación con la víctima, no puede predicarse desde una tesis de la imputación objetiva que contribuyera al resultado típico pues un subterfugio de tal magnitud, como era el origen del bien comprado en presuntas actividades de narcotráfico, o estar inmerso en un proceso de extinción de dominio, escapan a su deber jurídico de soportar las cargas del negocio civil y a sus posibilidades de acceder a esa información monopolizada y reservada por el Estado a través de la jurisdicción penal y que sólo los procesados estaban en posición de darle a conocer.

Es por todo lo anterior que esta Corporación hará eco de los disensos expresado por la Delegada de la Fiscalía y el apoderado de la parte civil revocando la decisión absolutoria para en su lugar emitir condena contra ALEXANDER VILLEGAS CARDENAS y SANDRA CECILIA VILLEGAS OROZCO por el punible de ESTAFA, consagrado en el art. 246 del Código Penal, al probarse la existencia del delito, su tipicidad objetiva y subjetiva, la lesión al patrimonio de la señora EXLENY VARGAS DE VARGAS y el actuar contrario a derecho de los acusados, cuando pudieron obrar de manera diversa amen de su capacidad de comprensión, no discutida ni en duda dentro del proceso. Se estableció con ello con grado de certeza racional los requisitos del art. 232 de la Ley 600 de 2.000.

Sentencia de segunda instancia (P-044-13) del 22 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.

HOMICIDIO CULPOSO – Duda en la responsabilidad del procesado.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la controversia planteada por el Censor le corresponde a la colegiatura constatar si de las pruebas recopiladas en el juicio oral, se desprende a nivel de certeza, la responsabilidad penal del señor ROBINSON BUSTAMANTE JIMENEZ a título de culpa por la muerte de la parrillera de la moto que conducía y que colisionó contra un tracto camión el 12 de enero de 2009 en la vía Guacarí – Buga.

Para llegar a la atribución de culpa, la señora Jueza Primera Penal del Circuito partió de circunstancias fácticas que deben de estar plenamente probadas para disertar sobre la elevación del riesgo jurídicamente permitido o la ejecución de un riesgo desaprobado atribuido al acusado, a partir del cual se puede fundar un vínculo de determinación con el resultado trágico, génesis de este proceso penal.

Veamos cuales fueron:

- a) Que el procesado conducía esa noche una motocicleta bajo el influjo de bebida embriagante
- b) Lo hacía, con exceso de velocidad
- c) Conducía con deficiencia en las luces del automotor
- d) En ese sector, habían conos luminosos o reflectivos, pancartas y semáforos que avisaban a tiempo de la obstaculización de la vía por el tren cañero.
- e) Había presencia de guardavías vestidos con uniformes luminosos que portaban linternas quienes enviaron señales de pare a dicho conductor, quien hizo caso omiso de las mismas.

Todo lo anterior demarca la infracción al deber objetivo de cuidado por parte de ROBINSON BUSTAMANTE JIMENEZ y el nexo de determinación entre la misma y la muerte violenta de la señora YULI ANDREA BEDOYA GONZALEZ.

Empero, al contrastar tales situaciones fácticas con los medios de conocimiento practicados a solicitud de la Fiscalía, la Sala encuentra que la juzgadora vulneró la legalidad de la prueba al dar por ciertas la mayoría de ellas, las cuales no fueron demostradas ni siquiera a través de prueba de referencia y restó objetividad en su estudio al dejar de tener en cuenta factores que sin lugar a dudas favorecen la teoría del caso de la Defensa, en la medida que impiden pregonar la existencia de tales asertos con la contundencia necesaria para una condena.

Iniciemos por la primer respondiente, quien llegó al sitio del accidente 40 minutos después de ocurrido el mismo; no encontró el tren cañero, y la motocicleta había sido movida del lugar; la escena estaba contaminada pues no hubo acordonamiento por los bomberos y la Defensa Civil, los primeros que llegaron según lo dijo, además de otras personas que se hallaban en el sitio. Por consiguiente, no pudo hacer el respectivo croquis pues le era imposible demarcar el punto de impacto y uno de los vehículos comprometidos en la colisión, así como las posiciones de los rodantes posteriores a la misma.

Si bien afirmó que habían dos guarda vías y por lo menos a uno, le tomó entrevista, misma que ante la imposibilidad de ser ubicado, la Fiscalía no introdujo la entrevista como prueba de referencia; no obstante la señora Juez dio por ciertos los comentarios provenientes de ese tercero (exceso de velocidad; sin luces e hizo caso omiso de las señales) consignados por la agente de tránsito en su informe, sin que ella misma pudiera verificarlos. En efecto, la señora guarda de tránsito NELCY HOME PAPAMIJA a lo largo de su declaración es reiterativa en describir que la zona en donde tuvo lugar el accidente “es muy, muy, muy oscura” (Audio: 28:31), al punto que prosiguió diciendo, *se le malograron las fotografías que tomó del sitio* (33:50). A través de su testimonio, la Fiscalía no demostró que ciertamente en ese lugar, existieran pancartas o conos luminosos, semáforos y que hubiera percibido vestimenta similar en los dos guardavías.

Tampoco señaló esta testigo, haber observado una señal de tránsito que indicara y a qué distancia, la presencia de un carril ferroviario. Con dificultad, porque se lo dijeron los allí presentes, no porque le constara o encontrara rastro alguno de ello, pudo saber contra qué había chocado la motocicleta, a pesar de dejarlo en carácter averiguatorio, porque no le constaba.

Ahora bien, aunque consignó en su informe como posible hipótesis de la causa del accidente, la impericia del conductor, en su declaración, pese al afán de la señora Fiscal de interrumpirla en su respuesta, mencionó: *“...y lo del tren cañero, los guardavías también no estuvieron muy pendientes de la vía, entonces...(la delegada fiscal corta su respuesta) (Audio 30:00).*

La juzgadora del primer nivel, le otorga entonces credibilidad al señor GERMAN ALFREDO TORRES VALDES, el conductor del tracto camión; pero al analizar su testimonio se puede colegir que proviene de parte interesada en mostrarse completamente ajeno a la causa de la colisión; por consiguiente su confiabilidad se merma, máxime si desde el punto de vista objetivo, da cuenta de circunstancias que le eran imperceptibles, y de otras que se ponen en duda pues no fueron corroboradas por la guarda de tránsito que hizo presencia en la escena, que de haber existido era lógico que tales condiciones no se hubieran alterado para dar cuenta de las mismas.

Las anteriores son relacionadas en primer lugar con el punto de colisión que señaló en el croquis. Importa primero su reacción cuando se le requirió que lo hiciera y dijo necesitar a su abogado en ese momento; es razonable entonces que el señor TORRES VALDES, con esta narración, a la vez ejercía su derecho de defensa y quiso convencer a la judicatura de que el punto de impacto fue dentro del retorno, no en la vía por donde se desplazaba con prelación la motocicleta en dirección Guacarí _ Buga, como lo dijo la guarda de tránsito, que resultó de sus averiguaciones, fue en dicha carretera, el sitio del accidente, ocurrido en el instante en el que el tracto camión, con el último vagón aún obstaculizaba la misma, con precaución o sin ella.

Se descarta que fuera al interior del retorno como lo dibujó, pues se entiende que el procesado llevaba de regreso a la hoy occisa a su residencia en Zanjón hondo, corregimiento de Buga, entonces no tendría por qué desviarse hacia la vía a Cali. Mucho menos podía saberlo este deponente (el punto de impacto), por información de parte de los guardavías que se hallaban en el sitio cuando aquellos le dieron una versión distinta a la agente HOME PAPAMIJA, señalándole la calzada por la que transitaba la motocicleta cuando aún era ocupada por el tracto camión; como se ha reiterado (audio: 43:05). Tampoco pudo percibirlo directamente, porque está visto que sólo se enteró del accidente cuando llegó a su destino, al ingenio Providencia.

No tiene credibilidad que se refiera al uso de distintas pancartas luminosas y varios semáforos en la vía, mismos que no fueron encontrados por la agente de tránsito 40 minutos después, ni mostrados por los guarda vías que le dijeron presenciar el accidente, al punto que ella recaba sobre lo dicho por este mismo testigo, acerca de la oscuridad del lugar. Era el momento de recordar la presencia de los semáforos y de las pancartas luminosas, así como de las prendas usadas por los guardavías, pero solo atinó a evocar la profunda oscuridad del sector. Si aquellos esperaron a la guarda de tránsito, cuál su interés de retirar estos elementos del sitio si le iban a enseñar a dicha autoridad, las precauciones que tuvieron para que no llegara a decir como lo dijo en el juicio oral que otra de las hipotéticas causas del accidente, fue el descuido de los guardavías, que no estuvieron pendientes de los demás conductores? (audio: 30:00).

La declaración del perito ALVARO ANTONIO DOMINGUEZ RODRIGUEZ, tampoco soporta los estadios que diera como comprobados la jueza A-quo para llegar a confluir en la culpa del procesado por infracción del deber objetivo de cuidado

como la causa determinante o eficiente del resultado; por el contrario, aporta a la teoría del caso de la Defensa. Esto, porque le correspondió revisar los automotores para determinar el punto de impacto a través de los rastros que hallara en los mismos. Lo encontró en la parte lateral de las llantas traseras, exteriores derechas, del último vagón por los “sobones” de pintura roja y gris. Este es un aporte de su versión, pero se deja en evidencia la solución de continuidad entre el momento del accidente y el instante en el que se inicia la cadena de custodia de este macro elemento conforme lo demanda el artículo 256 de la Ley 906 de 2004. El tracto camión se dejó en las instalaciones de la empresa que podía llegar a ser afectada como tercero civilmente responsable de haber sido vinculado su conductor y sólo se vino a revisar por dicho perito, 22 días después del accidente, cuando bien pudo la evidencia ser alterada.

Por otro lado, estableció el deponente DOMINGUEZ RODRIGUEZ y lo fijó mediante fotografías que dicho remolque, no cumplía con lo demandado por la Resolución No. 00040 del 6 de enero de 2006 expedida por el Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías por medio de la cual se reglamentó el transporte de caña de azúcar y bagazo de la misma por unas carreteras de la red vía nacional, departamento del Valle del Cauca, que en su Parágrafo Tercero del artículo Quinto, demanda: *“Cada uno de los vagones que forman parte de los trenes cañeros deberán portar en la parte trasera y en los costados cintas reflectivas GRADO INGENIERIA Y/O ALTA REFLECTIVIDAD que permitan su visualización tanto en horas diurnas como nocturnas.”* (Destaca la Sala).

Finalmente, en cuanto a las luces de la motocicleta, le fue imposible revisar si ex ante del accidente, las mismas no funcionaban o lo hacían correcta o deficientemente. De ahí que tal testimonio tampoco soporte las características fácticas en la cuales funda la modalidad de conducta culposa para el procesado.

El testigo VICTOR HUGO MARQUEZ ALARCON, hizo una inspección al lugar del accidente y levantó un plano topográfico, un (1) año y medio (1/2) después del acontecimiento. Esto no tiene ninguna presentación; se trata de una prueba totalmente inocua pues no puede determinar el lugar del impacto. Su consignación es respecto de andenes, demarcación de líneas; ancho de las calzadas; señales de tránsito, sin que averiguara o la Fiscalía introdujera certificación de autoridad competente acerca de si este era el estado de la vía, dieciocho (18) meses atrás, en la fecha del accidente.

De la anterior inspección, hizo valer la A-quo en contra de la situación jurídica del acusado, su manifestación acerca de recordar únicamente que transitaba por esa vía el día que resultó lesionado; contrario sensu ello es verosímil conforme al trauma craneoencefálico que sufriera en esa fecha, según la historia clínica introducida con el médico RODRIGO HOYOS GONZALEZ.

