

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:**

**ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO** – Solo es posible respecto de un contrato válido. **Página 25.**

**ACCIÓN DE TUTELA** – Improcedencia para ordenar el ascenso de un oficial del Ejército Nacional. **Página 121.**

**ACCIÓN DE TUTELA** – No puede reclamar protección quien no ha sido parte en el trámite controvertido o quien, en su calidad de abogado, carece de poder especial para representar a la persona afectada. **Página 23.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** - El imputado o acusado, independientemente de su condición de abogado, no tienen la facultad de ejercer su propia defensa. **Página 116.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – En los procesos ejecutivos hipotecarios solo es necesario demandar a los propietarios del bien hipotecado al momento de presentarse la demanda, o a quienes hayan suscrito los títulos o adquirido las obligaciones garantizadas con la hipoteca. **Página 19.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – La liquidación de créditos bajo el sistema UVR no es retroactiva. **Página 40.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – La redosificación de la pena debe solicitarse por medio de la acción de revisión y no ante el juez de ejecución de penas. **Página 119.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – No es admisible cuando el accionante interpone recursos improcedentes. **Página 32.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – No es irrazonable que el juez de familia desapruuebe la conciliación sobre alimentos que involucra la cuota de quien no tuvo participación en dicho acuerdo. **Página 32.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – No procede cuando está pendiente la resolución de los recursos interpuestos contra la decisión controvertida. **Página 15.**

**ACCIÓN DE TUTELA FRENTE AL ACTO QUE DESVINCULA A UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD** – No procede si la declaración de insubsistencia obedece a la reubicación de otro empleado que sí tiene la propiedad en su cargo. **Página 20.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO** – Es improcedente cuando la decisión cumple con los requisitos formales y no se acredita la existencia de perjuicio irremediable. **Página 28.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES** – Procede cuando la omisión en el pago amenaza o vulnera garantías fundamentales. **Página 51.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL INCREMENTO DE LA PENSIÓN** – No procede cuando el interesado cuenta con el mecanismo ordinario para reclamar tal pretensión y no demuestra la existencia de perjuicio irremediable. **Página 74.**

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS** – Reglas sobre la valoración psicológica de los menores. **Página 112.**

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA** – Es necesario demostrar que la persona titular del derecho cuya protección se busca no está en condiciones de promover su propia defensa. **Página 22.**

**ARANCEL JUDICIAL** – No debe exigirse la prueba de su pago cuando la demanda ejecutiva se promueve a continuación del respectivo proceso judicial. **Página 61.**

**AYUDA HUMANITARIA** – Debe proporcionarse hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su propio sostenimiento. **Página 17.**

**CÉDULA DE CIUDADANÍA** – Su no expedición correcta y oportuna vulnera los derechos de petición, reconocimiento a la personalidad jurídica y participación, conformación, ejercicio y control del poder político. **Página 62.**

**CITACIÓN POR AVISO A LAS ENTIDADES PÚBLICAS** - Se perfecciona con la entrega que el notificador del juzgado hace en la secretaría general de la entidad o en la oficina de correspondencia. **Página 78.**

**COMPETENCIA EN LOS PROCESOS CONTRA LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL** – Se determina por el lugar donde la entidad demandada tenga su domicilio o por el lugar donde se haya efectuado la reclamación. **Página 76.**

**COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES** – Derecho a la titulación colectiva de tierras. **Página 81.**

**CONDICIÓN DE DESPLAZADO** – No la otorga la inclusión en el Registro Único de la Población Desplazada. **Página 17.**

**CONEXIDAD EN LA INVESTIGACIÓN POR OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR** – Examen de las exigencias del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal. **Página 96.**

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AGRARIO** – El pago de los cánones no impide al arrendador exigir la restitución por el vencimiento del plazo. **Página 4.**

**COPAGOS** – Están exonerados quienes pertenecen al régimen subsidiado en el nivel I del Sisbén. **Página 64.**

**DECLARACIÓN DE INEXEQUIBILIDAD DEL UPAC** - No tuvo efectos retroactivos. **Página 34.**

**DECLARACIÓN DE NULIDAD** – Las mejoras hacen parte de las restituciones mutuas. **Página 25.**

**DECLARACIONES EXTRAJUICIO** – Carecen de merito probatorio cuando no son incorporadas al proceso en original o en copia auténtica o cuando no pueden ser ratificadas en los procesos judiciales. **Página 38.**

**DERECHO A LA EDUCACIÓN** – Negación de la promoción escolar por bajo rendimiento académico. **Página 57.**

**DERECHO A LA SALUD** – La atención domiciliaria está incluida en el Plan Obligatorio de Salud. **Página 59.**

**DERECHO A LA SALUD** - La escogencia de una IPS sin convenio exige demostrar que la institución contratada por la EPS no garantiza de manera integral el servicio, o este es inadecuado, o deteriora la salud de los usuarios. **Página 68.**

**DERECHO A LA SALUD** – La orden para la práctica de una operación, sin que exista prueba de que ella efectivamente se realizó, no puede constituir un hecho superado. **Página 45.**

**DERECHO A LA SALUD** – Suministro de medicamentos para cardiopatía coronaria. **Página 79.**

**DERECHO A LA SALUD EN LOS CASOS DE MEDICAMENTOS INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** – El accionante no necesita demostrar la afectación del derecho a la vida. **Página 14.**

**DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR Y TRASLADO DE LOS RECLUSOS** – El juez de tutela puede intervenir cuando las decisiones del Inpec son arbitrarias o vulneran los derechos fundamentales de los reclusos. **Página 72.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – El accionante debe probar que presentó la solicitud. **Página 76.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – Las entidades están obligadas a dar respuesta oportuna y de fondo, sin importar si los peticionarios están incluidos o no en sus bases de datos. **Página 30.**

**ESCRITO DE ACUSACIÓN** – A su presentación se sucede la formulación oral de la acusación y no el allanamiento a los cargos. **Página 102.**

**EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN** - La competencia de la jurisdicción contenciosa no se determina por el simple hecho de ser demandada una entidad pública. **Página 12.**

**EXCLUSIÓN DE BIENES DE LA PARTICIÓN** – Del vehículo objeto de transacción en proceso ejecutivo prendario. **Página 8.**

**EXTORSIÓN** – No existe tal comportamiento cuando no media coerción sobre la víctima, sino la gratificación ofrecida por esta para recuperar sus documentos extraviados. **Página 109.**

**FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JOSÉ DE BUGA** - – Ni la Nación ni el Departamento del Valle del Cauca deben ser llamados en garantía por el pago de pensiones y prestaciones a su cargo. **Página 84.**

**HIJUELA DE DEUDAS** - Ha de elaborarse en la medida suficiente para sufragar los créditos aprobados en los inventarios y avalúos. **Página 8.**

**HOMICIDIO CULPOSO** – Responsabilidad por la falta de cuidado y de concentración al conducir un vehículo. **Página 106.**

**INTERROGATORIO DE LA PARTE DEMANDANTE** - No existe prueba cuando el declarante narra solo hechos que le favorecen. **Página 38.**

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LOS PROCESOS DE ARRENDAMIENTO** – No solo corresponde al propietario del inmueble. **Página 4.**

**NULIDAD ABSOLUTA** – No puede ser ratificada o convalidada por los contratantes. **Página 25.**

**NULIDAD DE PROMESA DE COMPRAVENTA** – Ni el plazo ni la condición pueden ser indeterminados. **Página 25.**

**PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS** - Incumbe a la EPS, según el Decreto 019 de 2012, cuando retrasa la emisión del concepto médico de rehabilitación. **Página 51.**

**PREACUERDOS** - La dificultad en probar el cargo de mayor entidad no faculta a la Fiscalía para acordar su eliminación. **Página 98.**

**OPERACIÓN DE SLEEVE GÁSTRICO** – No es de carácter absoluto que la orden del procedimiento provenga de un médico adscrito a la EPS. **Página 66.**

**PREACUERDOS EN CASO DE FLAGRANCIA** – No supone que el procesado siempre tenga derecho a la rebaja de pena prevista en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004. **Página 105.**

**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR CASO FORTUITO** – Los elementos materiales probatorios o la evidencia física deben llevar al convencimiento sobre su ocurrencia. **Página 100.**

**PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL** - La cancelación del gravamen de prenda sobre un vehículo no significa que el interesado quede libre del pago exigido por la respectiva autoridad de tránsito. **Página 48.**

**PROCESO LABORAL** – No es apelable el auto que decreta una prueba. **Página 87.**

**PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS** - Evaluación del riesgo y protocolo de seguridad de los jueces comisionados a la entrega de los predios. **Página 49.**

**RECLAMACIÓN DE MEJORAS SEGÚN LO PRESCRITO EN LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 DE LA LEY 200 DE 1936**- El legislador la limitó a los juicios contra ocupantes y perturbadores de la posesión, no así frente a los arrendatarios. **Página 4.**

**RECOBRO AL FOSYGA** – Tiene su fuente en la ley y no en la decisión del juez de tutela. **Páginas 14 y 64.**

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO** – Sobre ella debe existir la certeza racional. **Página 88.**

**RESTITUCIONES MUTUAS** – La buena fe no se predica respecto de la promesa de compraventa, sino de la posesión que los contratantes ejercieron sobre los inmuebles. **Página 25.**

**REVISIÓN CONTRATO DE MUTUO** – El cobro de intereses bajo la fórmula UPAC no implica, por sí, exceso alguno ni puede dar lugar a devoluciones, reintegros o imposición de sanciones. **Página 34.**

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES** – Es posible imponer sentencia condenatoria con el testimonio único de la víctima. **Página 69.**

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES** – No es causal de preclusión de la investigación que el adolescente llegue a los 21 años de edad. **Página 31.**

**SUBSIDIO PARA EL ADULTO MAYOR** – Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarlo recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley. **Página 86.**

**SUMINISTRO DE PAÑALES** - Puede ordenarse sin que exista orden médica que los prescriba. **Página 59.**

**TRATA DE PERSONAS** – Dosificación de la pena en los casos de allanamiento a los cargos. **Página 92.**

**TRATAMIENTO INTEGRAL** – El juez de tutela debe garantizar el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta. **Páginas 45 y 64.**

**UNIÓN MARITAL DE HECHO** – Relevancia probatoria de la declaración notarial de convivencia hecha por el compañero fallecido. **Página 38.**

**VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN POR EL CAMBIO DE JUEZ**- Es necesario demostrar el daño grave y sustancial derivado de tal circunstancia y la afectación potencial de la valoración de las pruebas que se practicaron bajo la disciplina del anterior. **Página 111.**

#### **SALA CIVIL-FAMILIA:**

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AGRARIO** – El pago de los cánones no impide al arrendador exigir la restitución por el vencimiento del plazo/**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LOS PROCESOS DE ARRENDAMIENTO** – No solo corresponde al propietario del inmueble/**RECLAMACIÓN DE MEJORAS SEGÚN LO PRESCRITO EN LOS ARTÍCULOS 21 Y 22 DE LA LEY 200 DE 1936**- El legislador la limitó a los juicios contra ocupantes y perturbadores de la posesión, no así frente a los arrendatarios.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículos 15, 1602, 1973, 1974, 2005, 2043 y 2008, numeral segundo; Decreto 2303 de 1989, artículo 73; Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral cuarenta y nueve; Ley 6 de 19754; Ley 200 de 1936, artículos 21 y 22.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 9 de diciembre de 1975, ponencia del magistrado Germán Giraldo Zulaga.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Pasando ahora al segundo aspecto de este segmento de la apelación, atinente a la invocada inexistencia de causal para la terminación, que en palabras del recurrente adviene en razón a que si su representado continuaba pagando el canon “no se le puede imputar como “causal” para la restitución de los predios el simple hecho del vencimiento del plazo, pues en tales situaciones se produce la continuación automática del contrato” (Subraya del original)

Como se observa, el planteo total del recurrente atiende a que, si se satisface la obligación de pagar el alquiler, el arrendamiento de predio agrario se renueva automáticamente, y por ende no es dable pedir su restitución.

De cara a dicho planteamiento, es menester recordar que entre las causales de terminación del contrato de arrendamiento se encuentra la “expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo”, contenida en el numeral 2 del artículo 2008 del Código Civil.

Asimismo, en el precepto 2005 *ejusdem*, inciso primero, se consagra como una de las obligaciones del arrendatario la de “restituir la cosa al fin del arrendamiento.” Quiere decir lo anterior, que finiquitado el pacto de alquiler existe la obligación para el inquilino de restituir el inmueble a su arrendador, y de no hacerlo este último tiene la facultad de promover el proceso de lanzamiento, tal como lo enseña el profesor César Gómez Estrada:

“Por lo demás, expirado el contrato de arrendamiento por cualquier motivo legal, cesa la causa para que el inquilino mantenga la cosa en su poder, y por lo mismo es apenas natural que deba restituirla a aquel de quien la recibió.

Si, llegado el momento de restituir, el arrendatario no restituye, dispone el arrendador de la acción de lanzamiento. El procedimiento es el del proceso abreviado regulado en los arts. 414 a 421 del C. de P.C. y en la disposición especial del art. 434.”

Nada dice la legislación, incluida la procesal agraria, acerca de que la causal de expiración del arrendamiento fundada en la terminación del tiempo contemplado para su duración, pueda ser obviada en atención a la observancia del pago del canon. Tampoco hay una disposición de esa índole en las previsiones contractuales de las partes.

Por tanto, no se ve que el cumplimiento en la solución de los cánones sea una razón que impida la exigibilidad de la restitución de los inmuebles arrendados, en presencia de la configuración de una de las causales de finiquito del alquiler, cual es el vencimiento del plazo, y el posterior planteamiento de la pretensión ante la jurisdicción ante la insatisfacción de lo exigido.