Con dicho testimonio se demuestra que el acusado olía a licor y es válido inferir su ingesta como lo hizo la señora Jueza de conocimiento, de acuerdo con la misma circunstancia probada por examen químico, respecto de la occisa, pero no el grado de alcohol, porque no se le tomó prueba de sangre ni otros reconocimientos físicos para determinar su embriaguez, *por tanto la imposibilidad de discernir a nivel de certeza que esa condición, tal como lo exige el artículo 110 del Código Penal, haya sido determinante para la ocurrencia del evento investigado.*

La afirmación destacada en el párrafo anterior, proviene de representarnos el suceso desde la siguiente perspectiva que permiten las pruebas:

El tracto camión, invadía con el último vagón la vía por la cual transitaba ROBINSON BUSTAMANTE JIMENEZ conduciendo una motocicleta en compañía de la ofendida, yendo a estrellarse contra la parte lateral de las llantas exteriores derechas del mismo. Esto bien puede significar que al venir cruzando el tracto camión pasando como lo hizo los primeros tres vagones y no tener en sus costados, (los cuales quedarían al frente del conductor que se desplaza por la misma), las bandas reflectivas que le ordena el reglamento, en una vía muy oscura, donde tampoco se demostró que se cumplía con las exigencias del Parágrafo segundo del artículo 8 de la misma normativa, pese a tratarse de una vía recta, el conductor de la motocicleta se lo haya encontrado de frente ante el descuido de los guarda vías, chocando con la parte lateral de las llantas derechas, impacto que produjo las lesiones al conductor y las de carácter mortal para la pasajera.

En ese caso, la colisión no habría sobrevenido en virtud del estado de alicoramiento del acusado, pues por causa eficiente se tendría la invasión de su vía y la indebida señalización que advirtiera de la presencia del tren cañero.

De la fuerza del impacto, tampoco es posible obtener la certeza de un “exceso de velocidad” pues se trata de dos cuerpos; motocicleta y tren cañero con dimensiones totalmente desiguales y sólo un estudio de física nos podría haber dilucidado o acercado a la conclusión correcta sobre la posibilidad de inferir de dicho estadio, la infracción a una norma de tránsito por parte del acusado, en cuanto a desplazarse esa noche, infringiendo una norma de tránsito, respecto de la velocidad máxima permitida en dicha zona; y a su vez, de haberla cumplido, qué debe esperarse cuando se estrella contra un cuerpo de la magnitud del vagón de un tren cañero, de acuerdo también con la observación del estado en que quedó la motocicleta.

Empero, la Juzgadora, la infirió de una manera ligera, entre otras, por el daño de la motocicleta, sin decir en qué consistió, cuando no se evidencia en las fotografías, y si bien se constata que sufrió un golpe en la parte delantera, tampoco refleja una destrucción total, ni consulta su juicio, las diferencias citadas entre las magnitudes de ambos rodantes. Tampoco puede extraerse de las lesiones de la hoy interfecta, cuando incluso se desconoce que ocurrió después del impacto, a donde fue el cuerpo de la misma, si las llantas pasaron por encima o si hubo otro punto donde recayera para explicar la entidad o su mortalidad, en la medida que ninguno de los testigos aportados por la Fiscalía, percibió el episodio.

Si aún en gracia de discusión se admitiera un exceso de velocidad; en confrontación con la invasión de la vía por donde tiene prelación el tránsito de esa motocicleta, de un tren cañero sin las respectivas luminarias y demás señales de seguridad previstas en el reglamento, la mayor elevación del riesgo para vincularse con un nexo de determinación al resultado visto, sería el del que irrumpe a esas horas de la noche en un sitio totalmente oscuro y se interpone en el camino de quien va por la calzada que le corresponde pues de eliminarse imaginariamente ese obstáculo, pese al exceso de velocidad, la confrontación no habría ocurrido.

Corolario de todo lo anterior, es que la Fiscalía no demostró más allá de toda duda que el señor ROBINSON BUSTAMANTE JIMENEZ condujera esa noche a “exceso de velocidad”; “con deficiencia en sus luces”; “que se le hubieren hecho las respectivas señales y que en el sitio igualmente existieran a las

distancias debidas, las prevenciones reglamentarias que avisaran del cruce del tren cañero”; por ese mismo sendero que hubiera podido percibir a cierta distancia los vagones del rodante, cuando ya las luces delanteras del automotor se hallaban al interior del retorno saliendo a la vía principal; las traseras que tampoco se sabe si funcionaban pues su revisión se hizo luego de 20 días, pero aun así, conforme al punto de impacto, no le habían dado el frente al motociclista, este se hallaba directo era a los costados de los vagones, los cuales no llevaban la respectiva y obligatoria banda luminosa o reflectiva para hacerse visible a los demás conductores. Tampoco demostró que en el sector del accidente, existiera una señal de tránsito que advirtiera acerca de una obligación de bajar a un límite la velocidad por la proximidad de una vía férrea.

Se genera así una incertidumbre, imposible de superar a través de la racionalidad, acerca de si la ingesta de licor esa noche del acusado BUSTAMANTE JIMENEZ determinó la imposibilidad de observar en una vía recta los costados a ciegas de los vagones de un tren cañero, que invadían su vía, para ir a colisionar en la parte lateral de las llantas derechas traseras del último vagón de los cuatro, que llevaba el tracto camión.

La Jueza A-quo vulneró la legalidad de la prueba al concederle mérito probatorio a las referencias que le diera un tercero quien dijo ser guardavías a la guarda de tránsito que llegó tiempo después al lugar del insuceso, persona que no compareció al juicio oral y su entrevista jamás ingresó, ni siquiera lo intentó la Fiscalía, bajo las previsiones legales de la prueba de referencia.

Parte erróneamente la funcionaria judicial, de la existencia de los uniformes reflectivos de los guardavías, aspecto tampoco probado por la Fiscalía pues nunca interrogó al respecto a la agente de tránsito y esta para nada se refirió a dicha condición; tampoco se probó que aquellos hicieran y a la distancia prudente y debida, las señales respectivas al conductor de la moto, tal como se explicó anteriormente cuando se analizó el testimonio del conductor del otro rodante comprometido en la confrontación.

Así también ninguna prueba aportó la Fiscalía sobre la velocidad en la que conducía el motociclista y el “exceso” no es posible inferirlo de los daños sufridos por la motocicleta como lo dijo la A-quo.

La duda emerge en forma insalvable, pues las pruebas aportadas por la Fiscalía son insuficientes para superarla, de tal forma, que debe entonces resolverse, privilegiando la presunción de inocencia del acusado.

En consecuencia, se revocará la sentencia condenatoria y en su lugar será absuelto el señor ROBINSON BUSTAMANTE JIMENEZ del delito de HOMICIDIO CULPOSO.

Sentencia de segunda instancia (AC-339-14) del 27 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

NULIDAD – Por falta de motivación de la sentencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 162.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 25799 del 21 de febrero de 2007; Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala al denotar la ausencia de sustentación del recurso de apelación pues no hubo argumentación alguna por parte del Censor más allá de la mera afirmación de no haberse cumplido con el requisito del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y encaminarse a señalarle los tenidos por la Jueza de instancia que dejó de rebatir, encontró de parte de la A-quo, flagrante violación a su deber de motivar la sentencia; por tanto se ocupará de denotar dicho yerro, que al ser una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y el derecho de defensa, da lugar a anular esa providencia para la corrección pertinente.

Igualmente el artículo 162 de la Ley 906 de 2004, establece de manera genérica los requisitos comunes de las providencias, así:

“Las sentencias y autos deberán cumplir los siguientes requisitos.

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.
2. Lugar, día y hora.
3. Identificación del número de radicación de la actuación.
4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.
5. Decisión adoptada.
6. Si hubiere división de criterios la expresión de los motivos del disenso.
7. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.”

Descendiendo al caso en concreto se puede observar que en la sentencia de la A quo se señala tener en cuenta las pruebas aportadas por la fiscalía tales como lo son el testimonio de la víctima y los informes técnicos de medicina legal además manifiesta: “sobre los cuales no hubo observación alguna” omitiendo así lo planteado por la defensa en sus alegatos de conclusión donde cuestionó el testimonio del querellante precisando que “... la víctima en la narrativa de los hechos, no es claro cómo o de qué manera fue lesionado por el acusado, dándose cuenta hasta el otro día de su lesión en la mandíbula”.

Igualmente hizo cuestionamiento a los informes técnicos de medicina legal argumentando; que “...acude un intervalo de tiempo considerable, el primero en diciembre de 2011 y el segundo reconocimiento el 22 de enero de 2012, como quiera que los hechos ocurrieron el 17 de septiembre de 2011, lo que genera una duda frente a los hechos por parte de su defendido, duda que tiene cuando el único testigo de los hechos es el mismo querellante.”

A pesar de las observaciones de la defensa no se aprecia por parte de la juzgadora de primera instancia, respuesta alguna en la sentencia a dichas manifestaciones de tal manera que su fundamentación es prácticamente nula pues no va más allá de mencionar el testimonio de la víctima, sin someter este medio de conocimiento a la evaluación mediante el sistema de la sana crítica para fundar por qué razón se le cree al único testigo de cargo, sendero durante

el cual debió darle respuesta a la postura de la Defensa que puso en duda la existencia de la lesión como producto de una acción ejecutada por el procesado, conforme a la diferencia de tiempo de los dos dictámenes y a la solución de continuidad entre el altercado entre ellos y el momento en que se dio por enterada la víctima de una lesión en su mandíbula.

En esa medida de la motivación deficiente acerca de la responsabilidad penal del procesado, en cuanto sea éste el autor de la lesión sufrida por la víctima, es imposible exigirle a la Defensa exclusivamente la suficiente sustentación del recurso, al no trabar una controversia dialéctica con los fundamentos traídos en la providencia del primer nivel; simplemente porque la sentencia carece de las razones por las cuales la juzgadora decidió creerle a la víctima y a su vez desestimó la crítica que le hizo la Defensa a la prueba de cargo en el alegato de conclusión. Esto denota la trasgresión al debido proceso por el deber de motivación de las providencias y la violación al derecho de defensa pues el procesado y su representante deben tener claridad sobre los motivos por los cuales se le encuentra responsable para en su lugar atacarlos como lo demanda la sustentación de la alzada.

En tales condiciones se declara la nulidad de la sentencia de la jueza A-quo quien faltó a la obligación de motivar las razones que la llevaron a tomar dicha decisión.

Auto de segunda instancia (AC-139-14) del 29 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: anula la sentencia de primera instancia.

ACEPTACIÓN DE CARGOS – Para dictar la sentencia anticipada es necesario contar con los elementos de prueba que derroquen la presunción de inocencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 381 y 457

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24667 del 6 de abril de 2006, 25248 del 10 de mayo de 2006 y 31280 del 8 de julio de 2009; Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sería del caso, resolver la alzada con aplicación del principio de limitación de acuerdo con la controversia planteada, únicamente en relación con la procedencia del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sino es porque se advierte una irregularidad sustancial respecto de la presunción de inocencia del acusado, misma que a pesar de su aceptación del cargo, no ha sido derrocada con los elementos materiales probatorios mínimos que aún dentro de un procedimiento abreviado deben sustentar la certeza necesaria para una decisión de condena.

En el caso materia de estudio, la tipicidad no está demostrada. Más aún de la lectura que la Sala le da a la prueba de laboratorio, distinta a la del juzgador, se considera que el perito químico califica como un “falso positivo” el resultado de la prueba homologada de PIPH, al explicar que aquella se da, en razón a que el DILTIAZEN tiene “...una estructura química y grupos funcionales similares, lo

que permite que se reporte un falso positivo”, siendo en esta segunda oportunidad cuando se le solicita la aclaración, preciso en responder que la sustancia dejada a su disposición para la prueba química respectiva, es “Diltiazem” cuya composición se encuentra alejada de la definición de una sustancia estupefaciente, pues “...es un medicamento bloqueador de los canales de calcio. Afecta la cantidad de calcio en las células del corazón y de los músculos, esto produce una relajación de los vasos sanguíneos, lo que puede reducir la carga de trabajo del corazón. Este medicamento se utiliza para tratar la alta presión sanguínea y el dolor en el pecho causado por la angina.”

El juzgador de primer nivel, hizo caso omiso al término “falso positivo” y le bastó con que tuviera dicho medicamento características similares por las cuales reaccionara frente a las pruebas con Tanred y Scott, como si se tratara de alcaloides y/o cocaína, cuando de dicha explicación, se podría llegar a concluir que la sustancia que llevaba DILAN EULICES DICUE MESTIZO en un elemento en forma cilíndrica de metal, no corresponde a estupefaciente y por lo tanto su conducta no se adecua al tipo penal del artículo 376, pues no llega a la composición propia del: hachís, cocaína o sustancia a base de la misma; amapola; droga sintética; amilo, ketamina y GHB.

Nótese como el señor Fiscal, pese a haber solicitado un aplazamiento mientras hacía la aclaración, en la audiencia final al presentar los elementos materiales probatorios, guardó hermético silencio en relación con el resultado, el cual aportó pero sin señalarlo ni fundar en él la certeza de la tipicidad de la conducta.

Igualmente, del informe policivo de captura en flagrancia, de la lectura realizada, se puede constatar que ante la pregunta de los agentes del orden a dicho ciudadano de qué llevaba ahí, éste respondió que no sabía; por tanto el único elemento material probatorio de los aportados por el ente acusador que respalda la aceptación del cargo por parte del procesado es la prueba preliminar de PIPH que dio cuenta de tratarse de 1594 gramos, peso neto de cocaína y sus derivados, resultado desautorizado por la prueba científica de laboratorio, evento que demuestra la importancia e imprescindibilidad de esta última.

Corolario de todo lo anterior, es que la prueba científica de laboratorio, la cual arroja resultado positivo para una sustancia diferente a estupefaciente, como es el DILTIAZEM, convierte en ATÍPICA la conducta del procesado.

La cuestión se cierne ahora en la clase de decisión que procede bajo la situación anterior que le impedía al Juez de conocimiento proferir una sentencia condenatoria. Se debe elegir entre: (i) *absolver por atipicidad de la conducta*; (ii) *anular la actuación desde la aceptación del cargo* pues tratándose de un procedimiento abreviado es excepcionalísima la absolución, por cuanto su naturaleza es la de lograr una sentencia condenatoria anticipada.

En este asunto, la Fiscalía asistió ante el Juez de control de garantías por motivo de una captura en flagrancia por conducta para esa fecha, ajustable al tenor del delito previsto en el artículo 376 del Código Penal, conforme a la prueba preliminar de PIPH que dio positivo para “Cocaína y sus derivados”, con peso neto de 1.594 gramos, única experticia posible en el precario término de 36 horas, dispuesto legalmente para presentar al aprehendido ante el Juez Constitucional. De tal forma, la prueba de laboratorio para confirmar la clase de sustancia, se llevó a cabo, cuando ya el señor DILAN EULICES DICUE MESTIZO había recibido la comunicación de parte del ente acusador de la conducta y del delito por el cual se le vinculaba a un proceso penal y éste, de manera libre,

voluntaria y asesorado por un abogado, había decidido aceptar el cargo, asumiendo ser el autor de ese comportamiento punible.

Es destacable que dicha sustancia, siendo lícita, fuera oculta en un tubo metálico, al punto que fue necesario llevarlo a un taller para que lo abrieran. Una vez descubierta, que de acuerdo a los reactivos utilizados en la prueba preliminar diera positivo para cocaína y sus derivados, hallazgo que explicaba la manera subrepticia en la cual era transportada en un bus de servicio público, por el procesado; a esto, se suma el reconocimiento de autoría realizado por el capturado inmediatamente después de serle formulada la imputación, denotándose que por lo menos, en principio, el conocimiento del aspecto fáctico y su querer de llevarlo a cabo (dolo).

Del sorpresivo resultado de la prueba de laboratorio, alejado de la experiencia judicial, surgen varias hipótesis: (i) *¿está en lo cierto el perito de laboratorio o existe un error de su parte?*; de ser lo primero, por qué su propietario no se acercó a reclamarla ante la judicatura y el encargado de transportarla aceptó el cargo? (ii) *¿fue cambiada la sustancia en el camino al laboratorio de Labiesci, para efecto de impedir la sentencia condenatoria, de quien aceptó el cargo y la recuperación de la mercancía ilícita por parte de su propietario?*; (iii) *¿por el proveedor, fue engañado el dueño de la mercancía y así también el procesado, acerca del objeto ilícito de la sustancia?*, de esta forma se evidenciaría una mera “desvaloración de acción” que en nuestro Derecho Penal, se queda impune, pues está cimentado en delitos como este, y su gran mayoría en el “desvalor del resultado”.

Absolver, cuando el procesado aceptó ser autor de una conducta de tráfico de estupefacientes para ser condenado, pese a la atipicidad de la conducta a la cual se llegaría meramente por ese elemento material de prueba allegado después del allanamiento al cargo, sería impedirle al titular de la acción penal que lleve a cabo una labor investigativa tendiente a establecer la verdad en este asunto. Téngase en cuenta que además queda remanente de la sustancia analizada por el perito de laboratorio, de tal forma que las varias hipótesis pueden ser dilucidadas en búsqueda de la justicia material.

Descubrir la verdad, es un deber de la Fiscalía, distinto sería que los mismos interrogantes surgieran después de finiquitado el procedimiento ordinario, con pruebas practicadas y debatidas en un juicio oral, donde retrotraer la actuación significaría desequilibrar la balanza a favor de esta Parte para darle oportunidad de enmendar su desidia en la labor investigativa. Por el contrario, si resulta imposible dentro del procedimiento de la sentencia anticipada, emitir la condena por la aparición de un elemento material probatorio que desdice de la tipicidad del comportamiento aceptado por el acusado, ante el estudio del caso en concreto, con las circunstancias de este asunto, impera el decreto de la nulidad para que la Fiscalía adelante su función, caso en el cual de dilucidar los interrogantes a favor del procesado, solicitará la preclusión de la instrucción o si sucede al contrario le dará oportunidad nuevamente de una terminación anticipada antes de ir a una fase del juicio.

El fundamento legal de esta decisión es el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, por la violación del derecho de defensa y del debido proceso en aspecto sustancial, pues no es posible proferir una sentencia anticipada de carácter condenatorio sin que obren elementos materiales probatorios que reúnan el requisito del artículo 381 ejusdem como es *“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”*.

Como consecuencia se invalida lo actuado desde el momento procesal de la aceptación de cargos, inclusive (atendiendo a que no se solicitó medida de aseguramiento) y se restablecen los términos, de acuerdo a lo previsto en el Parágrafo 1º del artículo 317 del mismo estatuto procesal.

Auto de segunda instancia (AC-327-14) del 29 de octubre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: anula la actuación a partir de la aceptación de cargos.

HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad por exceder los límites de velocidad y adelantar en los tramos de vía donde existe línea separadora central continua.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Nacional de Tránsito, artículos 60, 73 y 107.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala al apreciar el compendio probatorio se aleja de la postura de la Defensa, respecto a que la sustentación del proveído atacado se soportó en la mera circunstancia de haber hecho el procesado un adelantamiento vedado que per se no fue la causa del accidente, misma que no fue establecida y de ahí su afirmación de no haberse superado una duda razonable acerca de si hubo o no un comportamiento culposo de parte del conductor de la buseta vinculado por la muerte de la menor, arrollada a la vera del camino.

Por el contrario, esa infracción al deber de cuidado, concretada en la transgresión a una norma de tránsito que demanda la prohibición de adelantamiento en zona demarcada por una línea amarilla continua, tiene una relación de determinación con el choque del rodante contra el muro de un desagüe que descontroló la dirección del mismo, evento que por impericia o por exceso de velocidad no pudo superar el conductor quien no es otro, que el señor EDUARD IVAN VELEZ ORTIZ actualmente sentenciado por el homicidio culposo, génesis de este asunto.

Lo anterior, distinto a lo señalado por el Censor, está probado no por las fotografías sino principalmente por los testimonios del agente de tránsito, RONALD GOMEZ NIEVES y por el conductor de la motocicleta, JESUS DARIO PATIÑO PEDROZA a quien sobrepasó la buseta segundos antes de que tropezara contra el obstáculo por el cual se desató su desordenado rumbo hasta terminar con la vida de la niña que con su hermano estaba por fuera de la vía, recogiendo pasto para alimentar a unos animales.

Desconoce la Defensa la integridad de esta prueba testimonial, pues a través de la misma, además del previo adelantamiento prohibido que ciertamente per se, no produce un volcamiento de tal naturaleza y la salida del rodante hasta donde se hallaba la víctima, fuera de la carretera, se establece que debido a esta acción imprudente, el rodante sacó las llantas laterales delanteras y traseras de la calzada, ciertamente estrecha, sin percibir el obstáculo propio del “cabezote de la alcantarilla” a la cual se refiere el testigo presencial in factum, el señor PATIÑO PEDROZA, fue el que desencadenó el descontrol del rodante con el funesto resultado conocido, una vez chocó contra el mismo.

Recordemos su descripción, la cual no ataca el recurrente, pues se limita en

forma descontextualizada a afirmar la falta de prueba sobre el exceso de velocidad con que conducía el acusado.

Si la Defensa se muestra conforme con la demostración a través de la prueba testimonial del agente de tránsito, de la infracción al deber de cuidado ejecutada por el procesado, al adelantar la buseta en zona prohibida de acuerdo con la demarcación de la línea amarilla continua, tampoco puede desconocer la colisión de las llantas delanteras laterales de este rodante con dicho “montículo de cemento” ubicado por fuera de la calzada, tal como lo registró dicha autoridad en el croquis realizado y lo ilustró a través de la fotografía.

Si la premisa fáctica anterior no tiene resistencia alguna por parte del Defensor, pues como pocas veces sucede, a falta de la autoridad de tránsito que reconstruye hipotéticamente lo ocurrido, en este asunto se contó con testigos presenciales que corroboran su tesis, ¿cómo romper entonces su relación de determinación con la salida del rodante hasta el sitio donde se hallaba la infante, siendo arrollada por este automotor?.

Para hacerlo con éxito, se tendría que eliminar de la representación mental de lo ocurrido conforme a dicha descripción no atacada por el disidente, el acto de adelantamiento, para concluir que de haber cumplido con la expectativa debida de su comportamiento acatando la norma de tránsito que le prohibía dicha maniobra, de todas maneras iba a tropezar contra el obstáculo que le hizo perder el control de la fuente de riesgo.

Pero el resultado es totalmente opuesto. Si el conductor EDUAR IVAN VELEZ ORTIZ no hubiera invadido el carril contrario para adelantar al motociclista sin la precaución debida de mantenerse además dentro de la calzada, tampoco habría chocado contra el muro en concreto y por consiguiente se habría mantenido dentro de su carril sin ir a parar sobre el cuerpo de la menor, como trágicamente sucedió. Es evidente entonces que su comportamiento violatorio de un mandato de tránsito (-art. 60 C.N.T.-), el cual no discute el Censor, explica finalmente la salida de la buseta de la vía hasta el sitio donde se hallaba la víctima.