A lo anterior se suma que de acuerdo con el inciso primero del artículo 2043 del Código Civil, en materia de predios rústicos no es menester practicar el desahucio al colono o arrendatario, si el contrato es de aquellos que prevé fecha de terminación, esto es, si no es indefinido: “No habiendo tiempo fijo para la duración del arriendo, deberá darse el desahucio con anticipación de un año, para hacerlo cesar.” (Subraya la Sala). Esto indica que basta que se surta el requerimiento consagrado en el Decreto 2303 de 1989, para que sea procedente demandar el lanzamiento al arrendatario renuente a restituir el inmueble arrendado.

Para el demandado, los actores no están asistidos de legitimación en la causa, pues no formularon sus pretensiones como representantes de la herencia sino que lo hicieron en su propio nombre; a su vez, negó que aquéllos fuesen continuadores del contrato de arrendamiento suscrito por su fallecido progenitor, a lo cual añadió que el occiso arrendador contrató en nombre de EDUARDO LONDOÑO OCHOA, por lo que este último o sus sucesores son los únicos legitimados para demandar.

En lo que se refiere a la legitimación en la causa por activa en juicios de lanzamiento de arrendatario, es pertinente destacar que el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria tiene sentado de antaño que aquélla no es del resorte exclusivo del propietario, pues este trámite mira a los derechos y obligaciones personales, que no reales, implicados en el pacto de tenencia; así se aprecia en ajeño pronunciamiento de la Corporación en cita:

“...la acción de lanzamiento nace, no del derecho de propiedad que se tenga sobre la cosa cuyo goce se da, sino del contrato por el cual el arrendador de la misma, sea o no propietario, ha concertado con el arrendatario darle el goce de aquella. La acción, pues, la tiene el arrendador, no el dueño; es acción personal nacida *ex-contrato* y no acción real que dimane del derecho real de dominio...”

Lo anterior se acompasa con la autorización de arrendamiento de cosa ajena contenida en el inciso segundo del artículo 1974 del Código Civil: “Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción.” Luego, si es posible que quien no es dueño dé un bien en arriendo, forzosamente ha de colegirse que también le asiste la autoridad de reclamar lo arrendado cuando estime concurrida alguna causal para ello.

Hecha la acotación precedente, aprecia la Sala al examinar la documental arimada con la demanda, que asiste razón al recurrente cuando refiere que EDILBERTO MEJIA URUEÑA no contrató en su propio nombre, sino que lo hizo “*como albacea y heredero de los bienes sucesorales del señor EDUARDO LONDOÑO OCHOA*”.

Puestas así las cosas, se tiene que el dominio que sobre los inmuebles arrendados le asistía a EDILBERTO MEJIA URUEÑA en su calidad de sucesor de EDUARDO LONDOÑO OCHOA, fue transferido a los actores mediante el modo de la sucesión por causa de muerte. A su turno, la condición de arrendador a que se hizo MEJIA URUEÑA con VICTOR MONTOYA BUENAVENTURA *nomen proprio* al suscribir el otrosí de diciembre de 1991 respecto del contrato en el que firmaba como representante de su causante, fue transferida también *mortis causa* a los demandantes, acto que fue notificado al demandado por vía judicial según se reseñó.

Se colige de lo anotado que la legitimación en la causa sí se encuentra estructurada en el subexámene, pues el estatus de dueños y de arrendadores de los actores se deriva de actos sustanciales de transferencia de los respectivos derechos reales y personales, que devienen del inicial titular por activa del arrendamiento y del dominio sobre los inmuebles, EDUARDO LONDOÑO OCHOA, lo cual conduce a que esta fracción de la argumentación de la alzada carezca de visos de prosperidad.

Censuró el recurrente que en la instancia no se haya conferido valor demostrativo al contrato de arrendamiento suscrito en 1976 entre él y EDUARDO LONDOÑO OCHOA, con el cual se demuestra que hay continuación contractual en su arrendamiento, pues además de aquél se suscribió otro pacto en 1979 y uno último en 1986. Esta prosecución del vínculo deviene trascendente, en su sentir, porque en el primero de los convenios se le autorizó la plantación de mejoras, no así en los subsiguientes.

De estas apreciaciones emanadas de la prueba documental arrimada por el recurrente, se vislumbra que tal como éste lo sostiene hubo continuidad en la tenencia de los bienes raíces, porque al finalizar los primeros dos contratos por expiración del plazo pactado, numeral 2 del artículo 2008 del Código Civil, se suscribieron otros contratos que legitimaron la continuidad de su permanencia en el inmueble, a título de arrendatario.

Sin embargo, esto no quiere decir que haya proseguido el vínculo contractual entre 1976 y 1986, pues la fórmula establecida por el demandado y su arrendador para que aquél permaneciera en los inmuebles, fue la suscripción de dos nuevos contratos de arrendamiento, uno en 1979 y otro en 1986, emergiendo de los tres documentos, en forma separada e independiente, las obligaciones que en cada uno se plasmaron.

Así, aunque hubo una relación comercial entre LONDOÑO y MONTROYA en la que sí se permitió la plantación de mejoras permanentes, ésta sólo rigió en vigencia del contrato de Febrero 1º de 1976, pues a partir de la segunda ley *inter partes*, y en la tercera que es la que soporta el presente libelo, los contratantes estipularon que se prohibía al arrendatario asentar mejoras permanentes, so pena de que se tuviesen como de propiedad del arrendador, renunciado aquél incluso a su reclamación.

Vale recabar, en línea con lo anterior, que esa declaración de voluntad atinente a las mejoras no es vedada expresamente por la ley, corresponde a una materia que no involucra a los denominados derechos personalísimos, y atiende exclusivamente al interés particular del arrendatario, por lo que no hay reproche alguno a la eficacia de la comentada cláusula contractual, ni siquiera el alegado enriquecimiento sin causa, en tanto se ajusta a lo normado por el precepto 15 de la legislación sustantiva civil: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

Ahora bien, ha quedado establecido que el contrato de 1986, distinto e independiente de sus predecesores, es el que regula la relación de arrendamiento, y que en éste se plasmó la prohibición de la plantación de mejoras, siendo ello razones suficientes para desestimar la traza argumental que se ha venido examinando. Sin embargo, también alegó el recurrente que a este proceso cabía aplicar los criterios de la Ley 200 de 1936, artículo 21 y 22, proposición que debe estudiarse en esta instancia.

A efectos de solventar dicha cuestión, basta relacionar sumariamente que los preceptos citados están ubicados en el Capítulo II de la Ley 200 de 1936, que se inaugura con el canon 16, cuyo texto es el que sigue:

ARTICULO. 16.- Desde la expedición de la presente Ley, en los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho en predios rurales, así como en la tramitación de toda acción posesoria referente a predios de la misma naturaleza, se observarán las reglas que se consignan en los Artículos siguientes.

Sin dificultad alguna se aprecia, que el mismo legislador limitó las materias a que se circunscriben las reglas 21 y 22 de esa ley, a los juicios contra ocupantes y perturbadores de la posesión, no así frente a los arrendatarios, que es el tema que concentra el debate en este proceso.

De otro lado, el artículo 22 se confina apenas a disponer que es deber del juez resolver de oficio “*si es o no el caso de pagar mejoras*”, enunciando unos criterios para la absolución de ese interrogante, de lo que se puede extraer que: i) no siempre se debe concluir que hay lugar a reconocer mejoras; ii) los parámetros señalados auxilian al fallador, pero no agotan todas las posibilidades de cognición que pueden ser acogidas por él, como lo es el caso de las manifestaciones expresas de las partes estipuladas en convenio que hace las veces de ley entre ellas, a veces de lo reglado por el artículo 1602 del Código Civil.

Desde luego, los alcances de la normativa son entendibles, dado que sus destinatarios, los ocupantes y perturbadores de la posesión, por la propia índole de su irrupción en los predios no suelen firmar pacto alguno con los dueños de los inmuebles ocupados, menos aún con aquellos poseedores a quienes perturban en su tenencia material.

Culminado el examen de este fragmento de la alzada, se avista que su espectro de razonamiento no reviste la suficiente entidad como para dar al traste con lo decidido por el *a quo*.

Al colofón de su sustentación, se quejó el recurrente de las agencias en derecho fijadas, pues en su sentir son onerosas, y por tanto pidió a la Sala que disminuyera su monto en la proporción.

Para dirimir la procedencia de esta discusión, es suficiente repasar el inciso segundo del numeral 3 del artículo 393 del Orden Adjetivo Civil, cuyo tenor literal es el que sigue:

3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas. (Subrayas fuera de texto)

Quiere decir lo anterior, que no es la apelación de la sentencia el escenario propicio para discutir el monto señalado por concepto de agencias en derecho, por lo que no es procedente estudiar dicha cuantía en esta oportunidad.

Culminado el análisis de las proposiciones razonadas en la alzada, que concluyó con la disolución de cada una de ellas, encuentra la Sala que se impone la confirmatoria íntegra del fallo de instancia.

Sentencia de segunda instancia (2010-00148-02) del 5 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina, Decisión: confirma la sentencia apelada.

**HIJUELA DE DEUDAS - Ha de elaborarse en la medida suficiente para sufragar los créditos aprobados en los inventarios y avalúos/EXCLUSIÓN DE BIENES DE LA PARTICIÓN – Del vehículo objeto de transacción en proceso ejecutivo prendario.**

## FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 605, 608 y 610.

## CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 3422 del 2 de marzo de 2005, con ponencia de Silvio Fernando Trejos Bueno.

## TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Bajo ese prisma, conviene estudiar en primer término lo referido a si la hijuela de deudas fue o no incluida en el trabajo de partición, y a renglón seguido examinar la situación particular del vehículo automotor que, habiendo sido parte del inventario y avalúos aprobado, fue excluido tácitamente de la partición, al darse al partidor la orden de rehacimiento del trabajo en mención con el imperativo de abstenerse de adjudicar dicho bien.

Sobre la hijuela de deudas que debe formarse en el trabajo de partición, dispone la regla 3ª del artículo 610 del C.P.C.:

“3ª. Para el pago de los créditos insolutos relacionados en el inventario, formará una hijuela suficiente para cubrir las deudas, que deberá adjudicarse a los herederos en común, o a estos y al cónyuge sobreviviente si dichos créditos fueren de la sociedad conyugal, salvo que todos convengan en que la adjudicación de la hijuela se haga en forma distinta”

Corresponde pues al partidor, según el precepto en mención, formar la hijuela y adjudicarla, es decir, imputarla a cada una de las partes del proceso liquidatorio en su respectiva proporción, salvo pacto general en contrario. Menester es auscultar entonces, si esto fue atendido por el auxiliar de la justicia en el caso bajo estudio.

Oteando los inventarios y avalúos aprobados, se tiene que el pasivo ascendiente a la cantidad de \$1`629.339.00, fue obtenido a razón de la sumatoria de los siguientes conceptos: 1º) impuesto predial y complementario del inmueble ubicado en la calle 24E No. 2B-45, por valor de \$233.962.00; y 2º) impuesto predial del inmueble ubicado en la carrera 4C No. 21ª-103 del a Urbanización Terrazas del Llano segunda etapa, por la suma de \$1`395.377.00.

En el folio 4 del trabajo de partición, el total pasivo fue liquidado, imponiendo a cada cónyuge el pago del 50% de la suma de \$1`629.339.00. Sin embargo, al revisar los folios 5 y siguientes, donde se realizó, en palabras del partidor, la distribución e integración de hijuelas, se echa de menos la alusión a los impuestos prediales y complementarios que corresponden a las deudas que han debido deferirse, en concreto, a cada cónyuge.

Quiere decir lo anterior, que en efecto sí hubo liquidación, como lo dice la recurrente, pero ni se formó la hijuela ni se adjudicó, estimación acertada del a quo, por lo que luce correcta la orden contenida en la tercera conclusión de la motiva del auto apelado, consistente en que es menester elaborar la hijuela de deudas para el pago de los créditos.

Diferente es que de manera ambigua se haya sentado por el fallador de instancia, que la hijuela de deudas debería alcanzar para satisfacer “las acreencias que

fueron debidamente relacionadas en la diligencia de inventario y avalúos”, pues evidentemente esta expresión podría eventualmente dar lugar a entender que se trata de todos los créditos relacionados en dicha diligencia, siendo que hubo algunos que no fueron aprobados como parte del pasivo, y solo los impuestos en referencia se dejaron incólumes como parte de las obligaciones sociales.

Se colige de lo anotado, que en aras de la claridad resulta saludable modificar el punto segundo de la providencia apelada, en el sentido de que la hijuela de deudas ha de elaborarse en la medida suficiente para sufragar los créditos aprobados en los inventarios y avalúos, precaviendo con ello la posibilidad de que se dé lugar a la interpretación que acusa la recurrente.

En los activos aprobados en los inventarios y avalúos, se incluyó el vehículo automóvil CHEVROLET, línea OPTRA, modelo 2005, placas PEW 549, avaluado en \$25`000.000.00, y en tal virtud fue incluido en el trabajo de partición, y se adjudicó al demandado DIDIER JAVIER MORENO PARRA.

Sin embargo, en el curso de la objeción contra el trabajo de partición se allegó certificación del Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartago, donde consta que en el proceso Ejecutivo Prendario (hoy singular) radicado bajo el No. 2012-00118-00 adelantado por JAVIER RAMÍREZ MURIEL contra el aquí demandado, el vehículo en mención fue traidado por el señor MORENO PARRA al acreedor prendario, en cumplimiento de la transacción parcial celebrada entre dichas partes, operación que aparece anotada como traspaso en el certificado del automóvil.