Ahora bien, el exceso de velocidad, frente a un sistema probatorio de persuasión razonable o de sana crítica, contrario al de tarifa probatoria, se afina también en la prueba testimonial del motociclista, quien dijo conducir en ese punto a 70 u 80 kilómetros por hora; de tal manera que si el conductor de la buseta, inició el adelantamiento, lo hizo a una velocidad superior, maniobra durante la cual colisionó contra el muro de concreto que resguarda la alcantarilla. De lo ocurrido a continuación: el descontrol del rodante, la colisión contra una señal de tránsito, luego contra un poste de energía, premisas fácticas tampoco controvertidas por el impugnante, con volcamiento, denotan no tanto la falta de pericia si ya no estaba a su alcance con la mediana diligencia exigida mantener dentro de la ruta el automotor, pero si una velocidad más allá de la permitida (que no sobrepasa los 80 kilómetros por hora, dado que se trata de una zona rural de una mera calzada –art. 107 del C.N.T.-) inferida de la violencia de los impactos previos al arrollamiento de la ofendida, pues al chocar contra el objeto de cemento, no logra detener el rodante, tampoco puede hacerlo el poste de energía y tal fuerza hace inferir con bastante probabilidad el exceso de velocidad acusado por los demás testigos, entre ellos, por el señor ALFREDO PANTOJA, otro testigo presencial del accidente.

Pero si en gracia de discusión estuviera el exceso de velocidad, de forma que fuera admisible una duda razonable, aun así, permanece la prueba de la

responsabilidad penal a título de culpa para el procesado pues como ya lo vimos, el accidente si está determinado por su desacato a la prohibición de adelantar un vehículo en ese sector, pues fue durante esa ejecución que sacó las llantas laterales y colisionó contra el objeto contundente ya visto, que le eliminó el control o la dirección del volante, provocando el arrollamiento de la infante.

Debe entonces confirmarse la sentencia condenatoria, pues además la Defensa tampoco aportó pruebas que desvirtuaran los estadios fácticos a partir de los cuales se construye la infracción al deber de cuidado por parte del señor VELEZ ORTIZ ese día del 29 de noviembre de 2010 en la vía que conduce del Ingenio Cauca a Florida, de tal forma que revelando otros, pudiera fundar la atipicidad de su conducta desde el punto de vista objetivo o subjetivo, bien porque su actuar se hubiera desarrollado dentro de la expectativa de comportamiento que se tiene de un conductor de un rodante, quien para nada elevara el riesgo en forma jurídicamente desaprobada como por el contrario se demostró en este asunto, ni tampoco que se le hubiera presentado, para el caso, y en forma fatídicamente casual, un daño al automotor, imposible de prever y de resistir con mediana diligencia y cuidado.

No olvidemos que en este sistema procesal penal, cuando la Fiscalía ha cumplido como ocurre en este proceso con la carga probatoria de desvirtuar la presunción de inocencia frente a la conducta y el cargo enrostrado, la Defensa tiene la obligación de comprobar su hipótesis defensiva. Aquí el ejercicio, se limitó, sin éxito alguno, a ejercer el derecho de contradicción a las pruebas presentadas por el ente acusador y a los argumentos con los cuales se fundó tanto por dicha Parte y luego por el Juzgador del primer nivel, el juicio de responsabilidad penal del vinculado.

Colofón de todo lo anterior, es la confirmación de la sentencia condenatoria.

Sentencia de segunda instancia (AC-030-14) del 4 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – No es posible concederla en los casos de violencia contra servidor público.

Sentencia de segunda instancia (AC-403-14) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

PRISIÓN DOMICILIARIA – Se concede con fundamento en la pena prevista en la ley y no con la pena impuesta en la sentencia/SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – La condición de adicto no excluye el acto de la venta o el suministro de la droga a terceros.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 63.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Defensa alega la prisión domiciliaria con fundamento en la “pena impuesta” no en “la “pena prevista en la ley” como lo demanda el artículo 38 del Código Penal en su artículo 1º, sin objeción alguna por la aplicación ultractiva en virtud del principio de favorabilidad. De acuerdo con el artículo 376 inciso 2º que describe la conducta típica por la cual fue condenado CONDELMIRO BADOS CANO como es el delito de TRAFICO. FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES la pena prevista es la de 64 meses de prisión.

De lo anterior, se desprende que el legislador demanda el factor objetivo de la Prisión domiciliaria, en atención al principio de legalidad, no a las concesiones que haya realizado la Fiscalía para degradar un cargo sin prueba alguna, a cambio de la aceptación del compromiso penal del acusado en procura de una sentencia condenatoria anticipada. Su aceptación sin duda, tiene efectos en la pena impuesta, no en la “prevista en la ley”; para que así ocurriera, la calificación jurídica por la cual, finalmente se dictó la sentencia, tendría que ajustarse a la tipicidad estricta de la conducta atribuida al procesado y no es así en el caso sub exámine. De serlo, el preacuerdo sería ilegal pues la Fiscalía no estaría compensando la colaboración del procesado con la administración de justicia, al declararse culpable, antes de ser vencido en juicio.

Por lo tanto, razón le asistió al Juez de conocimiento al negarla porque no supera siquiera, el análisis del requisito objetivo.

El argumento por el cual se opone la Defensa a la decisión del A-quo de negarle a CONDELMIRO BADOS CANO el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no constituye “mejor razón” como es que siendo “adicto” requiere de su libertad para someterse a tratamiento terapéutico.

Tampoco está demostrada esa condición, la misma le fue aceptada dentro de la negociación con la Fiscalía sin asidero en elemento material probatorio alguno.

En su lugar, debe recordarse que su captura en flagrancia tuvo lugar en actos de verificación de expendio de estupefacientes por esta persona en la vía pública, en la dirección donde en efecto fue encontrada, con otros elementos indicadores que permiten inferir que a esto se dedicaba momentos antes de ser aprehendido en poder de la sustancia alucinógena. Fue a través de la negociación que el ente acusador decidió reconocerle tal “adicción” para enrostrar un error de prohibición vencible a cambio de su aceptación al cargo.

Si la Fiscalía, no acordó la concesión del subrogado, el Juez queda en libertad de apreciar la gravedad de la conducta imputada, sin las circunstancias reconocidas a través de una negociación para conseguir a cambio su aceptación del cargo. En este caso, cuando la génesis de este proceso penal partió de la venta de alucinógenos por parte del sentenciado, al punto que dicho verbo rector, también le fue formulado, su comportamiento per se, es grave, por el flagelo que todos conocemos constituye este acto para la salud de la juventud colombiana que a la vez repercute en problemas de orden público, que alteran la convivencia pacífica pues quienes sufren la adicción, atentan contra otros bienes jurídicos en pro de conseguir el dinero para obtener el estupefaciente o durante sus efectos, pueden ser proclives a la ejecución de distintos reatos.

Pero aún, partiendo de la figura negociada más no comprobada de su adicción a los estupefacientes, dicha condición no excluye el acto de la venta o el suministro a terceros de la droga a base de cocaína. El legislador ha concebido el derecho penal de autor en la redacción del requisito subjetivo del artículo 63

del Código Penal, y por consiguiente es relevante la reincidencia en la ejecución del mismo ilícito por parte de BADOS CANO, pues le muestra a la judicatura una característica personal y social que le da lugar a una inferencia contraria a la señalada en la norma. Significa entonces que en aras de los fines de la prevención general y especial de la pena, se requiere para el condenado, de tratamiento penitenciario.

Los tratamientos terapéuticos para los adictos requieren de la voluntad de los mismos para salir de “esa larga noche” a la cual se refiere el abogado defensor. La misma no le asiste a este procesado, pues en lugar de tratar de redimir su comportamiento pese a ser beneficiado pocos días atrás con una medida de aseguramiento no privativa de la libertad (3 de enero de 2014), volvió a atentar contra la salud pública (enero 21 de 2014), por consiguiente, según fuera ya condenado, tal aserto no puede justificar la suspensión de la pena. En tal sentido, además de los fines propios de la misma, hallarse en un establecimiento carcelario puede ayudarlo -de ser adicto en verdad- a la abstención por obligación de la sustancia estupefaciente y al inicio de su rehabilitación.

De todo lo anterior, se colige, la confirmación por el Tribunal de la sentencia impugnada, en los aspectos controvertidos por la Defensa.

Sentencia de segunda instancia (AC-440-14) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PERMISO PARA TRABAJAR A LOS CONDENADOS CON PRISIÓN DOMICILIARIA
– No es indispensable la presentación de un contrato de trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 65 de 1993, artículo 146.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-1510 de 2000; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 31383 del 1 de abril de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la tesitura propuesta por el recurrente, compete a la Sala determinar si los elementos aducidos por la actora como sustento de su solicitud de permiso para trabajar, tienen la entidad para garantizar el cumplimiento de la sentencia impuesta.

El trabajo extramural es una figura contemplada en el artículo 146 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) en los siguientes términos:

Beneficios Administrativos. “Los permisos hasta de 72 horas, la libertad y la franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaría abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva”.(negrilla de la Sala).

La Sala tiene el criterio, de que pese a su falta de regulación, quienes se encuentren descontando pena bajo el mecanismo de la prisión domiciliaria y pretendan utilizar el mismo para acceder a un trabajo remunerado, sin que ello implique redención de pena, el interesado debe aportar los elementos suficientes que permitan inferir al funcionario judicial, que se encuentra cumpliendo las obligaciones contraídas en la diligencia compromisoria (art. 68 del C.P.), así como la pena impuesta.

Dicho razonamiento considera la Corporación, hace parte del papel preponderante de los fines de la pena, pues de nada serviría la imposición de una sanción, la concesión de un mecanismo sustitutivo como la domiciliaria, si ésta última no es controlada y vigilada por la autoridad judicial (juez) y administrativa (INPEC) respectiva. De no ser así, ello se convertiría en una patente de corso que podría utilizarse como elemento evasivo en el cumplimiento de la condena impuesta, por ello resulta necesario que el funcionario judicial cuente con elementos de prueba que le permitan establecer por ejemplo la realidad socioeconómica del solicitante, la existencia real de un contrato o promesa laboral, así como sus condiciones, además de la verificación del acatamiento de las obligaciones contraídas al momento en que se le otorgó la prisión domiciliaria, lo cual le ofrecería una mayor convicción al momento de resolver este tipo de solicitudes con la certeza de que la misma tiene como único objetivo la realización de una actividad económica que le permita obtener una remuneración para efecto de suplir las necesidades requeridas y no como ya se indicó, la sustracción del acatamiento de una sentencia condenatoria.

De acuerdo con la disidencia propuesta por el apelante, debe la Sala indicar que el representante del Ministerio Público erró al considerar que para la obtención del permiso extramuros para trabajar, es requisito *sine quo non*, la presentación de un contrato de trabajo, pues tal y como se indicó en los párrafos anteriores, dicho beneficio administrativo no se encuentra regulado, luego entonces, exigir la presentación o aporte de determinados documentos como el ya referido, es irrelevante, en tanto que de los elementos aportados por la solicitante se desprenda la información necesaria o suficiente que permitan inferir la relación laboral por la cual deba concederse dicha autorización.

La misma, así como el horario de trabajo, el lugar en donde se ejecutará, la labor o sus funciones y la supervisión del mismo, se soporta en la petición impetrada por la sentenciada firmada, en aval de todos los datos y aseveraciones por el futuro empleador el señor Rafael Cruz Molina. El establecimiento se denomina “Granero Rafa la 22” el cual según el certificado de existencia y representación aducido por la señora María Alejandra Castaño Cárdenas está representada por el citado tal y como se puede apreciar a folio 210 de la carpeta, persona que en calidad de administrador es el encargado de supervisar el cumplimiento de la labor encomendada quien aparece en el certificado de la Cámara de Comercio.

Así mismo se consignó en la petición, la dirección del Granero “Rafa la 22” en el cual laborará la sentenciada, la cual coincide con la indicada en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Tuluá. Igualmente se determinó que el horario de trabajo es de lunes a viernes de 6:30 de la mañana hasta las 7:30 de la noche y su actividad será la de vendedora de abarrotes.

En ese sentido, no fue desvirtuada la información consignada por la condenada, pese a la facultad oficiosa con cual cuenta el Juez de Ejecución de Penas, tampoco resulta inferir que la misma es inverosímil, máxime cuando tal y como

se reseñó en párrafos anteriores dicho beneficio administrativo no se encuentra regulado, bastaría con que de los elementos aportados se puede desprender información suficiente que le permitan tanto al Juez como al INPEC vigilar el cumplimiento de la pena, y en este caso la misma se encuentra consignada en la solicitud aducida por la señora Castaño Cárdenas, suscrita por el señor Rafael Cruz Molina en aval a manera de certificación de ese contrato laboral.

A pesar de hallarse la firma del mencionado empleador sin autenticación la judicatura debe partir de dicha presunción que fehacientemente podrá verificarse por las autoridades respectivas y en forma inmediata posterior a su concesión, pues de haber sido engañada, procederá la revocatoria con la compulsa de copias contra la procesada por Falsedad en documento privado y Fraude procesal.

Auto de segunda instancia (AC-350-14) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

NULIDAD – Por omisión de la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 447.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sería del caso formular un problema jurídico conforme a la controversia planteada por los disidentes, pero la Sala observa una irregularidad sustancial del debido proceso, trascendente, que afecta la defensa material del acusado, y por consiguiente obliga a retrotraer la actuación a partir de la misma para que sea subsanada, a través de la nulidad.

Tal como quedó reseñado en los antecedentes judiciales, el Juez de conocimiento de este asunto, omitió la celebración de la audiencia de individualización de pena y sentencia dispuesta en el artículo 447 del Código Procesal Penal, que demanda:

“Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá

exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral.”.

En efecto el señor Juez Promiscuo Municipal de Obando, pasó del sentido del fallo directamente a la lectura de la sentencia.

La irregularidad anterior conforme a los criterios que orientan la declaratoria de las nulidades cumple con el de trascendencia, pues afectó el derecho de defensa del procesado en cuanto si bien es cierto está consagrada legalmente la exigencia de la indemnización de perjuicios en los casos de responsabilidad penal donde las víctimas son menores de edad, teniendo en cuenta que no se ha adelantado el incidente de reparación de perjuicios igualmente obligatorio en estos asuntos, dicha audiencia se convierte en un espacio donde se pueden llegar a ciertos acuerdos sobre el monto de los mismos y el pago respectivo, siendo el término fijado entre esta y la lectura de la sentencia, un tiempo prudente para darle la oportunidad al procesado de que indemnice. Por el contrario, en este caso, se pasaría del sentido del fallo a la lectura de la sentencia con orden de encarcelación por la negación del subrogado, porque el acusado aún de tener la intención de indemnizar no tendría la oportunidad de hacerlo antes de que finiquite el proceso en la primera instancia.

De igual manera, la Defensa podría optar por la solicitud de la prisión domiciliaria, presentando argumentos y elementos materiales de prueba. En la sentencia del Juez A quo no se abordó el tema porque se le concedió el rebatido subrogado pero si la segunda instancia lo revocara en atención a la norma prohibitiva, tampoco podría estudiar lo relativo a la sustitución pues no fue objeto de decisión en la primera ni de solicitud por la Defensa pues en últimas el argumento de los recurrentes debió escucharse en la audiencia de individualización de pena y sentencia para que el representante del acusado revisara otras opciones.

Aunque el defensor fue totalmente pasivo en estos aspectos, esto no convalida la irregularidad sustancial pues está conectada con un derecho fundamental del procesado y por ende con su defensa material.

En consecuencia se anulará la sentencia con el propósito de que se cumpla con el debido proceso realizándose la audiencia de individualización de pena y sentencia previa a la misma.

Auto de segunda instancia (AC-422-14) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: declara la nulidad a partir de la lectura de la sentencia, inclusive.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La materialidad del delito se demuestra con las pruebas de identificación preliminar homologada y definitiva de laboratorio y no con los testimonios de los agentes captores.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 376; Ley 906 de 2004, artículo 417, numerales cuarto, quinto y sexto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre otras, decisiones 22779 del 30 de junio de 2005 y 30214 del 7 de septiembre de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con los planteamientos de la defensa, son dos los problemas jurídicos a formular: (i) ¿en el caso concreto, reemplaza el testimonio del agente captor, la prueba de PIPH y la de Laboratorio para demostrar la sustancia estupefaciente, requisito del tipo objetivo? (ii) en caso de superar la discusión sobre la tipicidad de la conducta, ¿hay lugar a rebajar la pena al quantum mínimo de prisión previsto en el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal?

Es una premisa cierta de la actuación probatoria, reconocida en la sentencia del primer nivel e incontrovertible, que la Fiscalía no ingresó al acopio probatorio la prueba de PIPH ni la científica de Laboratorio, medios de conocimiento de carácter técnico y pericial para demostrar el peso y la clase de sustancia incautada, de acuerdo con la obligación de demostrar su teoría del caso conteste con una imputación fáctica realizada al procesado en el escrito de acusación, consistente en haberlo sorprendido transportando 4.410 gramos de Marihuana, de modo que la denominación jurídica correspondía al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el artículo 376 del Código Penal, tercer inciso, que así reza:

“Art. 376. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana...

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana...la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

La prueba aportada por la Fiscalía fue de carácter testimonial, compuesta por las declaraciones de los agentes del orden JOSE HERNANDO CALDERON BARBOSA y CARLOS ARTURO VINCHIRA ALDANA. El primero, en relación con la clase de la sustancia incautada en el tanque de la gasolina del vehículo tipo camioneta marca Renault dijo: *“Una vez se baja totalmente el tanque del vehículo y al quitar la tapa del combustible se puede observar dentro del mismo unos paquetes, al abrirlo se observan nueve paquetes de sustancia por sus características de color, olor, tallo y semillas similares a la marihuana.”* Que durante su experiencia como policía hasta esa fecha, había incautado 18 toneladas, en varios procedimientos.

El segundo, aseguró que las nueve bolsas eran contentivas de marihuana y ante

la pregunta de la Fiscalía, de porqué podía hacer esa afirmación, dijo: *“por las características, por el color, por las hojas, por los tallos, por las semillas y más, yo creo que en mi historial tengo por ahí 25 toneladas de marihuana que he incautado, no 5 ni 10 kilos, he incautado 4.800 kilos, 3.800, 2.000, ayer como a las 5:00 pm cogimos como 12 kilos”*. Al explicar las fotografías que tomó en el operativo, iteró que se trataba de marihuana *“por el color, por el olor, por las hojas, por el tallo, por la semilla y por la experiencia que uno tiene de tanto tiempo estar haciendo estas incautaciones.”*

Durante el contrainterrogatorio al respecto dijo: *“...y creo que me puedo equivocar pero no creo con esta experiencia que tengo, me vaya a equivocar,...no en asuntos de marihuana.”*. Sin embargo, ante la pregunta de si *“es posible que a través de esas bolsas plásticas se pueda impregnar de gasolina la sustancia?”* Contestó: *“eso si no tengo conocimiento si se pueda impregnar o no.”*: a renglón seguido expresó *“yo vi las bolsas y como le digo por mi experiencia.”*

Empero, en dos de las fotografías acreditadas con su testimonio, aparece un agente de la policía, abriendo una de las bolsas y con material en la mano, tal como corresponden las ilustraciones 7 y 8. Si dicho deponente dejó de revisar físicamente el material, al punto que no puede decir si estaban impregnadas o no de gasolina, que tanta seriedad puede tener entonces su diagnóstico si lo hizo a través de la observación de “las bolsas” y se limita a indicar que se trata de marihuana por las características que no especificó respecto del material incautado pues para nada describió el olor, el tallo, las hojas, el color para sustentar que son los que le corresponden a ese tipo de droga estupefaciente.

Ninguno de los dos deponentes da cuenta de haber entregado la sustancia a quien realizó la prueba de PIPH, haber observado dicho procedimiento y escuchada referencia alguna de parte de este investigador, acerca del resultado conseguido con el pesaje y la aplicación de los químicos respectivos. Mucho menos, respecto del procedimiento y resultado de la prueba de laboratorio. Esto para considerar, de habersele autorizado además, ante la imposibilidad de la Fiscalía de conseguir al testigo con quien pensaba introducir tales informes, que nos encontramos frente a una prueba de referencia que pese a su mermado valor tarifario, puede ser completada en términos de “certeza” con otros medios de conocimiento.

Si la marihuana, se detectara únicamente por el color, el tallo, las hojas y el olor, no habría necesidad de la prueba homogeneizada de PIPH y mucho menos de su corroboración a través del diagnóstico de un investigador de laboratorio científico. Tampoco, que a través de tales procedimientos se tuvieran que aplicar determinados químicos estandarizados (ácido clorhídrico, reactivo de Duquenois) para reconocer por reacciones colorimétricas que se trata de este alucinógeno o estupefaciente.

En el sistema procesal penal acusatorio, le corresponde a la Fiscalía la carga de la prueba con la cual debe demostrar a nivel de “certeza” la existencia de la conducta, su tipicidad y demás presupuestos de la teoría del delito hasta llegar a la responsabilidad penal. Si bien es cierto, no existe “tarifa probatoria” y hay libertad en la elección de los medios de conocimiento para conseguir dicha demostración, en el caso concreto, no se comprueba más allá de toda duda razonable, el objeto material del delito, con la lacónica sustentación de los testigos del por qué pueden dar fe de tratarse de marihuana y cuando los exámenes técnico científicos se hicieron, siendo los métodos de comprobación

preferente y ambos se encuentran ausentes en el compendio probatorio de este asunto, por falta de diligencia del ente acusador, como se sustentará más adelante.

Fue demostrado sin lugar a dudas, el hallazgo de las nueve bolsas plásticas, con sustancia vegetal, ocultas en el tanque de combustible del rodante manejado por WILSON OSPINA en la vía Cali – Andalucía KM 48, de acuerdo con los testigos de la Fiscalía, quienes revisaron el mismo hasta extraerlas de ese lugar. Esto aunado con su dicho, de tratarse de sustancia “similar” a la marihuana, tal como en su oportunidad lo escribió también el último deponente al realizar el “álbum fotográfico”, hace probable la tipicidad del comportamiento del acusado, pues su carácter ilícito, sería la razón para esconder ese material en bolsas plásticas en ese lugar del carro.

Sin embargo, resulta insuficiente para demostrar el objeto material inserto en la descripción típica, ante la falta de reemplazo por otros medios de conocimiento, del método homologado internacionalmente donde a través de la tarea de un experto, con la aplicación de químicos y la observación de ciertas reacciones estandarizadas, se llega a la conclusión de tratarse de cannabis sativa o marihuana. En este asunto, fuera de la conducta atribuida a WILSON OSPINA de ser el conductor de ese rodante, ningún otro testigo puede dar fe que éste había adquirido previamente esa sustancia al parecer estupefaciente porque se dedicaba a su distribución o pertenece a una organización criminal con antecedentes de narcotráfico, a nivel de ejemplo.

La inferencia razonable que resulta de la incautación realizada por los agentes del orden, no demuestra por sí sola, la tipicidad de la conducta; era obligatorio para la Fiscalía aportar pruebas que no dejaran hesitación alguna acerca de la clase de sustancia y no lo hizo, pues su delegado, olvidó la figura del “perito fungible” creada jurisprudencialmente para permitir en el caso de la no comparecencia de aquél que realizó el diagnóstico consignado en el informe, asista al juicio otro igualmente calificado por su formación académica y realice un nuevo examen o sustente el procedimiento y la conclusión de su homólogo.

Aceptar el testimonio de los agentes captadores, como la prueba demostrativa del objeto material del ilícito, descrito en la tipicidad objetiva, es atentar contra la igualdad de armas y el derecho de contradicción pues cómo defenderse de afirmaciones indefinidas como aquellas de que por su experiencia, esa sustancia vegetal era marihuana, o que lo sabían por su color, olor, hojas, tallo, sin aportar ninguna descripción afincada en la confrontación con la mata de marihuana. Tales, hacen imposible una verdadera confrontación como la que en efecto se logra, cuando el técnico o experto puede ser contra interrogado respecto de: (i) los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación; (ii) sobre los métodos empleados; (iii) sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza, entre otros.