Este fue el motivo por el cual el juez de instancia le ordenó al partidador abstenerse de incluir el multicitado bien en la partición, determinación que censura la recurrente por cuanto, en su sentir, ello implicaría desconocer los inventarios y avalúos aprobados y ejecutoriados.

Al respecto, vale decir que no obstante ser los inventarios y avalúos la premisa fundamental del trabajo de partición, según se reseñó líneas atrás, la legislación contempla la posibilidad de que ciertos bienes, inventariados y avaluados, sean excluidos en el momento de la partición. Así lo dispone el artículo 605 del C.P.C.:

**ARTÍCULO 605. EXCLUSION DE BIENES DE LA PARTICION.** En caso de haberse promovido proceso ordinario sobre la propiedad de bienes inventariados, el cónyuge o cualquiera de los herederos podrá solicitar que aquéllos se excluyan total o parcialmente de la partición, según fuere el caso, sin perjuicio de que si el litigio se decide en favor de la herencia, se proceda conforme a lo previsto en el artículo 1406 del Código Civil.

Esta petición sólo podrá formularse antes de que se decrete la partición o adjudicación de bienes y a ella se acompañará certificado sobre la existencia del proceso ordinario, en el cual se insertará copia de la demanda, del auto admisorio y su notificación. El auto que decida la solicitud es apelable en el efecto diferido.

Sobre la posibilidad de efectuar exclusiones al inventario, ocasionadas por las alteraciones expresas o tácitas que afectan la masa partible, refiere el profesor Lafont Pianetta:

“Las alteraciones expresas o tácitas (v.gr. venta de bienes en pública subasta, cancelaciones de deudas, subrogaciones de créditos, pérdidas

fortuitas, etc.), afectan el inventario sin necesidad de inventario adicional que lo ajuste, ya que generalmente ellas deben tenerse en cuenta en la elaboración de la partición.”  
(Destaca la Sala)

Precisamente la peculiaridad de la normativa en cita, tal como lo señala el doctrinante en mención, es que contempla una excepción a la exacta identidad entre la masa inventariada y partible, pues la exclusión de bienes afecta la partición sin necesidad de modificación del inventario y avalúos.

En todo caso conviene anotar que, aun cuando el canon adjetivo alude solamente al caso de los activos que terceros disputan a los comuneros de la masa partible, basta un elemental ejercicio interpretativo para colegir que si ese efecto se produce de cara a lo pretendido, necesariamente, y con mayor razón, ha de generarse si el bien, además de controvertido, es adquirido por el litigante, pues ello supone su pérdida para la universalidad patrimonial, por lo que sería imposible jurídicamente efectuar su partición, desde luego sin perjuicio de las acciones que le asisten a los interesados para restituirlo a la comunidad. Sobre la hermenéutica anterior, resulta contundente el autorizado concepto del doctrinante Lafont Pianetta:

“También pueden excluirse expresamente por el juez, a solicitud de cualquier interesado acompañando la prueba pertinente, todos aquellos bienes cuya inexistencia sea demostrada debido a causas posteriores. Ello sucede cuando ha habido perecimiento, prescripción o caducidad o por causa de providencia o sentencia judicial (v.gr. sentencia de reivindicación a favor de tercero). Esta situación no se encuentra contemplada expresamente, pero se halla implícitamente admitida por el art. 605 del C.P.C., cuya aplicación resulta entonces aconsejable por analogía.

“En efecto, si solamente una controversia real seriamente establecida, resulta suficiente para la exclusión de bienes de la partición, obedece a que se trata de una autorización y una regulación especial para tal efecto, sin que se trate de una situación restrictiva. Por el contrario, ello revela que cuando exista la plena prueba de la extinción de bienes, la exclusión surge como procedente sin restricción alguna, porque es sustancial (la masa soporta las pérdidas y las exclusiones) y procesalmente (la alterabilidad del inventario). No admitirla sería contrario a la lógica, que se patentizaría en el hecho de admitir la exclusión por mera controversia real judicial y no por decisión judicial definitiva en contra de la sucesión.”  
(Énfasis añadido)

Puestas así las cosas, se tiene que si el juez verifica que uno de los bienes inventariados se extinguió para la universalidad patrimonial, admitiéndose como modalidad de perecimiento el proferimiento de sentencia judicial que sustraiga el activo de la comunidad, lo que corresponde es disponer que el mentado bien no haga parte del trabajo de partición sin necesidad de modificar el inventario, pues cuando éste se confeccionó aquél sí era parte de la masa partible, por lo que debe disponerse el decreto de su exclusión.

En ese orden de ideas, acertó el fallador de instancia al disponer que el automóvil Chevrolet Optra, de placas PEW 549, no debía incluirse en el nuevo trabajo de partición, decisión que se ajusta al marco normativo de los procesos de

liquidación, y por tanto no vulnera garantías adjetivas de ninguna de las partes. Quedó pendiente eso sí, y será motivo de adición en esta providencia, declarar que el citado bien queda excluido de la partición, determinación que debe ser expresa y no meramente implícita.

Finalizado el estudio del caso, aprecia esta Sala que los argumentos de la recurrente han quedado difuminados, aun cuando el punto segundo del auto apelado amerita ser modificado según lo expuesto en las motivaciones, y otro más debe ser también adicionado, pero sólo para efectos de necesarias claridades y precisiones que no rebaten el sentido de la providencia recurrida.

Auto de segunda instancia (2007-00308-02) del 6 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina, Decisión: modifica el auto apelado.

**EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN** - La competencia de la jurisdicción contenciosa no se determina por el simple hecho de ser demandada una entidad pública.

#### *CITAS DE JURISPRUDENCIA:*

Consejo de Estado, decisiones 11687 del 30 de marzo de 2001, con ponencia de Juan Ángel Palacio Hincapié y 30836 del 19 de julio de 2006, con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

(...)Fulge como problema jurídico resolver si, de cara a las pretensiones del libelo introductorio y los argumentos de la demandada, se configuran las excepciones de falta de jurisdicción -alegada por la Sociedad portuaria demandada- y de legitimación en la causa de la denunciada en el pleito, sociedad Servicios Técnicos Portuarios S.A. SERTEPORT.

La sociedad portuaria demandada ha alegado que el juez de instancia siguió un razonamiento equívoco al haber decantado que como la materia del litigio se contrae a una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del pacto de custodia y conservación de las mercancías, cuya observancia corresponde a la "S.P.R.BUN."

En apoyo de su tesis citó una sentencia del Consejo de Estado, cuya lectura en detalle considera necesaria efectuar esta Sala, a fin de establecer los caracteres a partir de los cuales se impone la operatividad de la figura conocida como fuero de atracción, cuya aplicación pide la recurrente a fin de que se traslade el conocimiento del asunto a la jurisdicción contencioso administrativa:

"...La operancia del fenómeno, sin embargo, no puede quedar librado (sic) a la libérrima voluntad del demandante, de modo que seleccione, a su antojo, las entidades demandadas escogiendo, de esa manera, la jurisdicción que más le conviene para que le resuelva el asunto. Es menester, como lo ha reiterado la sala, que la vinculación de tales entidades al proceso tenga fundamento serio, es decir que, en la demanda, se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida. De otra manera, se tratará de una vinculación carente de todo sustento y con el sólo propósito de variar la jurisdicción

legal, conducta que no puede ser recibida por el juez administrativo y por ningún juez» (subrayas fuera del texto original).

No opera el fuero de atracción, como se lee en la providencia transcrita, por el mero hecho de que se demande a una entidad pública. Es necesario que de cara al litigio propuesto, de los hechos y pretensiones de la demanda, en este caso de la denuncia, se desprenda una probabilidad razonable de que el organismo oficial pueda llegar a ser condenado. De lo contrario, la jurisdicción cognoscente no será la administrativa, corolario de que no se estructura la figura procesal que manda la remisión del negocio a aquélla.

Este criterio limitante a la operancia del fuero de atracción, se extiende aun si se le endilga responsabilidad a la entidad pública demandada, pues aunque se ataque la actuación del organismo oficial, es menester que el fallador examine la fuerce del perjuicio, cuya reparación se pide, a fin de establecer si cabe o no remitir el asunto a la jurisdicción contenciosa.

Puestas así las cosas, para esta Sala amerita respaldo el examen del fallador, en cuanto se situó en que las pretensiones de la demanda están dirigidas a obtener la declaratoria de una responsabilidad contractual, derivada de un pacto de depósito, en virtud del cual la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura se obligó a restituir la cosa que le fue dada a guardar (art. 2236 del C.C., 1170 del C. de Co.), haciéndose responsable aun de la culpa leve en caso de incumplir sus deberes de custodia y conservación (art. 1171 del C. de Co.). En efecto, se otea en el primer pedimento de la demanda lo siguiente:

“PRIMERA. Que se declare civilmente responsable a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura por el incumplimiento contractual, derivado del incumplimiento de la obligación de custodiar, vigilar, controlar las mercancías sueltas o contenerizadas, recibida en los recintos portuarios para su embarque posterior en los buques de las líneas marítimas que atracan en dicho puerto, por tratarse de una obligación remunerada y de la cual debe responder hasta por la culpa levísima.”

Por lo anterior, emerge con claridad que en principio no se aprecia cómo se pueda endilgar responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones de depositario a LA NACION-POLICIA NACIONAL-POLICIA ANTINARCOTICOS, aun cuando sea declarada próspera la denuncia del pleito, pero para los efectos de exonerar de responsabilidad a la Sociedad portuaria, en virtud del hecho de un tercero, limitante que evidentemente se impone en razón a la acción que abrió el litigio de marras.

De lo expuesto se colige que la alzada de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. “SPRBUN”, no está llamada a prosperar.

Adujo la sociedad Servicios Técnicos Portuarios S.A. “SERTEPORT”, que no comprende la razón por la cual se admitió la denuncia del pleito deferida en su contra, pues ni es propietaria del vehículo en el que se transportaba el contenedor que se enlista en los hechos, ni tenía relación contractual alguna con su conductor.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, de entrada encuentra la Sala que los sustratos fácticos del recurso se caen de su peso, pues desde la contestación a la denuncia del pleito la recurrente admitió: “Es CIERTO que el vehículo de placas

UYW 144 es de propiedad de SERVICIOS TECNICOS PORTUARIOS S.A. SERTEPORT”, afirmación en todo caso es corroborada en el informe policial levantado con motivo de la incautación de estupefacientes en el contenedor JOLU118442-9, se dejó constancia de lo siguiente:

“... el señor José F. Moreno escanea el sello de guaya TG 67662 y la grúa RTG-15 cargó el contenedor JOLU 118442-9, que se encontraba en la posición A23-01-B1 al vehículo placa UYW 144, afiliado al Operador Portuario SERTEPORT, conducido por el señor CARLOS ALBERTO ARROYO MORALES, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.509.932 trabajador de SPP, en misión con el Operador Portuario Serteport...” (Destacado de la Sala)

Por tanto, los suministros sumarios de cognición (art. 54 del C.P.C.) que vinculan a SERTEPORT S.A. con el vehículo y el conductor, que transportaban el contenedor relacionado en los hechos de la demanda, están arrimados a cabalidad, por lo que dicha entidad habrá de afrontar el proceso judicial, en curso del cual tendrá el derecho a rebatir la denuncia que le ha sido deferida, atendiendo el marco general del litigio que es delimitado por la naturaleza de la acción incoada: responsabilidad contractual en virtud de incumplimiento de un contrato de depósito.

Esta Sala, en virtud del estudio que se ha presentado a lo largo de este proveído, ha coincidido en concluir que las excepciones de falta de jurisdicción alegada por la S.P.R. BUN y falta de legitimación en la causa por pasiva de SERTEPORT S.A. no están llamadas a prosperar, lo cual conduce, sin lugar a dudas, a la confirmación del auto recurrido.

Auto de segunda instancia (2010-00150-01) del 18 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina, Decisión: confirma el auto apelado.

**DERECHO A LA SALUD EN LOS CASOS DE MEDICAMENTOS INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – El accionante no necesita demostrar la afectación del derecho a la vida/RECOBRO AL FOSYGA – Tiene su fuente en la ley y no en la decisión del juez de tutela.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-028 de 2007.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

*Ab initio* se impone dejar puntualizado que el medicamento DANAZOL x 200 MG, ordenado a la accionante por su médico tratante, tal y como lo afirmó el Juez de Instancia se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud (Acuerdo 029 de 2011 emanado de la CRES), toda cuenta que hace parte del *Anexo 1* del mencionado acuerdo.

Ahora bien; tomando pie en la jurisprudencia constitucional, cuando una solicitud de tutela versa sobre servicios de salud incluidos en el Plan de

Beneficios (POS o POS-S), su procedencia pende únicamente de que se acredite (i) que el medicamento, procedimiento, insumos o tratamiento ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS o EPS-S, y (ii) que ésta se haya negado a autorizar su suministro, siendo irrelevante la conexidad del derecho con otros de carácter fundamental.

En el caso bajo estudio al rompe se advierte la concurrencia de los presupuestos antes mencionados, pues el medicamento DANAZOL x 200 MG le fue prescrito a la señora LUZ ADRIANA ROJAS MOSQUERA por un médico adscrito a la EPS-S accionada, y no ha sido entregado a dicha paciente.

Así las cosas, es claro que la prestación en salud reclamada por la accionante para la continuación del tratamiento de su padecimiento *-endometriosis-* ha sido injustificadamente dilatada, pues la misma, como viene de verse, se encuentra incluida en el POS-S, lo cual traduce grave irrespeto que repercute negativamente de su derecho fundamental a la salud, resultando así procedente resulta dispensar el amparo constitucional incoado en procura de proteger el derecho fundamental a la salud de la accionante, como acertadamente lo dispuso el juzgado *a-quo*.