Así, las cosas, la Sala le otorga razón en este punto sobre la crítica a la argumentación de la Jueza A-quo quien incluso se atrevió a plasmar a nivel de verificación que por las fotografías se podía colegir que se trataba de marihuana, además de la credibilidad de los testigos de cargo por la experiencia que dijeron tener en esta clase de incautaciones. Distinto entonces al alcance otorgado por la funcionaria a dichos testimonios en materia de la tipicidad, la colegiatura no puede soslayar el deber que le correspondía a la Fiscalía de probar a nivel de certeza, que se trataba de marihuana, cuando tenía toda la posibilidad de

hacerlo, no obstante la imposibilidad de conseguir al investigador que llevó a cabo la prueba preliminar homologada y al investigador del laboratorio que supuestamente corroboró el resultado de la misma en cuanto a la clase de sustancia. Se cierne en dicha materia, una duda insuperable, que debe ser reconocida a favor del procesado, como lo demanda el principio del in dubio pro reo en favor de su presunción de inocencia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta a nivel de la jurisprudencia penal colombiana que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que no es indispensable el dictamen pericial sobre la naturaleza de la sustancia en casos de narcotráfico, son antecedentes fácticos bien distintos pues se trata de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, donde las personas condenadas se les ha demostrado su militancia y su coautoría mediante división de trabajo para la distribución nacional e internacional del estupefaciente que no es posible ya su incautación o que lo ha sido con anterioridad, como objetos materiales del ilícito de procesos cursados por otra cuerda, en los que aún no habían sido vinculados tales acusados.

A contrario sensu, en el caso materia de estudio, si hubo incautación y por incuria de la Fiscalía, dejó de probarse más allá de toda duda la clase de sustancia decomisada, por tanto no puede extenderse la judicatura en detrimento del procesado a considerar que existe certeza del objeto material del delito a través de las declaraciones de los agentes captores por el análisis antes realizado.

En consecuencia, la condena del señor WILSON OSPINA será revocada, y en su reemplazo será absuelto del cargo de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. Por consiguiente, se ordenará su libertad inmediata la cual se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad competente.

Sentencia de segunda instancia (AC-088-14) del 24 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

PRISIÓN DOMICILIARIA - La condición de madre cabeza de familia reconocida por un juez de garantías debe ser demostrada también ante el juez de conocimiento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 83 de 1993, artículo 1; Ley 750 de 2002, artículo 1 y Ley 1238 de 2008, artículo 2.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-184 DE 2003.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La argumentación del libelista plantea como problema jurídico a resolver si la condición de madre cabeza de familia reconocida por el Juez de control de garantías que le sustituye la detención preventiva por detención domiciliaria a la imputada, exime a la Defensa de presentar elementos materiales probatorios en la audiencia de individualización de pena y sentencia cuando solicita la prisión

domiciliaria, para acreditar dicha calidad. De ser así, si es procedente concederle la sustitución pretendida, a la señora LUISA FERNANDA ARIZA MURILLO condenada como coautora del delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

El censor incurre en yerro cuando considera hallarse relevado de demostrarle al Juez de conocimiento la condición de madre o padre cabeza de familia para afinar la pretensión de prisión domiciliaria, por el hecho de que un juez de control de garantías durante la etapa de investigación, le hubiera concedido la detención domiciliaria por el numeral 5º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal.

Debe saber el libelista, que en el sistema procesal penal acusatorio no existe la permanencia de la prueba, y aunque se trata de elementos materiales probatorios, ni siquiera el que se hizo valer ante el señor Juez Segundo de control de garantías de El Cerrito –Valle-, como fuera según obra en el registro de dicha audiencia, el registro civil de nacimiento del menor, el mismo aparece incorporado a la carpeta, de forma que pudiera revisarlo el sentenciador de la primera instancia, en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Para nada puede confundirse el status de madre de familia, con el de madre cabeza de familia, requerido por la ley 750 de 2002 para la concesión de la prisión domiciliaria en protección de los intereses del menor de edad, concepto definido en la Ley 83 de 1993 en su artículo 2º que así reza:

“Artículo 2o. Modificado por el art. 1, Ley 1232 de 2008. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.” (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

A su vez el artículo 1º de la ley 750 de 2002 estableció:

*“Artículo 1º. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.
(....).”*

En efecto, tal como se lo hizo ver la juzgadora del primer nivel al abogado defensor, tales requisitos implican su constatación por parte del juez de conocimiento, pues en el caso concreto o en cualquier otro, dicha situación puede variar del momento procesal primigenio de resolverle la situación jurídica en una etapa investigativa donde permanece con mayor integridad la presunción de inocencia a cuando ya le ha sido anunciado el sentido del fallo de carácter condenatorio bien porque se le haya vencido en juicio o porque la vinculada haya aceptado el cargo unilateralmente o a través de una negociación con la

Fiscalía. En esa audiencia, el juez que va a dictar la sentencia requiere conocer a ciencia cierta no sólo de que la acusada es madre de familia sino que a ese momento le asiste una “deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

El señor Juez Segundo Promiscuo Municipal, según el registro de las audiencias preliminares concentradas, le bastó el registro civil de nacimiento donde figuraba como progenitora de un menor de menos de un (1) año de edad e infirió con fundamento en el número de personas halladas en el inmueble donde fue capturada la madre en situación de flagrancia, de conservación de estupefacientes, que en realidad el niño quedaba en estado de abandono y desamparo; por lo que entonces sin ninguna duda resultaba adecuada y proporcional dicha sustitución de la medida de aseguramiento intramural.

Pero ya en la audiencia de individualización de pena y sentencia, llevada a cabo por la misma aceptación unilateral del cargo por parte de la imputada, casi dos (2) años después, dicho status no puede ser “homologado”, sin ningún elemento material probatorio puesto de presente al Juez de conocimiento, que acredite sin lugar dudas los elementos propios del mismo, definidos en la normatividad antes citada. Ni siquiera se presentó por parte de la Defensa ni de la Fiscalía un estudio socio económico actualizado distinto al que se diligenciará el día de la aprehensión de la procesada en el cual prácticamente se consignaron sus condiciones civiles.

Por otro lado, el impugnante guarda total silencio sobre el análisis del requisito subjetivo realizado por la señora Juez Segundo Penal del Circuito de descongestión ordenado por el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, por el cual, aún en el caso dijo, de superar el primero a favor de la señora ARIZA MURILLO (la condición de madre cabeza de familia) estimó por la modalidad de la conducta que colocaba en peligro a su infante. Era del caso para la Defensa, haber presentado elementos materiales probatorios acerca del “...*desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora...*” que previamente hubieran desestimado el pensamiento así plasmado por la A-quo para privilegiar el interés del menor de edad que como ya sabemos por decisión de la Corte Constitucional no opera automáticamente por la mera condición de madre cabeza de familia, como lo recabó la Jueza A-quo.

En el caso materia de estudio, ni siquiera puede aducirse una irregularidad sustancial del debido proceso por no hacer uso la señora Jueza de primer grado de la facultad señalada en el inciso 2º del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, porque además de tratarse de una facultad no de una obligación, dicha diligencia corresponde a la “ampliación” de la información que debió ser aportada de la Parte quien procura la concesión del subrogado y en este caso en concreto, la Defensa, tal vez por estrategia, dejó de aportar elementos materiales probatorios que demostraran los supuestos de hecho necesarios para la prisión domiciliaria que persigue. Por lo demás, ningún ataque hizo a los argumentos por los cuales desde el punto de vista del requisito subjetivo, la funcionaria judicial le negó a la procesada tal subrogado.

En tales condiciones, es necesario CONFIRMAR la sentencia en el punto atacado.

Sentencia de segunda instancia (AC-439-14) del 25 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia en lo que fue objeto de apelación.

RECURSO DE APELACIÓN – No procede contra la declaración de impedimento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

FUENTES FORMALES: Ley 906 de 2004, artículo 65.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Visto lo expuesto, y sin mayores elucubraciones, la Sala se abstendrá de “resolver el recurso de apelación”, toda vez que conforme lo demanda el artículo 65 de la Ley 906 de 2004, contra la decisión que se profiera en el trámite de un impedimento no procede recurso alguno. Veamos:

“Artículo 65.- Improcedencia de la impugnación. Las decisiones que se profieran en el trámite de un impedimento o recusación no tendrán recurso alguno”.

Conforme con la norma reseñada, resulta por demás desatinada la decisión de la jueza al señalar que contra su declaratoria de impedimento procedían los recursos de ley y más desacertado aún, que tanto la Fiscalía como la Defensa, conocedores de la ley procesal hagan uso del mismo, situación que evidentemente desdibuja dicha figura, pues procedimiento a seguir es remitir las diligencias al juez que le sigue “en turno” tal y como lo demanda el artículo 57 del C.P.P., quien es el que debe resolver si la causal invocada por la A-quo se encuentra fundada. En caso de no ser aceptada, deberá ya en ese punto decidir la Corporación. Por lo tanto, debió la jueza, una vez declarado su impedimento, remitir de inmediato la carpeta a su homólogo en la ciudad de Tuluá.

Con fundamento en lo expuesto, y en aras de garantizar el principio de economía procesal y celeridad, se ordenará que por la secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial se disponga de inmediato la remisión de esta carpeta a la Oficina de Apoyo Judicial de Tuluá, para que la misma sea sometida a reparto entre los Jueces Penales del Circuito de dicha ciudad.

Auto de segunda instancia (AC-469-14) del 27 de noviembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana I Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación.

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES - El porte de estupefacientes para el consumo personal, aunque supere la dosis mínima, es una conducta que no lesiona el bien jurídico de la salud pública.

NOTA DE RELATORÍA: cambio de criterio jurisprudencial en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Penal, decisión 42617 del 12 de noviembre de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme a la postura del recurrente, debe la Sala dilucidar si la conducta desplegada por el procesado, está ausente de antijuridicidad material.

Concretamente, si de las pruebas recaudadas en la fase de juicio oral se puede afirmar más allá de toda duda que el estupefaciente encontrado al procesado y que superaba el límite de la dosis personal, no lesionó el bien jurídico de la salud pública por no estar destinado a la comercialización, sino a su consumo personal.

Iniciará la Sala por señalar que comparte la argumentación del recurrente, acerca de la fragilidad de la prueba respecto del verbo rector “vender” atribuido al procesado a quien se le sorprendió en poder de sustancia derivada de la cocaína en cantidad 8.46 gramos como peso neto, acordándose como estipulado su condición de fármaco dependiente.

La carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía y desde ese punto de vista, el ente acusador llevó al juicio a los agentes de la policía quienes siendo objetivos, aseguraron que no vieron un traslado de mercancía a cambio de un pago por parte del acusado. Tampoco le fue encontrado al otro sujeto estupefaciente alguno, en verificación de la llamada a la estación de policía por medio de la cual se les informó previamente de que en ese sitio, LUIS ALFONSO FLOREZ le vendía alucinógenos a GUSTAVO ADOLFO GOMEZ GOMEZ.

La versión de este último, quien soportaría un verbo rector distinto al de “llevar consigo” en contra del acusado, como la venta, el ofrecimiento o el suministro, no ingresó ni siquiera como prueba de referencia y por tanto no puede ser tenida en cuenta por la judicatura.

Es una circunstancia probada, la incautación al procesado, de la suma de \$66.850 en dinero ciertamente menudeado pues según el acta, habían 12 billetes de \$2.000; 3 billetes de \$5.000; 5 billetes de \$1.000, 10 monedas de 100, 200 y 500 pesos, entre otros, circunstancia que sí permite una inferencia razonable aunada al verbo indicador del porte de estupefaciente y de la compañía de un tercero, que el alucinógeno, por su portador, igualmente podía estar destinado a la venta.

Se estipuló concerniente a la prueba psicológica, la condición de fármaco dependiente del procesado, no la versión que aquel le rindió al profesional sobre los hechos.

Así, de las pruebas que estrictamente ingresaron al plenario, se comprobó fehacientemente como lo acepta la defensa, el porte, no la venta del estupefaciente.

Los argumentos traídos por la funcionaria del primer nivel para afincar el segundo verbo rector (vender) como que el consumidor ante la presencia de la policía no intenta deshacerse del estupefaciente y las referencias de los testigos de tratarse de un expendedor por mención de “la comunidad”, constituyen respectivamente un prejuicio y una mera especulación basada en el rumor callejero, los cuales no pueden edificar la certeza sobre ese acto típico.

En tal sentido, la incautación, únicamente evidenció el “porte” pues la inferencia razonable por el dinero decomisado, tampoco alcanza el grado exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar por venta de alucinógenos; se requería que la Fiscalía realizara una verdadera investigación y no se quedara con la mera demostración de la flagrancia, pero nada acopió durante la fase investigativa, a partir de tal indicio. El mismo no tiene la fuerza requerida para considerar la certeza de la actividad consistente en venta del estupefaciente, pues

sería tanto como admitir que una persona portadora de alucinógenos nunca puede llevar dinero en bajas denominaciones. Era deber del ente acusador indagar en esa “comunidad” para hacer visibles las personas a quienes les pudiera constar que LUIS ALFONSO FLOREZ había sido visto con anterioridad comercializando estupefacientes, para reforzar la inferencia razonable a partir del hallazgo en su poder del dinero y de las papeletas de bazuco.

Los gendarmes que realizaron la captura, son claros en señalar que no les consta la condición de expendedor, únicamente la de consumidor. Tratándose además de un derecho penal de acto, nótese como el día de la captura pese a la referencia telefónica, ninguna papeleta de bazuco fue encontrada en manos de quien lo acompañaba, y al no ingresar como prueba de referencia la mentada entrevista de ese sujeto, cuyo dicho todos los policiales relatan de oídas, se itera, únicamente se puede tener como probado, el verbo rector de “llevar consigo” no el de la “venta” aceptado por la jueza de instancia, al ser contaminada con una información que no logró sustraer mentalmente del acopio probatorio, tal como correspondía por su inexistencia, de acuerdo con las únicas incorporadas legalmente al plenario.

Conclusión a nivel de los hechos: El señor LUIS ALFONSO FLOREZ, el 15 de enero de 2013, llevaba consigo 8.46 gramos netos de cocaína y sus derivados, siendo adicto a su consumo. Esto es lo realmente demostrado por la Fiscalía. Por consiguiente, el comportamiento del enjuiciado es típico pues se adecua al tipo penal consagrado en el segundo inciso del artículo 376 del Código Penal y desde el tipo subjetivo le asiste el dolo, es decir el conocimiento de la conducta y la voluntad de llevarla a cabo, aspecto que en ningún momento ha controvertido la Defensa.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia varió su precedente en esta materia en un asunto donde las circunstancias fácticas de la captura son similares al asunto cuyo estudio nos ocupa. Veamos:

El 6 de febrero de 2012, a eso de las 12:38 horas, en una zona boscosa del barrio Paris del Municipio de Bello, específicamente en la carrera 80 con calle 21, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje en el sector, cuando se desplazaban a realizar una requisa a dos personas que se encontraban en este lugar, observaron cuando una de ellas, quien posteriormente fue identificado como John Henry Montoya Bustamante, arrojó una bolsa transparente al suelo, y al ser revisada se halló en su interior 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína.

Dicha conducta, similar a la atribuida y probada del señor LUIS ALFONSO FLOREZ antes de esta decisión, tenía el siguiente tratamiento jurídico por el alto Tribunal:

“La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho- el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese

orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.”

La nueva tesis del máximo órgano de cierre de justicia, por medio del cual casó la sentencia para absolver a dicho procesado, luego de un exhaustivo recuento de las providencias relacionadas con el tema, está basada en las siguientes conclusiones provisionales:

“En síntesis, a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.”

“1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).

2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que

habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.”

Termina con la siguiente,

“7. Reflexión final

En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por

las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.”

Ya en este asunto, al confrontar la disertación anterior con la conclusión fáctica probatoria a la cual llegó este juez colegiado luego de revisar lo enseñado por las pruebas legalmente practicadas durante la audiencia de juicio oral como es que al acusado con certeza sólo se le puede endilgar que “el 15 de enero de 2013, llevaba consigo 8.46 gramos netos de cocaína y sus derivados, siendo adicto a su consumo”, hay lugar a confluir en su absolución pues no se puede predicar que tal exceso en la dosis mínima, a nivel de presunción de derecho, puso en peligro la salud pública por su potencialidad a ser suministrada a otros, a cualquier título.

O en otras palabras, como la Fiscalía a través de un legítimo ejercicio probatorio fue incapaz de demostrar más allá de toda duda que esos 8.46 gramos tenían un destino distinto al consumo propio de la adicción del procesado, por lo menos debe reconocérsele la duda en tal sentido. Al quedar entonces en esa premisa fáctica que vincula su adicción con el porte de dicho alucinógeno así sea en cantidad superior a la dosis mínima permitida por el legislador, conforme al cambio jurisprudencial por el órgano de cierre de la justicia ordinaria, no es posible predicar la antijuridicidad material de su comportamiento frente respecto a la potencial lesividad del bien jurídico de la Salud Pública.

Razón le asiste al Censor, hoy con apoyo en esta nueva postura de la Corte Suprema de Justicia. La decisión adoptar entonces, será la revocatoria de la sentencia condenatoria para en su lugar absolver al acusado. Se le otorgará la libertad inmediata, librándose la respectiva orden de excarcelación, la cual deberá hacer efectiva el director del establecimiento carcelario donde se encuentra, una vez verifique que no le asiste requerimiento en contra de su libertad por otra autoridad judicial.

Sentencia de segunda instancia (AC-084-14) del 3 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

FRAUDE PROCESAL – De quien se vale de falsa identidad para intervenir en diversas actuaciones judiciales.

Sentencia de segunda instancia (AC-453-14) del 3 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD – Valoración e importancia de sus testimonios/MENORES DE 14 AÑOS – La ley no les otorga capacidad para decidir y actuar de manera libre en el campo de la sexualidad.

Sentencia de segunda instancia (AC-450-14) del 4 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.

NULIDAD – La negación de la prueba de referencia no es trascendente cuando esta constituye el fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 381.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 37228 del 27 de febrero de 2013 y 36518 del 9 de octubre de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la controversia planteada por el disidente, esta sección de la Sala Penal, plantea el siguiente problema jurídico: ¿De existir la irregularidad acusada por el delegado de la Fiscalía, la misma cumple con el criterio de trascendencia, porque de haber ingresado la entrevista del único testigo presencial del homicidio, como prueba de referencia, la sentencia habría sido condenatoria?

[...]En el caso concreto, el delegado de la Fiscalía además de enseñar la irregularidad sustancial, que sin duda lo es, porque todas las declaraciones practicadas en el juicio oral daban cuenta de la imposibilidad de conseguir a Luis Fernando Valencia Caicedo para que compareciera ante el estrado y de ahí la procedencia de admitir su entrevista acreditada por el investigador que la tomó, como prueba de referencia, pero aun así debía sustentar la trascendencia, en el entendido de si la sentencia tendría un sentido contrario y por qué; cuál sería la incidencia de esa prueba de referencia en las resultas del proceso.

El apelante se limitó únicamente a afirmarlo cuando señaló: “...es que si se hubiese aceptado introducir la entrevista del señor LUIS FERNANDO VALENCIA CAICEDO como prueba de referencia, otra sería la suerte de este caso.” De tal manera, dejó de sustentar la gran importancia de la misma, de forma que de haberse incorporado, la sentencia necesariamente habría de ser condenatoria.

Empero, la Sala hará el ejercicio para denotarle al recurrente que aún de asistirle toda la razón en el yerro y la arbitrariedad del funcionario judicial de la primera instancia, en tanto no solo se equivocó al no permitirle sino que le negó la apelación cuando se trataba sin duda de una decisión de fondo, en cuanto se negaba una prueba así fuera en la instancia del juicio oral, tal dislate no tiene la trascendencia necesaria porque de haber ingresado, no podría sustentar un fallo de condena contra el acusado.

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, demanda:

“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.” (Destaca la Sala).

Descendiendo al caso en concreto, cuando los deponentes traídos por la Fiscalía, los agentes investigadores (3) y la hermana de la víctima (1) ninguno dijo haber presenciado los hechos, ni constarles las circunstancias antecedentes, concomitantes o posteriores a la conducta violenta atribuida a MIGUEL ANGEL MARTINEZ SOLANO, la entrevista de LUIS FERNANDO VALENCIA CAICEDO, único testigo presencial in factum, por más que señale al

procesado como el autor de dicho reato, sería insuficiente para constituir, el requisito del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en virtud de la tarifa menguada de su valor probatorio, como precedentemente se evidenció.

Así las cosas, de retrotraer la actuación con el fin solicitado por el disidente, el resultado sería entonces el mismo, una sentencia absolutoria porque la entrevista que ingresara como prueba de referencia, se encuentra solitaria en el recaudo probatorio, para infirmar la responsabilidad penal del acusado. De tal forma, que la presunción de inocencia volvería a quedar incólume, siendo un desgaste innecesario para la administración de justicia haber repetido en ese caso, parte del juicio oral, para llegar a la misma conclusión que hoy se pretende dejar sin valor alguno.

En esas condiciones, está visto, que la irregularidad indicada por el censor, no reviste de la trascendencia necesaria para decretar la nulidad pretendida. Por consiguiente, la Sala, cuando incluso no es materia de debate la carencia actual de prueba que demuestre la autoría del homicidio por cuenta de MARTINEZ SOLANO, por las particularidades de la misma atrás resumidas, no tiene camino distinto que el de confirmar la sentencia absolutoria proferida a su favor por el A-quo.

Sentencia de segunda instancia (AC-031-14) del 5 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia absolutoria.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE – Las empresas de transporte responden de manera solidaria por los daños que se ocasionan con los vehículos a ella afiliados/COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – No son responsables cuando pactan y demuestran que el sentenciado no tenía licencia de conducción ni autorización del asegurado para conducir el vehículo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 103 y 107; Código Civil, artículos 2341. 2347, 2349 y 2356; Código de Comercio, artículos 1077, 1127 y 1133.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 6762 del 25 de febrero de 2002 y 7627 del 20 de junio de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

“El tercero civilmente responsable es la persona que civilmente debe responder por el daño causado por la conducta del condenado, siendo su papel responder por el hecho ajeno y resarcir los perjuicios ocasionados a la víctima. La obligación de reparación solo nace una vez se ha determinado la generación del daño y con posterioridad a la sentencia de condena. La figura del tercero civilmente responsable tiene su fundamento en la existencia de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, también conocida como indirecta o refleja.”

De acuerdo con artículo 107 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el tercero civilmente responsable, es la persona –natural o jurídica- que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del condenado.

En contraste con la responsabilidad directa, nuestra legislación contempla una responsabilidad indirecta. El artículo 2347 del Código Civil establece que:

“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”.

Seguidamente, la norma trae varios ejemplos de esa forma de responsabilidad, verbigracia, (i) la de los padres respecto de los hijos menores que habiten en la casa; (ii) la del tutor o curador en relación con la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia; (iii) la de los directores de colegios y escuelas, por los hechos de sus discípulos mientras estén bajo su cuidado; y (iv) la de los artesanos y empresarios por los hechos de sus aprendices y dependientes, mientras estén bajo su cuidado. En ese sentido, la ley presume que por los daños que causen tales personas, deben responder quienes respecto de ellas tenían el deber de ejercer en forma adecuada la vigilancia y control.