Finalmente la Sala se abstendrá de disponer cosa alguna en relación con el recobro a favor de la EPS-S accionada, pues como lo ha venido sosteniendo en numerosos pronunciamientos anteriores, éstas entidades están habilitadas para el recobro por los sobrecostos que deban asumir al cumplir fallos de tutela respecto de procedimientos, medicamentos, exámenes, etc. no incluidos en el POS-S, y que esa facultad TIENE SU FUENTE EN LA LEY. Dicho en otras palabras, no es propiamente el fallo de tutela sino LA LEY lo que da nacimiento al derecho que tienen las EPS o EPS-S para repetir contra el FOSYGA o contra los entes territoriales correspondientes por los multicitados sobrecostos.

De ahí que independientemente de que en un fallo de tutela se diga o no expresamente que la EPS o EPS - S a quien se imparte una orden de tutela puede repetir o adelantar recobro, o que se diga -o deje de decir- que ello concierne a uno u otro procedimiento o medicamento específico, o que el recobro debe efectuarse en “x” o “y” porcentaje, esa facultad permanece incólume, pues, se reitera, no es la determinación del Juez lo que constituye el fundamento de ese derecho de las EPS sino la LEY.

Tomando pie en las breves motivaciones que anteceden, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo de tutela No. 120 proferido el 06 de noviembre de 2013 por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (Radicación #76-520-31-03-002-2013-00177-01). NOTIFIQUESE ésta providencia por el medio más expedito al Juez de primera instancia y a las partes. En la oportunidad correspondiente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-1128) del 15 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: confirma la sentencia impugnada.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No procede cuando está pendiente la resolución de los recursos interpuestos contra la decisión controvertida.**

## TESIS DE LA DECISIÓN:

El expediente contentivo del proceso en el cual se denuncia la vulneración revela que respecto del trámite incidental allí adelantado -y el auto que le puso fin a éste- pende la definición del recurso de apelación que la sociedad incidentante [aquí accionante] interpuso,alzada que, por cierto, fue concedida por el Juzgado a-quo mediante auto del 18 de julio de 2013 (folios 116 y 117 cdo. ppa), escenario en el cual, como es holgadamente sabido, corresponde al juez de segunda instancia examinar *in integrum* la actuación adelantada en primera instancia con el designio de establecer si en ella se incurrió en alguna irregularidad de aquellas que por estar erigidas por la ley en causales de nulidad imponen anular total o parcialmente lo actuado, o que, a pesar de no ameritar una medida de ese temperamento sí reclaman la implementación de un determinado correctivo procesal. No solo eso: bajo la égida de ese mismo auscultamiento, deberá el *ad-quem* evaluar y determinar si hace uso de las facultades oficiosas de las que se halla investido para encontrar la verdad de los hechos que interesan al incidente.

Por modo que, sin esperar la definición del recurso de apelación interpuesto contra la providencia que suscita su agravio [en cuanto negó el reconocimiento y cuantificación de los perjuicios reclamados sin haber practicado interrogatorio de parte a la representante legal de RADIO GUADALAJARA LTDA], la aquí accionante ha decidido acudir a la acción de tutela para cuestionar la legalidad de dicha providencia y la de varias decisiones que le precedieron, como si dicha acción fuese un medio alternativo o paralelo para ese fin.

Desde esa sola perspectiva adviene palmaria la improcedencia del amparo constitucional que ocupa la atención de la Sala, toda vez que, como es bien sabido, la tutela no constituye un medio alternativo al cual se puede acudir desdeñando los mecanismos o procedimientos ordinarios que la ley tiene consagrados para impetrar un reclamo o hacer valer un derecho.

Es entonces claro que el caso de que trata el presente fallo constituye otra de las frecuentes muestras del ejercicio apriorístico de la acción de tutela, toda vez que, se insiste, de lo que genuinamente se trata es que la accionante, parejamente a la utilización del instrumento ordinario consagrado en el ordenamiento (recurso de apelación) para la defensa de sus derechos dentro del trámite en el cual funge como incidentalista, ha decidido acudir al amparo constitucional como si éste fuese un mecanismo alternativo -acaso precursor de un paralelismo judicial que la doctrina de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional han rechazado enérgicamente en muchedumbre de pronunciamientos- del cual se puede hacer uso según el gusto de quien lo invoca.

A la sazón, es a través del mentado recurso como la empresa accionante debe encausar su disenso frente a la providencia apelada, misma que -como ya en líneas anteriores se dijo- es la que finalmente suscita su agravio al haber decidido adversamente a sus intereses el incidente de liquidación de perjuicios sin el concurso de una prueba [declaración de parte] que considera "*importantísima*".

Se sigue, entonces, que el amparo constitucional materia de examen no cumple con el requisito genérico de PROCEDENCIA denominado "SUBSIDIARIDAD", y por ende no tiene vocación de prosperidad.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-1134) del 16 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: niega la solicitud de tutela presentada.

**AYUDA HUMANITARIA – Debe proporcionarse hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su propio sostenimiento/CONDICIÓN DE DESPLAZADO – No la otorga la inclusión en el Registro Único de la Población Desplazada.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

**Decreto 2591 de 19967, artículo 6; Ley 387 de 1997, artículo 15.**

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

**Corte Constitucional, sentencias T-227 de 1997, C-278 de 1997, T-025 de 2004 y T-210 de 2010.**

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Primeramente debe la Sala puntualizar que la orden impartida por la Juez de Instancia en el sentido de efectuar la notificación a la accionante del acto administrativo que resolvió sobre su aspiración de ser incluida en el Registro Único de Víctimas reclama confirmación en ésta instancia superior, toda vez que la entidad accionada no demostró que hubiera enterado a la señora CAICEDO VALENCIA de dicha determinación, cercenándole así la posibilidad de controvertir la misma y consecuentemente le vulneró su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Con todo, es evidente que la protección constitucional dispensada en el presente caso no responde suficientemente el reclamo tutelar formulado por la señora SANDRA VICTORIA CAICEDO VALENCIA, pues en su solicitud de amparo ésta fue clara al manifestar que su pretensión está dirigida a obtener la entrega de la ayuda a la que considera tener derecho como desplazada, con miras a estabilizar su situación socioeconómica y la de su familia. En tales condiciones se impone para el Tribunal el examen que ese pedimento reclama. Y en ese designio resulta útil destacar que la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS ha aducido que no es posible acceder al reclamo de la accionante debido a que al ser evaluada y valorada su situación la entidad resolvió no incluirla en el Registro Único de Población Desplazada por la Violencia, por lo que *“... la entidad vulneraría flagrantemente el derecho a la igualdad de las personas que se encuentran debidamente inscritos en el RUPD...”*. (folio 67 cdo. 1).

De cara al anterior panorama es importante memorar que la atención a la población desplazada no se agota con la provisión de la ayuda humanitaria DE EMERGENCIA sino que es imperativo brindar un acompañamiento y seguimiento de forma permanente por parte del Estado, pues la política pública en materia de desplazamiento tiene como fin la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica, entendida esta como la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas, materiales y no materiales a través de su propia gestión o de los programas que para el efecto desarrolle, hasta que se alcance la subsistencia autónoma. Sobre este particular, la Corte Constitucional, al estudiar una demanda contra el parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, en la Sentencia C-278 de 2007 decidió: *“Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “máximo” y “excepcionalmente por otros tres (3) más”, contenidas en el*

parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, y EXEQUIBLE el resto del parágrafo, en el entendido que el término de la atención humanitaria de emergencia previsto en esa disposición será prorrogable hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su auto-sostenimiento.

A ese respecto el órgano de cierre constitucional puntualizó que siendo cierto que existe un plazo de tres meses en el cual se tiene derecho a la atención humanitaria, y que éste es razonable, no es menos cierto que resulta contrario al ordenamiento superior que dicha ayuda se restrinja a “*máximo*” tres meses, razón por la cual esa expresión se declaró inconstitucional. Igualmente estimó reprochable -a la luz de la Constitución- que la ayuda sea prorrogable “*excepcionalmente por otros tres (3) más*”. Esta decisión, por lo demás, se tomó con fundamento en los argumentos que desde el año 2004 había planteado la Sentencia T-025 de 2004.

En este contexto, es claro entonces que las únicas ayudas brindadas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ATENCIÓN DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS a la accionante y su grupo familiar al parecer no han tenido el impacto esperado, en tanto que según lo afirmado en la solicitud de tutela, dicho núcleo familiar aún no se encuentra en condiciones de asumir su propio sostenimiento.

Ahora bien, es pertinente dejar claro en este proveído que, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, la condición de desplazado se adquiere no únicamente por la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada sino cuando concurren dos condiciones fácticas: la causa violenta y el desplazamiento interno [que incluye tanto la expulsión del lugar de residencia como la imposibilidad de regresar]. Ante la coexistencia de los presupuestos mencionados el afectado tiene derecho a ser reconocido como persona en situación de desplazamiento, al igual que al reconocimiento y materialización de la protección y ayuda que de tal reconocimiento se derivan.

Como se acaba de mencionar, si una persona se encuentra en las circunstancias que dan lugar al desplazamiento tiene derecho a ser inscrita en el Registro Único de Población Desplazada. En otras palabras: el registro procede cuando la persona se encuentra en las condiciones materiales antes mencionadas. El registro, es claro, tiene carácter declarativo, y no constitutivo.

Con fundamento en lo antes expuesto es dable concluir que (i) la señora SANDRA VICTORIA CAICEDO VALENCIA y su grupo familiar aún no han logrado estabilizarse luego del desplazamiento que padecieron, razón por la cual reclaman las ayudas pertinentes por parte de la entidad accionada; (ii) la decisión de no continuar con la entrega de ayuda se fundamenta en la no inclusión de la accionante en el RUPD; y (iii) la decisión en comento no ha sido notificada aún a la señora CAICEDO VALENCIA, quien desconocía por tanto dicha situación y por ello no le ha sido posible controvertir la misma.

La anterior narrativa permite concluir que efectivamente existe una vulneración a otros derechos fundamentales de la tutelante y por tanto es menester abroquelar los mismos disponiendo que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ATENCIÓN DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS adelante un nuevo análisis con el fin de determinar si es viable continuar con la ayuda humanitaria, o por el contrario sus necesidades básicas se encuentran actualmente satisfechas, pues en el primer caso, deberá prorrogarle la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia hasta tanto dicha situación de urgencia

finalice o, sea superada, según lo dispuesto por la sentencia C-278 del dieciocho (18) de abril de dos mil siete (2007).

Ahora bien; resulta conveniente anotar que el reconocimiento de la ayuda económica no se ordenará de manera directa, como lo suplica la accionante, toda cuenta que el juez de tutela no puede invadir la competencia de las autoridades administrativas cuando la Ley le ha entregado a éstas las facultades necesarias para desarrollar una política pública en orden a lograr la estabilización socioeconómica de la población desplazada. Por ello, sin que haya una primera intervención de la dependencia accionada que niegue o conceda el apoyo económico a la familia del recluso, el juez de tutela no podrá juzgar su proceder sobreviniente. Con todo, cuando ya exista una determinación sobre la situación descrita, ésta si podrá ser pasible de control jurisdiccional. De otra parte, en el evento en que se determine la prórroga de la ayuda humanitaria a la familia de la señora SANDRA VICTORIA CAICEDO VALENCIA, deberá la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE ATENCIÓN DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VICTIMAS informar de ello a dicha señora sobre la programación o cronograma correspondiente.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-1142) del 21 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: adiciona el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – En los procesos ejecutivos hipotecarios solo es necesario demandar a los propietarios del bien hipotecado al momento de presentarse la demanda, o a quienes hayan suscrito los títulos o adquirido las obligaciones garantizadas con la hipoteca**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículo 554; Código Civil, artículo, 2452.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-579 de 1997 y C-192 de 1996.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el preciso umbral del asunto la Sala advierte que lo pretendido por los aquí accionantes [“...la nulidad del proceso y que se vincule a dicha sociedad propietaria...” (folio 23 fte. cdo. 1o.)] ya fue planteado y decidido al interior del proceso ejecutivo en el cual se denuncia la vulneración.

El 19-07-2011, en efecto, el señor JOSE FERNANDO ALVAREZ MUÑOZ promovió INCIDENTE pidiendo declarar la nulidad de lo actuado en razón a que el proceso se ha adelantado “...sin ordenarse de igual forma la notificación del mandamiento de pago a la sociedad “ALVAREZ EL OTOÑO S. EN C...” (folio 5 fte. cdo. #5 del expediente que contiene el proceso ejecutivo), petición que luego del trámite correspondiente fue denegada por auto interlocutorio No. 429 del 13 de marzo de 2012 (folios 9 a 12 cdo. ib.) con fundamento (entre otros) en que “...en el presente juicio la demanda se dirigió contra el actual propietario de bienes que garantizaron cierta obligación del acreedor, así no podría hablarse de una falta de legitimación en la causa por pasiva y consecuentemente no podría hablarse de la existencia de una causal de nulidad...” (folio 11 fte. cdo. ib.).

Tal decisión, por lo demás, no fue impugnada en el proceso de marras, emergiendo así palmariamente la **IMPROCEDENCIA** de la acción de tutela *subexámine* en razón a que no cumple el requisito genérico de procedibilidad denominado **SUBSIDIARIDAD**, toda vez que si algún disenso existía por parte del incidentalista o las partes frente a dicha providencia, imprescindible resultaba plantearla a través de los recursos ordinarios -reposición y apelación- contemplados en el ordenamiento para tal efecto.