Frente a dichas circunstancias, la víctima debe probar (i) el daño; (ii) que el mismo fue causado ya sea por el menor, por el pupilo, por el aprendiz o por el dependiente (imputación), y (iii) que ese directamente responsable estaba bajo el cuidado y control de otro –lo que puede surgir, ya por mandato de la ley o por una relación laboral o contractual-.

De manera que la responsabilidad para el civilmente responsable se genera cuando el directamente responsable -trabajador o dependiente- ha causado el daño mientras cumplía una función encomendada, esto es, mientras estaba bajo el cuidado del empleador. Es, entonces, la subordinación y la vigilancia que este debe tener respecto del primero lo que presume la culpa de aquél.

Ahora, cuando el daño fue causado en ejercicio de una actividad peligrosa, es preciso determinar bajo la guarda de quién se encontraba ella.

De lo anterior es posible deducir el desatino por parte del incidentante al llamar a responder solidariamente como tercero civilmente responsable a la señora Ana Lucia Herrera Játiva, cuando no es en este caso la responsable, pues no estaba en cabeza de ella la guarda o custodia del bien para el momento de la ocurrencia de los hechos, situación que se evidencia con la mera inspección al certificado de tradición del vehículo. Por el contrario la guarda o custodia del bien estaba soportada, para la fecha de ocurrencia de los hechos, en la señora Francy Juliette González Arango, es entonces ella, en consecuencia, quien debería responder en este caso como tercero civilmente responsable.

Ahora bien, es necesario aclarar que tampoco es cierto alegar que sea la señora Herrera Jativa el tercero civilmente responsable por haber comprado el vehículo en ese estado, por cuánto como se demuestra con certificados de tradición auténticos, en ellos no consta que el vehículo se encontrara implicado en un delito ni que tuviera pendiente alguno.

Ahora bien con respecto a la responsabilidad que surge por parte de la empresa de transportes es sabido que quien causa un daño debe resarcirlo, y que si éste se origina en el ejercicio de una actividad peligrosa, a la víctima le basta acreditar el perjuicio que se le ocasionó y su nexos causal con la conducta desplegada por su demandado, para que se abra paso la pretensión indemnizatoria, toda vez que, en esa hipótesis, debe presumirse la culpa por un

daño que es imputable a la negligencia de otra persona. Así lo establecen los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

En el caso concreto, es posible señalar que la empresa Transportes Argelia y Cairo S.A., es responsable solidaria por el solo hecho de la vinculación del vehículo a la misma, de cuyo servicio obtenía un aprovechamiento económico y de ordinario ejercía su dirección y control. Resulta inconcebible su desconocimiento sobre los días de descanso del conductor habitual si no lo era el procesado y la persona que debía reemplazarlo, pues tal vigilancia le correspondía y tenía la capacidad para controlarlo, a través del radio, de planillas, de la misma entrega del rodante, entre otros.

Al permitir esta empresa de transporte, desde su propia tesis que el conductor por ellos contratado buscara libremente quien lo reemplazara, igualmente entonces aceptó tal representación y desde esa perspectiva distinto a lo dicho por el apelante, la empresa si infringió el daño y tiene la obligación de aportar al pago de los perjuicios.

Precisamente el artículo 2349 que trae a cita es el que funda su responsabilidad civil extracontractual, porque al permitirle al dependiente que eligiera libremente quien hiciera su reemplazo en ese tiempo de descanso, de tal manera que representara a la misma en el desarrollo de su objeto social: “1. La prestación de servicio público de transporte terrestre automotor en todas sus modalidades...” podía prever esta situación y habría podido impedirlo de haber ejercido el control ordinario. El señor Betancur no tomó el rodante en forma “abusiva”, se lo entregó en su tiempo de descanso tal como lo dijo, para que lo relevara en la labor “habitual” el conductor autorizado por la empresa, sin que esta ni siquiera se percatara cuando podía y debía hacerlo.

Se dice por el recurrente que la empresa no era guardián de la actividad peligrosa, ni material ni jurídicamente, pues era operado y explotado por su propietaria. Sin embargo, no presentó prueba alguna al respecto y se contradice cuando acepta el fallo de la juzgadora A-quo en el caso de haberse demostrado esa relación de dependencia con el conductor de la empresa.

El representante legal de la misma, JOHN JAIRO AGUIRRE SALAZAR, en su declaración, señaló que el taxi se hallaba afiliado para la fecha de los hechos y que pagaba el derecho de radio y de rodamiento, llamó en garantía a la empresa de Seguros y nunca ingresó el contrato realizado con su propietaria, para la época la señora FRANCY YULIETH GONZALEZ ARANGO, por tanto se infiere de la mera afiliación en concordancia con su objeto social, que si tenían el control y vigilancia del rodante, de ahí que tuviera el nombre del conductor autorizado, el cual no aportó, empero aceptó esa relación de subordinación con el chofer de ese taxi, con su manifestación defensiva consistente en desconocer al sentenciado como el autorizado para maniobrarlo. Tal como lo hizo el Censor cuando afirmó: *“Sería el único caso en que un conductor sin tener licencia para conducir vehículos de la clase y condiciones pueda ser admitido en una empresa organizada como es Transportes Argelia y Cairo”.*

Ninguna credibilidad tiene que se preocupe en suscribir una póliza de responsabilidad civil extracontractual para automóviles de servicio público de su empresa, como era el taxi operado por el autor de la conducta génesis del proceso penal y ahora resulte que toda la responsabilidad extracontractual debe recaer en cabeza de su propietaria, quien no fue vinculada al incidente. Nótese como a través del interrogatorio de parte se cuidó de señalar en qué consistía el

contrato de la empresa con dicha señora. Es contradictorio que no recibiera beneficio económico alguno y siendo este automotor, uno de los cuales llevaba a cabo la actividad propia de la razón social de la empresa que gerencia, el control y la subordinación fueran condiciones también a cargo de la titular del dominio del vehículo.

Por consiguiente, al haberse infringido el daño, en una fecha donde estaba vigente la afiliación del rodante a dicha empresa, en ejercicio de la actividad propia del razón social, como es el transporte público, la empresa Transportes Argelia y Cairo es solidariamente responsable en el pago de los perjuicios causados a la víctima ese 8 de diciembre de 2007, por las razones expuestas. En ese sentido, no se revocará la sentencia.

Ahora, tiene razón el Censor en la responsabilidad civil que le atañe al sentenciado penalmente, al señor JOSE LUIS BETANCOURTH MONTOYA respecto de quien la señora Juez de la primera instancia omitió condenarlo solidariamente en el pago de perjuicios en la parte resolutive de la providencia, porque en la parte motiva si precisó: *“... esta sentencia condenatoria que hoy se dicta tiene como génesis la sentencia condenatoria que se profirió contra el señor JOSE LUIS BETANCOURTH MONTOYA a quien se condenó como autor responsable del delito de lesiones personales culposas. Dice el artículo 2341 del Código Civil que todo delito genera un daño y todo daño tiene que ser resarcido.”* La Sala enmendará este yerro, modificando la parte resolutive en tal sentido, pues sin ninguna discusión al respecto, está clara la responsabilidad civil que le asiste a quien fuera considerado autor penalmente responsable del ilícito de LESIONES CULPOSAS causados en la humanidad de ANA LUCIA ESCALANTE NOREÑA.

A la luz del Código de Comercio tenemos en materia de seguros que,

ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

ARTÍCULO 1127. DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD. *Subrogado por el art. 84, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

ARTÍCULO 1133. ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR. *Subrogado por el art. 87, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el*

asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

Descendiendo al caso que nos atañe, mediante los interrogatorios hechos en la audiencia de incidente de reparación integral, fue posible para la aseguradora probar que el sentenciado no tenía relación ni con la asegurada, señora Francy Juliette González Arango (propietaria del vehículo), ni con el tomador de la póliza, Transportes Argelia y Cairo, por lo cual no se encontraba autorizado para la conducción del vehículo taxi, al igual que probó de manera verbal y documental que el sentenciado no contaba con licencia vigente para la conducción de vehículo de servicio público.

Así las cosas la aseguradora La Equidad Seguros Generales O.C., logró probar dos causales eximentes de responsabilidad por lo cual no debe responder solidariamente por los perjuicios causados a la víctima María Lucia Escalante Noreña.

El contrato es ley entre partes y ciertamente en la póliza de seguros aportada se establece como “Amparos”:

“La EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, que en adelante se llamará LA EQUIDAD con sujeción a las condiciones de la presente póliza, indemnizará hasta por la suma asegurada, estipulada en la carátula de la póliza o en sus anexos, los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado de acuerdo a la legislación colombiana, por lesión, muerte o daños a bienes de terceros, ocasionados a través del vehículo amparado, siempre que se le demuestren al asegurado judicialmente como consecuencia de sus acciones u omisiones, de acuerdo con los riesgos asumidos por la EQUIDAD y definidos en esta póliza o en sus anexos.”

En materia de exclusiones, las partes pactaron:

“2. Exclusiones.- La Equidad quedará exonerada de toda responsabilidad bajo el presente amparo cuando se presente una o varias de las siguientes causales:

(...)

2.7.- Cuando el conductor desatienda señales reglamentarias de tránsito, carezca de licencia vigente o de categoría para conducir el vehículo asegurado.

(...)

2.11.- La conducción del vehículo asegurado por personas no autorizadas por el asegurado.”

Además del testimonio del señor JOSE LUIS BETANCOURTH MONTOYA durante la práctica de pruebas en el incidente, quien señaló que no tenía para esa fecha permiso para conducir, vigente, también se demostró por documento obrante a folio 447 de la carpeta que ciertamente tenía vencida la licencia C1 –para conducir vehículos de servicio público- desde el 26 de julio de 2003 hasta la fecha en que rindió su versión en dicho trámite. Tal condición, produce que aún en el caso de ser la persona escogida por el asegurado, sólo este último habría de responder solidariamente por ser un factum de exoneración expresa de la obligación de la compañía de seguros, llamada en garantía.

La segunda causal también se demostró, pues si bien, se mantiene la responsabilidad civil extracontractual para la empresa Transportes Argelia y

Cairo por su falta de control en su función de vigilancia del destino del rodante, la colegiatura no puede desconocer los términos del seguro, (folio 445) donde la asegurada es la propietaria de entonces, la señora FRANCY YULIET GONZALEZ ARANGO, siendo errada la premisa de la cual partió la jueza A-quo para condenar a la aseguradora, consistente en que se aseguran los vehículos y no las personas. Por el contrario, en este asunto de la póliza de seguros se extrae que la “asegurada” era la dueña del rodante para esa fecha, de forma que la aseguradora responde por los daños que ella realice y no por los causados en su vehículo por cualquier persona, cuando la prueba apunta a que en efecto, no estaba autorizada por ella. Por lo menos, tal aserto, no fue desvirtuado por el incidentante. La empresa de transportes era meramente la tenedora y conforme a lo expuesto, ni siquiera por su responsabilidad civil extracontractual en este evento, vincula en su obligación a la aseguradora pues las exclusiones en su caso, igualmente permanecen vigentes.

Sentencia de segunda instancia (AC-497-13) del 15 de diciembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertin Gallego. Decisión: modifica la sentencia apelada.

FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO – El acusado no sabía que su licencia de conducción, obtenida por medio de un tramitador, era un documento espurio.

Sentencia de segunda instancia (AC-368-14) del 16 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia absolutoria.

VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO – Agresión a un agente de tránsito en cumplimiento de sus funciones/INIMPUTABILIDAD POR EMBRIAGUEZ - La defensa debe contar con los elementos de juicio suficientes para demostrarla.

Sentencia de segunda instancia (AC-404-14) del 16 de diciembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo
Presidente Tribunal

Dr. Orlando Quintero García
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

ADVERTENCIA 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 observación, 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.