En tales condiciones, casi sobra decirlo, no puede acudir ahora a la tutela como si fuese un instrumento alternativo o adicional para cuestionar la determinación de no invalidar el proceso ejecutivo tantas veces citado por causa de la no vinculación al mismo de la sociedad **ALVAREZ EL OTOÑO S. EN C.**, pues para ello las partes y el incidentante tuvieron en sus manos los instrumentos ordinarios e idóneos ya mencionados, y no los utilizaron.

Ahora: aún si pudiera prescindirse del referido requisito -o se entendiera superado- el amparo constitucional *sub discussio* tampoco podría dispensarse pues -como es holgadamente sabido- para el buen suceso de la acción de tutela es indispensable que exista una amenaza o vulneración efectiva y plenamente demostrada de derechos fundamentales, ya que si se concediera para fines distintos, el objetivo que tuvo en mente el Constituyente al consagrarla resultaría desvirtuado.

De conformidad con lo expuesto, y por mandato expreso del artículo 554, inciso 3o., del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 2452 del Código Civil, cuando se ejerce solamente la acción hipotecaria, debe demandarse únicamente al actual propietario del bien hipotecado. Esta ha sido la jurisprudencia constante, y la doctrina de la mayoría de los autores...

Tomando pie en las directrices legales y jurisprudenciales antes reseñadas emerge claro que en los procesos ejecutivos con título hipotecario no hay manera de atribuirle legitimación en la causa por pasiva a quienes AL MOMENTO DE PRESENTARSE LA DEMANDA no sean propietarios del bien hipotecado, o a quienes no hayan suscrito los títulos o adquirido las obligaciones garantizadas con la hipoteca.

Por modo que si luego de trabada la litis el bien hipotecado cambia de propietario [como ocurrió en éste caso a raíz de la rescisión decretada por sentencia del 19-01-2011 dictada por el Tribunal Superior de Buga], ninguna alteración experimenta lo referente a legitimación en la causa por pasiva en el proceso, desde luego que ese presupuesto de la pretensión se determina al momento de la presentación de la demanda, y no en el decurso del proceso, al vaivén de las particulares contingencias o incidencias que en el mismo puedan acaecer.

Así que, en conclusión, al no haber dispuesto la vinculación procesal que en la solicitud de tutela se echa de menos, el juzgado accionado no solo no ha incurrido en desvarío alguno sino que ha actuado ceñido estrictamente a la ley y a la jurisprudencia.

De lo cual se sigue, recta línea, el despacho desfavorable de la tutela incoada en su contra.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2013-1166) del 23 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: niega la protección solicitada.**

**ACCIÓN DE TUTELA FRENTE AL ACTO QUE DESVINCULA A UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – No procede si la declaración de insubsistencia obedece a la reubicación de otro empleado que sí tiene la propiedad en su cargo.**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-972 de 2005, T-072 de 2008, T-858 de 2009, T-137 de 2012 y T-1083 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)El problema jurídico a resolver se centra en establecer ¿si la acción de tutela es el mecanismo para cuestionar el acto administrativo de desvinculación de un empleado en provisionalidad, con ocasión del nombramiento por reubicación de otro empleado que sí está en propiedad?

Bajo tales circunstancias, de entrada advierte entonces esta Sala de Decisión, la improcedencia que rodea la presente acción de tutela, en consideración a que la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, a causa del nombramiento por reubicación de otra empleada en propiedad en el mismo cargo, puede ser atacada mediante los mecanismos establecidos por el Código Contencioso Administrativo, en especial, mediante la acción de Nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, para la Sala no es procedente por vía de tutela, dejar sin efectos la resolución atacada y ordenar al HOSPITAL TOMÁS URIBE URIBE E.S.E., nombrar de nuevo a la accionante a quien se declaró insubsistente por reubicación de otra empleada de carrera, toda vez que la acción de tutela no es el instrumento para controvertir estas decisiones.

Y es que como lo tiene decantado la jurisprudencia constitucional, si bien el nombramiento en provisionalidad representa cierta estabilidad, como el derecho a que se motive puntualmente el acto administrativo, no hay mucho que hacer cuando la desvinculación obedece al nombramiento por reemplazo de alguien que sí se encuentra en propiedad.

En consecuencia, si la accionante pretende reversar su desvinculación como provisional, para dicho fin deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones correspondientes. Precisamente sobre el tema la Corte Constitucional ha señalado:

En la secuencia de ideas así propuesta, la presente acción se torna improcedente en la medida que existen otros mecanismos de defensa judicial para proteger eficazmente los derechos que el accionante estima violados, de los que no se ha acreditado su empleo, con mayor razón cuando allí, desde el inicio, puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que le afectan. Así entonces, se reitera, dichos planteamientos deben refutarse frente al juez natural, mediante el procedimiento especial y en el escenario probatorio correspondiente, no en este breve y sumario que proporciona la tutela, como mecanismo residual.

De otro lado y por lo que respecta al alegato de la accionante, concerniente a que fue inadmitida al concurso de méritos desde el pasado 18 de mayo de 2012, por culpa del Hospital al no haberle expedido una certificación con funciones

especificadas, por lo que considera ilegal su exclusión del concurso, baste decir para que ese argumento no encuentre eco en esta decisión que el mismo carece del requisito de la inmediatez, toda vez que desde la exclusión del concurso a la fecha ha transcurrido más de un año y medio, lo que impide que la acción de tutela sea un medio adecuado para remediar cualquier anomalía.

Por último debe indicarse que a juicio de la Sala, la accionante no se encuentra abocada a un perjuicio irremediable, presupuesto necesario para la procedencia de la tutela o al menos acometer el estudio de fondo del asunto aquí esgrimido, en tanto no manifestó encontrarse discapacitada o en alguna circunstancia que amerite protección especial por parte del Estado; luego, a pesar que está desempleada, no se encuentra en condiciones urgentes, inminentes o graves que autoricen a la Sala la suplantación del juez natural que debe resolver el asunto aquí planteado.

Son las anteriores razones, suficientes para negar la protección del amparo deprecado por VIVIANA MORALES JIMÉNEZ.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-010-14) del 24 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: niega la tutela impetrada.

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA – Es necesario demostrar que la persona titular del derecho cuya protección se busca no está en condiciones de promover su propia defensa.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-044 de 1996 y T-899 de 2001.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, en primer lugar entrará la Sala a estudiar ¿si existe legitimación por activa en cabeza del abogado que dice actuar como agente oficioso del accionante JOSÉ DIMAS BERMÚDEZ, de quien dice se le vulneró su derecho al debido proceso, en tanto el trámite de incidente de desacato que se adelantó contra QUIMPAC DE COLOMBIA S.A. no concluyó con sanción por desacato?

A fin de solventar dicho cuestionamiento, importa destacar que dada la informalidad que reviste la acción de Tutela, por regla general la misma debe ser interpuesta por el titular del derecho y solo excepcionalmente se acepta su presentación a través de agente oficioso, cuando se dan las circunstancias del inciso 2º del artículo 10 del decreto 2591 de 1.991, es decir, el que actúe como agente oficioso debe afirmar que procede como tal y demostrar aunque sea sumariamente, que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitado de ejercer su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieran afectar su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.

Entonces, al no ser permitido desconocer lo que realmente desea el afectado, se requiere que la persona interesada ratifique la actuación del tercero que lo representa, ya que este podría actuar en contra de su voluntad y afectar su autonomía de la voluntad, pues a pesar de la apariencia de bondad del gesto del agente, sus propósitos o intereses pueden no ser los mismos del interesado, quien además estaría siendo considerado por dicho tercero como alguien incapaz de defender sus propios derechos. Es así como la citada corporación ha señalado:

Por ello la agencia oficiosa no puede llevar a que se comprometa el nombre de otro para obtener la actuación del juez sin manifestación alguna de quien figura como sujeto pasivo de la vulneración o amenaza de los derechos. De allí que la norma legal exija la ratificación de lo actuado por agente oficioso como requisito de legitimación dentro del proceso.

En ese orden de ideas, para declarar procedente la agencia oficiosa, es necesario constatar que se dan los siguientes requisitos:

- A. El actor actúa en nombre de otra persona.
- B. De la exposición de los hechos resulte evidente que el agenciado se encuentre imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta.
- C. Demostrar la imposibilidad en que se encuentra el titular del derecho para ejercer su propia defensa y.
- D. Ratificación de lo actuado por el agente oficioso.

Bajo las consideraciones anteriores, y siendo incontestable que pese al requerimiento efectuado en el auto que admitió la tutela, no se dijo nada sobre los motivos por los cuales el agenciado JOSÉ DIMAS BERMÚDEZ no estaba en posibilidad de apersonarse de su acción de tutela, ni tampoco acudió personalmente a ratificar la actuación de quien dijo agenciar sus derechos, no se establece otra cosa que la falta de legitimidad del invocante para solicitar protección de derechos fundamentales a favor de otro.

Se reitera, el abogado GERMÁN QUINTERO ROJAS no demostró que aquél en cuyo nombre accionó, estuviera en condiciones que le imposibilitaran promover su propia defensa, de modo que se pudiera hablar de una agencia oficiosa; circunstancia que por sí sola frustra el buen suceso del presente trámite constitucional.

Luego, no es posible por parte de esta Sala de Decisión entrar a examinar de fondo el asunto planteado debido a la falta de legitimidad de quien la incoa, en consecuencia negará el amparo deprecado.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-012-14) del 27 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.

**ACCIÓN DE TUTELA – No puede reclamar protección quien no ha sido parte en el trámite controvertido o quien, en su calidad de abogado, carece de poder especial para representar a la persona afectada.**

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-550 de 1993, T-127 de 2001, T-552 de 2006 y T-012 de 2009.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En éste orden de ideas es palmario que el profesional del derecho que aquí acude a la tutela carece de legitimación en la causa para incoar, bien *motu proprio*, ora a nombre de JOSÉ FERNEY GONZÁLEZ GIL, la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal, toda vez que (i) no ostenta la calidad de parte o tercero interviniente en el trámite contravencional en el cual denuncia la vulneración al debido proceso; y (ii) partiendo de que la tutela ha sido incoada en favor del señor GONZÁLEZ GIL, es palmario que dicho togado carece del necesario poder especial para éste efecto, toda vez que el que le fue otorgado para intervenir en el multicitado trámite contravencional -y que se encontraba expresamente dirigido al Ministerio de Defensa Nacional y al Departamento de Policía Valle- no lo habilita para incoar una tutela en representación de aquel poderdante pues se trata de una acción diferente, y no un apéndice o extensión de la defensa ejercida en el primer trámite.

Sobre este punto pertinente es indicar que aun cuando en el referido documento se hizo alusión a que el señor JOSÉ FERNEY GONZÁLEZ GIL confiere poder al citado togado para presentar ACCION DE TUTELA ante el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y la POLICIA NACIONAL, es evidente que dicho mandato fue conferido para el trámite administrativo ya mencionado, como en efecto ocurrió, desde luego que dicho trámite era el único de competencia de las autoridades a las cuales fue dirigido en poder. Amen que ni el Ministerio de Defensa ni la Policía Nacional conocen de acciones de tutela.

En el mismo sentido, el abogado en comento tampoco ostenta la legitimación en esta causa para actuar como agente oficioso de JOSÉ FERNEY GONZÁLEZ GIL toda vez que ni siquiera mencionó en su solicitud de amparo constitucional que éste (sancionado en el reseñado trámite) se encuentre imposibilitado para promover la acción de tutela personalmente.

Desde ésta sola perspectiva, entonces, la solicitud de tutela *sub discussio* deviene improcedente.

Ahora bien: aunque hipotéticamente se pudiera reputar idóneo el aludido poder para fines del presente trámite constitucional, la tutela incoada tampoco podría dispensarse pues como es holgadamente sabido ella no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, toda vez que para cuestionar, impugnar o controvertir éstos el ordenamiento jurídico consagra como mecanismo ordinario e idóneo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, y “...*gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca...*”.

A éste propósito la Corte Constitucional ha precisado en numerosas oportunidades que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado. A la sazón, el legislador -al reglamentar el mecanismo de la suspensión provisional del acto administrativo acusado- pone en manos de los

particulares un medio eficaz y oportuno, que se materializa desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados o amenazados por la administración.

Por supuesto, excepcionalmente la tutela puede proceder contra actos administrativos de contenido particular. Ello ocurre “...cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos...”, supuesto éste en el que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados. Así que, la tutela procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pero solo cuando cabalmente se acredita la existencia o posibilidad inminente de un perjuicio irremediable.

A la luz de las anteriores perspectivas jurídicas prontamente se advierte que la tutela de cuyo análisis se ocupa el Tribunal, en los precisos términos como fue impetrada [como mecanismo principal y definitivo], es improcedente. Y a esa misma conclusión se impone arribar frente a la única forma como ella podría abrirse paso, esto es, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, desde luego que ésto último (la existencia de un perjuicio irremediable) ni siquiera fue invocado; mucho menos se acreditó en el proceso, lo cual revela innecesaria la intervención del juez constitucional.

**Sentencia de tutela de primera instancia (T-2014-009) del 27 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada**

**ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO – Solo es posible respecto de un contrato válido/NULIDAD DE PROMESA DE COMPRAVENTA – Ni el plazo ni la condición pueden ser indeterminados/NULIDAD ABSOLUTA – No puede ser ratificada o convalidada por los contratantes/DECLARACIÓN DE NULIDAD – Las mejoras hacen parte de las restituciones mutuas/RESTITUCIONES MUTUAS – La buena fe no se predica respecto de la promesa de compraventa, sino de la posesión que los contratantes ejercieron sobre los inmuebles.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículos 768, 1526, 1546, 1611, 1742, 1746 y 1752; Código de Procedimiento Civil, artículo 6.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 4398 del 15 de junio de 1995, ponencia de Rafael Romero Sierra, 5295 del 23 de junio de 2000, ponencia de José Fernando Ramírez Gómez, 5519 del 18 de agosto de 2000, ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 6748 del 25 de octubre de 2001, con ponencia de Jorge Santos Ballesteros, 6760 del 13 de mayo de 2003, con ponencia de César Julio Valencia Copete y 7892 del 27 de junio de 2007, con ponencia de César Julio Valencia Copete.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sostuvo el demandado que está demostrado el incumplimiento de su contraparte, por lo que ha debido accederse a la resolución, de lo cual resulta

que el decreto de nulidad dispuesto por el *a quo* no concuerda con la probática recaudada.

Al respecto, esta Sala debe remarcar que la validez del contrato cuya resolución se pide, es presupuesto basal de la pretensión, y por ende amerita prevalencia en el estudio del caso, pues resulta inane predicar la insatisfacción, aun si está demostrada, de un convenio que, por hallarse viciado de nulidad, carece de fuerza vinculante para los pactantes. Así lo enseña el doctrinante Fernando Canosa Torrado:

Puestas así las cosas, lo desatado por el juez de instancia no obedece a un proceder caprichoso ni despreciativo del acervo probatorio, sobre todo si se tiene en cuenta que el contrato es acaso la prueba fundamental de la demanda resolutoria, pues en él constan los compromisos adquiridos, incluidos aquéllos que se alegan insatisfechos; al contrario, actuó el fallador de conformidad con las reglas que orientan la resolución, que llaman a preferir la declaración de nulidad absoluta del pacto por encima de la verificación de los incumplimientos endilgados al encartado, lo que se entiende, precisamente, por la tacha de invalidez que permea y da por aniquiladas *ab origine* las obligaciones adquiridas en el convenio de que se trate, al punto que la declaratoria judicial de nulitación absoluta está revestida del denominado efecto *ex tunc* o retroactivo.

Ahora bien, repasando el fallo del *a quo* se encuentra que el motivo de la declaratoria de nulidad alude a la ausencia de la requisitoria 3ª que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 trae en relación con la promesa de contrato, pues en el aportado al plenario encontró que se estipuló una condición indeterminada, dado que en su cláusula quinta se acordó que las transacciones prometidas se efectuarían “...una vez se halla (sic) terminado la licencia judicial, es decir, aproximadamente en noventa días es decir el 30 de junio de 2008 en la notaría segunda en horas de la tarde”.

Evidenciando pues, que hizo bien el fallador de instancia al haberse ocupado en primer término del estudio de la validez del contrato de promesa de compraventa y permuta, y al apreciar como indeterminada la condición obrante en el canon quinto del mentado pacto, declarando con fundamento en ello la nulidad absoluta de aquél, adviene imperativo desestimar este fragmento de la alzada.

Según el demandado, la ilegalidad del documento fue saneada por las partes, por lo que el juez debió fijar su atención en que el actor prometió un inmueble sobre el que apenas le asistía una falsa tradición, y cuya área era menor a la indicada en la promesa, por lo que estaban estructurados los elementos para rescindir el contrato.

Primeramente vale decir, frente a la cuestión propuesta, que la nulitación absoluta de la promesa contentiva de condición indeterminada es un tópico que no deja lugar a duda alguna, pues tal efecto ha sido abordado con suficiencia por la jurisprudencia nacional...

Dicho lo anterior, cabe destacar que la nulidad absoluta trasciende la esfera del interés particular, motivo por el cual es deber del juez declararla oficiosamente, y puede ser demandada por el ministerio público, o cualquier tercero que demuestre interés en ello.

Esta opinión ha sido acogida por la legislación civil, en el art. 1742 del C.C., subrogado por el art. 2 de la Ley 50 de 1936:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Ciertamente, en la fracción final del precepto en cita se alude a una posible ratificación de las partes cuando quiera que la nulidad absoluta no haya sido generada por objeto o causa ilícitos. Sin embargo, la doctrina ha explicado que dicho fragmento corresponde a un lapsus del legislador de 1936, que desde la óptica lógica y sistemática adviene de imposible aplicación, dado que:

- i) Al tenor del art. 1526 del C.C., ninguno de los contratantes puede renunciar a demandar la nulidad absoluta;
- ii) En esa misma norma se proclama que la invalidez en comento persiste, sin importar el clausulado que se agregue al pacto;
- iii) Aún bajo el supuesto de que las partes quieran ratificar el convenio viciado con nulidad absoluta, esa voluntad no es oponible a los otros legitimados por activa para formular dicha pretensión: el ministerio público, los terceros interesados en el asunto y, por contera, la facultad que le asiste al juez de declararla de oficio tampoco se esfuma, pues cuando así procede lo hace como guardián del orden público, imperativo que está por encima de las intenciones particulares y que vincula al juzgador en estricto sentido, en virtud de la máxima contenida en el canon 6º del C.P.C.
- iv) El acto de ratificación, regulado en el artículo 1752 del C.C., quedó reservado a aquellos vicios susceptibles de ser saneados, y la nulidad absoluta es insubsanable.

Siendo así, una interpretación posible del segmento final del art. 1742, es que, o solo es aplicable a la nulidad relativa, o bien de cara a los vicios absolutos las partes están autorizadas a suscribir un nuevo pacto, con el mismo contenido obligacional que el anterior, pero resguardándose de no reincidir en la comisión del defecto anulatorio insubsanable, aunque esto último no sería propiamente una ratificación.

Depuestos así los argumentos destinados a mostrar la alegada ratificación de una nulidad que no admite dicha convalidación por su naturaleza absoluta, se impone desechar por impróspera esta subsección de la alzada.

Manifestó el actor que el demandado no puede tenerse como contratante de buena fe, pues los vehículos y el inmueble que prometió vender, en realidad no eran de su propiedad.

Sobre el particular, resulta suficiente con ilustrarle al demandante que la buena fe en la restitución no se predica de la promesa, sino de la posesión que los contratantes ejercieron sobre los inmuebles.

En ese orden de ideas, el referente con el que ha de calibrarse la buena o mala fe al momento de estudiar la restitución, es el canon 768 de la Obra Sustantiva Civil, cuyo tenor literal es el que sigue:

**ARTICULO 768.** La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Acreditado en este asunto que ambas partes entraron en posesión de los bienes cuya compraventa y permuta se prometió, resulta indiscutible que la tenencia con *animus domini* que demandante y demandado ejercieron durante este lapso, está respaldada por la convicción justificada de que estaban recibiendo los respectivos bienes por parte de sus legítimos propietarios.

Con lo anotado, basta para colegir la improsperidad de este segmento final de la alzada principal.

Culminado el análisis de las proposiciones razonadas tanto en la alzada principal como en la adhesiva, el cual concluyó con la disolución de las argumentales propuestas en la una y la otra impugnación, encuentra la Sala que se impone la confirmatoria íntegra del fallo de instancia.

**Sentencia de segunda instancia (2009-00077-01) del 28 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina, Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA DEJAR SIN EFECTO LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – Es improcedente cuando la decisión cumple con los requisitos formales y no se acredita la existencia de perjuicio irremediable**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, Auto 172A de 2004, Sentencia SU. 995 de 1999 y sentencia T-10012 de 2010; Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión 0885-09 del 18 de febrero de 2010, con ponencia de Bertha Lucía Ramírez de Páez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Descendiendo al caso que nos ocupa, se debe determinar la procedencia de la acción de tutela para dejar sin efectos el acto administrativo de trámite mediante el cual se ordenó la suspensión provisional del accionante, el cual fue posteriormente prorrogado.

Sobre el punto, iniciaremos por aclarar que como lo denotan las anteriores citas jurisprudenciales y contrario a lo manifestado por el *a-quo*, la Corte Constitucional ha sido enfática en determinar que el acto administrativo mediante el cual se suspende provisionalmente a un sujeto disciplinario, es una

decisión de trámite que resuelve un asunto sustancial, la cual no es susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, sólo cuando sea evidente la afectación de derechos fundamentales con ocasión de una medida abiertamente irrazonable, desproporcionada y que desconoce los presupuestos formales y sustanciales del Código Disciplinario Único, la acción de tutela se constituye en el mecanismo de defensa judicial idóneo y definitivo para resolver la controversia suscitada.

Si bien es cierto el accionante es un empleado oficial por la naturaleza jurídica del BANCO AGRARIO S.A., y la relación contractual vigente, también lo es que por tratarse de un proceso disciplinario el competente para revisar la legalidad de las decisiones definitivas que dentro de dicho trámite se adopten es la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, para establecer si la medida de suspensión luce abiertamente irrazonable y desproporcionada en desconocimiento de los presupuestos formales y sustanciales del Código Disciplinario Único, basta con revisar el material probatorio adosado del cual se desprende que la medida fue impuesta durante la investigación disciplinaria, acogiendo la garantía procesal prevista en dicha normatividad, puesto que se profirió con el lleno de los requisitos y debida justificación, en cuanto a: a) Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilite la interferencia del servidor en el trámite de la investigación. b) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga. c) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga. Cada una de estas situaciones fue debidamente estudiada por la entidad accionada como se desprende de la copia del expediente 2013-06-0285 en donde se coloco de relieve que la falta investigada tiene la connotación de grave o gravísima.

Por otra parte, no es dable al Juez constitucional analizar en este momento si las pruebas que obran en el expediente y por las cuales se da inició al proceso disciplinario son suficientes, legales, pertinentes o conducentes, pues como se estableció de las citas jurisprudenciales antes referenciadas al ser este un acto de trámite está supeditada a una decisión final, la cual puede ser demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En consonancia, la decisión administrativa dictada por la OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO COORDINACION REGIONAL DE OCCIDENTE y confirmada en su integridad por la Presidencia del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, cumple cabalmente las condiciones formales y sustanciales que la normatividad impone, basándose en razones objetivas y justificando a partir de elementos serios de juicio que resultan del análisis probatorio efectuado.

Finalmente, frente a el inminente acaecimiento de un perjuicio irremediable para el accionante por la falta de salarios durante el término de suspensión dicha situación no fue acreditada dentro del plenario, de tal forma que de ella pueda inferir un riesgo al mínimo vital y/o vida en condiciones dignas, pues como lo ha determinada la Corte Constitucional, si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. El máximo Tribunal Constitucional ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.

En ese orden de ideas, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

**Sentencia de tutela de segunda instancia (T-014-14) del 28 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz, Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO DE PETICIÓN – Las entidades están obligadas a dar respuesta oportuna y de fondo, sin importar si los peticionarios están incluidos o no en sus bases de datos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 23.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-167 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso el apoderado del accionante solicitó protección a su derecho fundamental de petición el cual consideró vulnerado por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL al no haber recibido repuesta de fondo a lo solicitado por él desde el día 18 de septiembre de 2013. En ese designio exhibió copia del escrito que contiene la petición en comento, así como la constancia de entrega del mismo a la entidad por correo certificado (folios 3 a 6 cdo. 1).

La dependencia accionada, como en líneas anteriores se dijo, funda su impugnación en el hecho de que el señor ABADÍA GUISAMANO CUERO no figura como pensionado en la CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

A éste propósito, resulta pertinente puntualizar que la Corte Constitucional ha puntualizado de manera reiterada que frente a una petición concreta (como la que ciertamente impetró el aquí accionante a CASUR) “...la autoridad deberá necesariamente abordar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado, en un tiempo prudencial cuya específica duración depende de la modalidad de petición elevada, y asegurarse de que la respuesta efectivamente llegue a conocimiento del interesado...”

Puestas así las cosas la Sala encuentra que evidentemente el derecho fundamental de petición del accionante ha sido vulnerado por la entidad accionada, pues aun aceptando -por vía de hipótesis- que el señor ABADIA GUISAMANO CUERO no figura en las bases de datos de la entidad como pensionado, ello jamás la releva de su obligación de dar respuesta oportuna y de fondo a la tantas veces citada petición. De hecho, ésta no puede ser ignorada sin dar explicación alguna a su autor o sin indicarle -por lo menos- lo acontecido con la particular situación que al parecer ocurre en su caso con ocasión a la presunta inexistencia de los documentos cuya copia se reclama -según lo manifestado por la Policía Nacional en escrito visible a folios 20 a 27 cdo. 1.-.

En este orden de ideas se impone confirmar el fallo impugnado en cuanto a la protección allí dispensada al derecho fundamental de petición del accionante; no ocurre lo mismo con la manera como se dispuso materializar la salvaguarda conferida [ordenando a CASUR "...la entrega de las copias requeridas, conforme fueron solicitadas..."], pues al proveer de esa guisa olvidó el juez *a-quo* que la protección del núcleo esencial del derecho de petición se materializa con una respuesta de fondo, independientemente de si ésta favorece o no los intereses del peticionario, razón por la cual, como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, al juez de tutela le está vedado -en línea de principio general- arrogarse las facultades que la ley ha adscrito a la autoridad administrativa accionada, indicando u ordenando el sentido de la respuesta que debe recibir el autor de la solicitud.

Desde ésta perspectiva, en consecuencia, se hace necesario modificar la orden en comento.

Sentencia de tutela de segunda instancia (T-2013-1169) del 30 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, Decisión: modifica la sentencia impugnada.

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES – No es causal de preclusión de la investigación que el adolescente llegue a los 21 años de edad.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 250; Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 177 y 187; Código de Procedimiento Penal, artículo 332, numeral primero; Código Penal, artículo 113, inciso segundo.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 39679 del 17 de octubre de 2012, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, el planteamiento de la alzada centra la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿se configura la causal primera de preclusión, establecida en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, cuando en un proceso adelantado contra un presunto adolescente infractor, éste ha llegado a los 21 años de edad?

A fin de solventar el anterior planteamiento debe precisarse en primer lugar, que la figura procesal de la preclusión, conlleva la terminación de la actuación penal, sin que dentro del proceso se hayan agotado todas sus etapas propias. Ello se debe a que, con arreglo a la ley no hay mérito para acusar o proseguir con el trámite.

Entonces, como fue claramente precisado por la Sala Penal de la Corte Suprema, la causal primera de preclusión, esta relacionada con los eventos previstos en la ley como de extinción de la acción penal, ora por muerte del procesado, prescripción, pago de la multa cuando ésta es la única pena, desistimiento, entre otros.

En ese contexto, la hipótesis planteada por la fiscal recurrente, la cual hizo consistir en que la indiciada DIANA VANESSA VÁSQUEZ LOZANO cumplió sus 21 años y por ende no puede ser objeto de sanción de privación de la libertad, carece de fundamento por cuanto el hecho que el adolescente infractor llegue a esa edad, no está incluido dentro de las causales de extinción de la acción penal.

Se reitera, ni en el Código de Procedimiento Penal, ni en el Código de la Infancia y la Adolescencia, está establecida la edad del adolescente como un motivo que frustre la continuidad de la acción penal, luego el supuesto bajo el que la FISCAL 47 URPA pretendió lograr la preclusión de la investigación no halla respaldo en la ley procesal.

A lo anterior debe agregarse, como lo anotó el juez *a quo*, que si el delito presuntamente tipificado, es *lesiones personales de carácter permanente* (Artículo 113, inc. 2° Código Penal), la pena mínima a imponer con el aumento de la ley 890 de 2004 son 32 meses, que no se acompañan con los 6 años de pena mínima que exige el artículo 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia para que proceda la privación de la libertad en centro especializado. En consecuencia, en caso de hallarse responsable a la señorita VÁSQUEZ LOZANO, cabría la aplicación de otras sanciones como las que establece el artículo 177 *idem*, y otras actuaciones mediante las cuales se produciría el restablecimiento del bien jurídico protegido y el resarcimiento del daño a la afectada, con lo que se desvanece el principal argumento de la apelante y determina la improsperidad de la alzada.

En consecuencia, se conmina a la Fiscalía para que de la mano con la Policía Judicial, y en cumplimiento de su deber constitucional realice una investigación completa y objetiva, que revele en realidad cómo acontecieron los hechos donde se provocaron lesiones con deformidad física de carácter permanente a la víctima MARÍA ELSA SÁNCHEZ ORDÓÑEZ, por supuesto que ella tiene derecho a que se haga justicia.

Bastan entonces las anteriores breves consideraciones para confirmar el auto materia de ataque, en cuanto negó la solicitud de preclusión a favor de referida indiciada.

Auto de segunda instancia (A-029-14) del 3 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma el auto apelado.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es admisible cuando el accionante interpone recursos improcedentes/ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – No es irrazonable que el juez de familia desapruebe la conciliación sobre alimentos que involucra la cuota de quien no tuvo participación en dicho acuerdo.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1098 de 2006, artículo 131.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-1009 de 2000, T-520 de 2002, T-189 de 2005, T-112 de 2013; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 9

de julio de 2008, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena y decisión 00142-00 del 10 de mayo de 2005.

#### 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 (o hace uso de uno IMPROCEDENTE, que es lo mismo), vedado le queda acudir a la tutela con el fin de subsanar su falta de diligencia en el trámite del proceso.

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado en ese mismo sentido puntualizando que "...tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial idóneo, por excelencia, es el proceso dentro del cual deben gestionarse los pedimentos pertinentes, sin que sea dable acudir a la tutela porque ella no es un mecanismo que pueda activarse, a discreción del interesado, para obtener, como lo pretende el peticionario, lo que le corresponde decidir al juzgador de instancia, ni aún bajo el pretexto de no tener al alcance "otros procedimientos legales"...", razón por la cual en un caso concreto [Expediente T- 11001 02 03 000 2008 01025-00] negó la tutela incoada debido a que los accionantes "...en vez de recurrir en reposición el auto de 3 de marzo de 2008, mediante el cual el magistrado ponente rechazó la nulidad solicitada por Abraham Buitrago Rincón y negó las pruebas pedidas por Rosa Inés Buitrago de Rueda, debieron formular el recurso de súplica, medio idóneo de defensa que dejaron de utilizar..." (sentencia del 09-07-2008. Sala de Casación Civil. Magistrado ponente Dr. PEDRO O. MUNAR CADENA).

En el caso bajo estudio del Tribunal se tiene que la decisión que suscita la queja tutelar [auto interlocutorio No. 491 del 18-09-2013], en cuanto improbió la conciliación entre la aquí accionante y su padre, y adicionalmente reguló las cuotas alimentaria de aquella y de la menor LEIDY ROCIO ARBELAEZ DIEZ era pasible del recurso ordinario de reposición que prescribe el artículo 348 del C. de P. Civil.

Sin embargo la señora MONICA ARBELAEZ MONSALVE (accionante) no hizo uso del aludido medio de impugnación. Lo que hizo fue utilizar un improcedente recurso de apelación [ver, folios 103 y ss, cdo. No. 1 (copia) del proceso de alimentos con radicación 2012-00235-00] cuyo rechazo se dispuso en auto No. 1210 de fecha 16-10-2013 [folios 175 y 176 cdo. ib.], ante lo cual alcanzó firmeza aquella determinación.

En tales condiciones, no puede dicha señora acudir a la tutela con el designio de discutir o impugnar la legalidad del auto tantas veces citado, pues en el decurso del proceso en el cual es demandante tuvo en sus manos el instrumento ordinario PROCEDENTE para ello, y no lo utilizó.

En tales condiciones es claro que la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención de la Sala no cumple con el requisito genérico de procedibilidad denominado "SUBSIDIARIDAD", de lo cual se sigue su despacho desfavorable.

Ahora bien: aunque las cosas se vieran al margen del presupuesto antes mencionado, necesariamente se vuelve a lo que acaba de decirse, esto es, a que la solicitud de tutela sub-discussio no tiene vocación de prosperidad, toda vez que en la providencia interlocutoria que origina la protesta de la accionante no se observan desvaríos o interpretaciones descabelladas que configuren al menos

una de las causales específicas de procedibilidad [antes denominadas VIAS DE HECHO].

Es más: todos los visos de razonabilidad exterioriza aquel auto al haber improbadado el acuerdo alcanzado por la señora ARBELAEZ MONSALVE y su demandado progenitor, desde luego que ese consenso involucraba el *quantum* del embargo que garantizaba la cuota alimentaria de quien ninguna participación había tenido en dicho acuerdo, esto es, la menor LEIDY ROCIO ARBELAEZ DIEZ, por lo que sin el consentimiento de su entonces representante legal [señora NELSY ESTELA DIAZ MOSQUERA], y considerando que con fundamento en el artículo 131 del Código de la Infancia y la Adolescencia el juez accionado ya había ordenado la acumulación de los procesos alimentarios que cursaban contra el señor ARBELAEZ PEREZ para efectos de señalar el monto de las dos cuotas o pensiones alimentarias a cargo de éste, no era dable aprobar aquel acuerdo.

No se trata, entonces, que las discrepancias de las partes respecto de la interpretación jurídica o probatoria efectuada por el Juez puedan servir de pivote a la acción constitucional en comento, pues a tono con el artículo 230 de la Constitución Política, los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, de tal suerte que el ejercicio de la función judicial reclama de los mismos una permanente y ponderada labor de interpretación de las normas que gobiernan los asuntos sometidos a su composición, lo cual constituye coruscante manifestación de su autonomía judicial.

Es por ello que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha dejado asentado que, por regla general, la INTERPRETACION efectuada por el juez ordinario en forma razonable no resulta pasible de la acción de tutela, toda vez que ésta no fue instituida para cuestionar la labor dialéctica de los Jueces, o más concretamente, para controvertir el raciocinio judicial.

En conclusión: así el Tribunal discrepara del razonamiento que condujo al juzgado accionado a proveer como lo hizo en la providencia interlocutoria censurada, que no es el caso, ello no sería motivo suficiente para calificar de absurda la referida providencia.

Y en tales condiciones, como ya se dijo, el amparo constitucional incoado adviene impróspero.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-2014-005) del 3 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección reclamada.

**REVISIÓN CONTRATO DE MUTUO – El cobro de intereses bajo la fórmula UPAC no implica, por sí, exceso alguno ni puede dar lugar a devoluciones, reintegros o imposición de sanciones/DECLARACIÓN DE INEXEQUIBILIDAD DEL UPAC - No tuvo efectos retroactivos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 546 de 1999, artículos 38 a 43; Banco de la República, Circulares Externas 26 de 1994 y 18 de 1995.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias C-383, C-747 y C-700 de 1999; Tribunal Superior de Buga, decisión 14215 del 13 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo; Tribunal Superior de Bogotá, decisión 2002-01162-01 del 15 de abril de 2010, con ponencia de la magistrado Julia María Botero Larrarte.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Como es lo usual en éste tipo de litigios, la médula de lo alegado por los demandantes estriba en los pagos -en su sentir excesivos- que tuvieron que efectuar al banco demandado con ocasión de la obligación hipotecaria No. 01-24474-8 por ellos contraída el 14-02-1996 en 1450.4748 Unidades de Poder Adquisitivo Constante [que para esa calenda equivalían a la suma de \$11.830.000.00], en razón de la vinculación del valor de la UPAC con variables como la tasa DTF [en lugar de utilizar el IPC para su cálculo como en su momento lo dispuso el Decreto 663 de 1993]. Ello, agregan, da lugar a la revisión de la susodicha obligación [contrato de mutuo] en orden a que se les devuelva o reintegre lo que pagaron “...por cobro en EXCESO de capital e interés, mas interés sobre capital e interés cobrado en exceso...” (folio 47 fte. cdo. ib.), pues el alivio que en cumplimiento de la Ley 546 de 1999 les reconoció el banco demandado [abono a capital en cuantía de \$2.371.166.70] no solo fue “parcial” sino que en realidad lo asumió “...el tesoro público...”, situación que “...da origen a la obligación que tienen los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda de devolver a los deudores el todo de lo cobrado en exceso durante la vigencia del sistema UPAC, así como el derecho que les asiste a éstos de demandar mediante las acciones judiciales pertinentes esas devoluciones...”

Delanteramente la Sala debe dejar asentado, como lo ha hecho en pronunciamientos anteriores, que el origen de la perniciosa vinculación del valor de la UPAC con variables como la tasa DTF, a la sazón, común en todos los préstamos para vivienda otorgados en UPAC por aquellas calendas, no puede hallar hontanar en el querer de las entonces Corporaciones de Ahorro y Vivienda -o de las instituciones bancarias- sino que su fuente estuvo radicada en las políticas del Estado en materia crediticia, pues fue el Banco de la República el que expidió la Resolución externa No. 26 de 1994, modificada por la No. 18 del 30 de junio de 1995, que dentro de las medidas adoptadas para regular la actividad de las CAV fijó una fórmula para liquidar la UPAC que ataba su cálculo a la DTF (intereses promedio reconocidos a los depósitos a término fijo) con base en el 74% del promedio móvil de dicha tasa efectiva en las doce semanas anteriores a la del cálculo.

En tales condiciones, fácilmente se advierte que el excesivo incremento de las cuotas pactadas en UPAC -trasunto de las pretensiones agitadas en el presente proceso- no obedeció a hechos u omisiones de las entidades bancarias o corporaciones de ahorro y vivienda hasta antes de la Ley 546 de 1999, sino a la imposición de políticas estatales, amén que para los deudores no les resultaba desconocida la metodología y el sistema de amortización que se aplicaría a su crédito con una unidad de cuenta que experimentaría variación por estar vinculada a factores móviles de la economía, lo que conduciría a que se incrementase cuando aquellos aumentaran, de ahí que las circunstancias presentadas no puedan tildarse de excepcionales, imprevistas e imprevisibles. Lo que, por cierto, descarta la aplicación de la teoría de la IMPREVISION, pues como en anteriores oportunidades ésta Sala ha tenido la oportunidad de puntualizarlo,

“...los mutuarios sí tuvieron la oportunidad de prever razonablemente la forma en que sería determinada la UPAC, que fue la base económica del mutuo convenido. De lo cual se sigue que los deudores (..) al celebrar el contrato de mutuo de acuerdo con el sistema de valor constante conscientemente asumieron una contingencia, un *álea*, como consecuencia de la desvalorización real del poder adquisitivo del peso y connatural al fenómeno inflacionario, en cuanto éste podía ser más o menos elevado. Lo que de suyo descarta la ocurrencia de *“circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles”* como las exigidas por el artículo 868 del Código de Comercio, en cuanto a la permanente variación del valor del crédito.

Es más: apelando a un simple razonamiento lógico debemos convenir que si algo cotidiano resulta previsible o probable es precisamente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Por ello, como lo sostiene el profesor Escobar Sanín, *“...son válidas las cláusulas entre particulares que tiendan al reajuste periódico de cantidades debidas, teniendo en cuenta las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno...”* pues ellas apuntan a mantener la ecuación económica contractual...” (sentencia del 13 de agosto de 2010, radicación, #76-520-31-03-005-2004-0113-01 Consecutivo interno No. 14.215 Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

De otra parte, como el excesivo incremento denunciado por la actora -se insiste- no devino del querer del banco demandado, mal puede atribuírsele responsabilidad patrimonial alguna a éste por causa de ello. Y tampoco puede afincarse la idea de que hubo un enriquecimiento injusto de su parte, pues nada tuvo que ver en la forma de calcular el valor de la UPAC para mantenerla *“actualizada”*. O lo que es lo mismo: la afectación patrimonial de la que se duelen los actores no tuvo su causa en la acción torticera que se demanda del otro contratante como contravención al principio acorde con el cual nadie se puede enriquecer a expensas de otro injustamente, como que, se reitera, el desequilibrio económico en los contratos de mutuo adquiridos para la financiación de vivienda fue ocasionado por las políticas crediticias adoptadas por la Junta Monetaria.

Ahora bien: el detenido examen de la Sala al análisis financiero emitido por el señor LUIS WALDO MARTINEZ PERTUZ (folios 18 a 27 cdo. 1o) que los accionantes allegaron al proceso con el propósito de acreditar los cobros excesivos allí denunciados revela un protuberante verro, pues siendo que una importante parte de la vida del crédito hipotecario discurrió con anterioridad a las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, y por supuesto, también con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, aplicó RETROACTIVAMENTE los efectos de dichas sentencias y de algunas disposiciones contenidas en la Ley 546 de 1999, desconociendo con ello que, como es la regla general en materia de declaraciones de inconstitucionalidad, exceptuando lo referente a la reliquidación y el reconocimiento del alivio económico [entre el 01-01-1993 y el 31-12-1999] la declaración de inexequibilidad del UPAC no tuvo efectos retroactivos, de lo cual se sigue que mientras estuvo vigente, esto es, al abrigo de la ley, la unidad de pago UPAC implicaba la capitalización de intereses.

El desbarro de la aludida experticia sube de punto con solo considerar que expresamente la Corte Constitucional dejó precisado que la declaratoria de

inexequibilidad de las normas que regulaban el sistema UPAC (sentencia C-700 de 16 de septiembre de 1999) ni siquiera producía efectos inmediatos, sino que, haciendo uso de la facultad de modular los efectos de sus fallos, difirió tales efectos (los de la inexequibilidad) hasta el 20 de junio de 2000 con el fin de evitar un resquebrajamiento de la economía, colocando tal fecha como límite para que el Congreso de la República dictara la ley marco de financiación de vivienda (expedida, como bien se sabe, el 23 de diciembre de 1999). Es más: ya en sentencia anterior (la C-383 de 1999), la Corte Constitucional había declarado inexecutable el literal “f” de la Ley 31 de 1992 (que ligaba la UPAC al DTF) pero reconociéndole validez a los cobros hechos hasta entonces con base en dicha norma. Y en la sentencia C-747 de 1999, el citado órgano de cierre constitucional declaró la inexequibilidad de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda a largo plazo pero manteniendo su validez hasta el 20 de junio de 2000 o hasta cuando el Congreso de la República expidiese una nueva Ley (que vino a ser, se itera, la Ley 546 de diciembre 23 de 1999).

Se sigue de lo anterior que el cobro intereses efectuado por las instituciones financieras bajo esas condiciones [sistema UPAC] tenía el amparo de la ley. Justamente esa fue la razón de ser del reconocimiento a los usuarios de dicho sistema -por parte del Estado- del alivio económico consagrado en la citada ley a modo de “...*amparo económico*... por los pagos que éstos tuvieron que asumir, especialmente a partir del momento en que colapsó el aludido sistema [Ley 546 de 1999, artículos 38 a 43].

A la luz de las perspectivas antes descritas, tres conclusiones fluyen con características incontestables: la primera, que el hecho de que se hayan cobrado intereses bajo la fórmula UPAC no comporta, *per se*, exceso alguno, como tampoco puede dar lugar a devoluciones, reintegros o imposición de sanciones. La segunda, que al estar edificado el “*análisis financiero*” allegado por los demandantes en un supuesto contrario, ningún poder suasorio dimana de dicha experticia en torno al cobro excesivo de capital e intereses que se adujo en la demanda como sustento de las pretensiones. Y la tercera, que en tales condiciones los demandantes NO PROBARON lo que era de su incumbencia, esto es, que durante el periplo de su crédito [en el que el sistema UPAC estuvo vigente] la institución bancaria demandada DESBORDÓ LOS PARÁMETROS FIJADOS POR LA NORMATIVIDAD ENTONCES APLICABLE A ESA UNIDAD DE PAGO, único escenario en que podría abrirse camino una orden judicial de reintegro por cobros excesivos efectuados bajo el sistema UPAC mientras éste estuvo vigente.

De otra parte, decantado -como también ha quedado- que el banco demandado no determinó el comportamiento de la UPAC en nuestro País, imposible resulta deducir en contra de éste el enriquecimiento injusto que se sugiere en algunos apartes de la demanda, pues el aprovechamiento económico que pudo haber obtenido en el específico contrato suscrito con los aquí demandantes estuvo signado por la legalidad analizada a espacio en párrafos anteriores.

Así las cosas, no existe en el proceso elemento probatorio que idóneamente sustente las pretensiones impetradas, imponiéndose así la confirmación del fallo de primera instancia que así lo determinó.

Sentencia de segunda instancia (2007-00102-01) del 5 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**UNIÓN MARITAL DE HECHO – Relevancia probatoria de la declaración notarial de convivencia hecha por el compañero fallecido/INTERROGATORIO DE LA PARTE DEMANDANTE - No existe prueba cuando el declarante narra solo hechos que le favorecen/DECLARACIONES EXTRAJUICIO – Carecen de merito probatorio cuando no son incorporadas al proceso en original o en copia auténtica o cuando no pueden ser ratificadas en los procesos judiciales.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código de Procedimiento Civil, artículos 254 y 299.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 5195 del 27 de julio de 1994, 5502 del 24 de abril de 2001, 6406 del 19 de noviembre de 2001 y 2001-00152-01 del 27 de julio de 2007; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 16798 del 4 de diciembre de 2012, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Establecido un parangón entre la anterior directriz legal y el caso de que cuyo estudio se ocupa ahora la Sala, salta a punto la conclusión de que la pretensión de la demanda direccionada a obtener la declaración de existencia de la unión marital de hecho está llamada a recibir despacho favorable, aunque no dentro de los mojones temporales que determinó el juzgado *a-quo* en la sentencia apelada, toda vez que en el expediente obran pluralidad de elementos probatorios de los cuales emerge certeza en torno a que MARIA EUGENIA PARRA OTALVARO y GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ tuvieron una convivencia o comunidad de vida permanente y singular a partir del mes de marzo de 2006, la cual se prolongó hasta cuando falleció éste, esto es, el 24 de abril de 2009.

El aludido acervo probatorio lo encabeza la manifestación que en vida efectuó el propio GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ cuando mediante escritura pública #125 del 01-03-2005 (NOTARIA ÚNICA DEL CIRCULO DE BUGALAGRANDE), con su entonces cónyuge MARTHA CECILIA OCAMPO, disolvió y liquidó por mutuo acuerdo la sociedad conyugal que entre ambos se había conformado por causa del matrimonio canónico contraído en el municipio de Quimbaya (Quindío) el 1 de mayo de 1971. En el referido instrumento público, en efecto, no solo se acordó una cuota alimentaria en favor de la señora OCAMPO que GUSTAVO ARREDONDO “...pagará en el domicilio común de los esposos dentro de los cinco primeros días de cada mes...”, sino que con total claridad se expresó por los comparecientes que “...los cónyuges continuarán viviendo bajo el mismo techo...” (folio 101 vto. cdo. 1).

Manifestaciones de ese temperamento, sin duda, desvirtúan la invocada convivencia de ARREDONDO con la demandante -al menos durante el año 2004 y parte del 2005- pues como lo ha puntualizado ésta Sala en pronunciamientos anteriores, cuando uno de los sedicentes compañeros permanentes ha fallecido, el poder suasorio proveniente de una manifestación de convivencia permanente y singular por él efectuada en vida a través de un instrumento público [como el que viene de mencionarse, cuya copia auténtica fue incorporada al proceso sin recibir por parte de la demandante ninguna protesta sobre su autenticidad] se erige en éste tipo de procesos en un elemento probatorio de superlativa importancia, y por ende constituye “...el medio probatorio que suele dejar más tranquila la conciencia”

*del juzgador a la hora de decidir la suerte de las pretensiones allí agitadas...” (..) “...Y si a ella se suma otro u otros elementos probatorios que la coadyuven o robustezcan, tal declaración adquiere ribetes de prueba irrefragable...”.*

Que es precisamente lo que ocurre en el caso *sub examine*, pues a la inequívoca manifestación efectuada en vida por el señor GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ ante la Notaria Única del Círculo de Bugalagrande en el sentido de que para esas calendas (1 de marzo de 2005) convivía con su entonces cónyuge MARTHA CECILIA, y que luego de la separación de bienes seguiría conviviendo con ella, se suman los siguientes elementos probatorios: (i) registros fotográficos en las cuales aparece GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ con su entonces cónyuge MARTHA CECILIA OCAMPO durante la celebración de los 50 años de vida de ésta, en posturas claramente indicativas de que su relación matrimonial era en ese momento normal [el festejo hubo de tener lugar alrededor del 01-02-2004, fecha en la que ésta arribó a aquella edad]; (ii) los testimonios de los señores LUZ FANNY TORRES ANGULO y ESAIN ANTONIO AGUIRRE PALACIOS, vecinos de la pareja de esposos y la demandante, quienes coincidieron al afirmar que MARIA EUGENIA PARRA y GUSTAVO ARREDONDO iniciaron una convivencia como marido y mujer “...entre los meses de marzo y mayo de 2.006...”, dijo la primera, y “...a principio del año 2.006...” en palabras del segundo; (iii) JAIME MILLAN ARENAS y DIEGO MONGRAGON MARIN de manera coincidente relataron las circunstancias de tiempo, modo y lugar como conocieron la relación de marido y mujer que entre la tantas veces citada pareja, puntualizando que “...desde mediados de marzo de 2006...” empezaron a notar la convivencia entre el finado y MARIA EUGENIA PARRA OTALVARO, la cual se mantuvo hasta deceso del señor ARREDONDO; (iv) MARTHA CECILIA OCAMPO DE ARREDONDO, ex-esposa del fallecido, reconoció que para la época en que de mutuo acuerdo se separó de bienes (marzo de 2005) tenía algunos problemas con su cónyuge debido a las “amiguitas” que éste tenía en el “Parque”, entre ellas la demandante, pero que no obstante “...el siguió viviendo bajo el mismo techo con su esposa y sus hijos, pero como siguió incurriendo en lo mismo de sus amigas en la calle, yo en febrero del 2006 (..) le dije bueno es tu casa o es la calle pero así no podemos vivir...”, por manera que a finales de marzo de 2006 “...se fue a vivir a dos cuadras de mi casa con la señora MARIA EUGENIA PARRA”; (v) la declaración efectuada por GUSTAVO ANDRES y ANA MILENA ARREDONDO CAMPO, hijos del fallecido GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ, quienes de manera coincidente reconocieron que su padre convivió con la demandante “...a partir de la última semana de marzo del 2006...”, cuando “...se fue de la casa que compartía con nosotros y con ella se fue a vivir hasta el día de su muerte...”.

Al articular los anteriores elementos de convicción con la declaración que bajo juramento efectuó GUSTAVO ARREDONDO OCAMPO en el en el acto escriturario de separación de bienes ante la Notaria Única del Círculo de Bugalagrande, fuerza es concluir que no hay duda alguna acerca de que la unión marital de hecho objeto de escrutinio en el presente proceso, conformada entre aquel y la demandante MARIA EUGENIA PARRA OTALVARO, existió desde el mes de marzo de 2006 hasta el 24 de abril de 2009 [cuando aquel falleció].

El anterior corolario, por lo demás, ninguna alteración experimenta frente a las pruebas sobre las cuales el juzgado *a-quo* fincó el fallo de primera instancia. Es que, primeramente, el interrogatorio absuelto por la demandante (al cual se le atribuyó en dicha providencia alto poder suasorio) ni siquiera constituye medio de prueba en sentido estricto, desde luego que declaración de ese temperamento solo alcanza relevancia en la medida que “...el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el

*declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencia de 13 de septiembre de 1994, citada por Sent. Cas. Civ. de 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195 y 27 de junio de 2007, Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01). Es que, según ha destacado la Corte, “...a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).*

Y, finalmente, las copias informales de varias declaraciones extrajuicio rendidas ante la Notaría Unica de Zarzal [dos de ellas rendidas por el finado GUSTAVO ARREDONDO HERNANDEZ el 07-01-2009 “...para ser presentado al Seguro Social para el pago del INCREMENTO a que tiene derecho mi compañera permanente...” y el 19-06-2008 para fines pensionales, así como dos más rendidas por la aquí demandante con el mismo propósito] ningún merito probatorio tienen pues fueron allegadas por la demandante sin acatar los requisitos del artículo 254 del C. de P. Civil para que puedan tenerse como prueba, toda vez que no fueron “...autorizadas...” por el notario respectivo “...previa orden del juez...”, ni fueron “...autenticadas por notario previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente...”, como tampoco fueron “...compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial...”.

Es más: aunque hubiesen sido incorporadas al proceso en original o en copia auténtica tampoco podría atribuírseles a tales declaraciones valor probatorio alguno en razón a que habiendo sido rendidas ante la Notaría Unica de Zarzal (Valle) sin citación de aquellos contra quienes posteriormente se harían valer [no era para fines judiciales sino para trámites ante el ISS], ni siquiera resultaba procedente su ratificación al interior del proceso, toda vez que las únicas declaraciones rendidas ante Notario o Alcalde que son susceptibles de ratificación al interior de un proceso judicial son las que menciona el 299 del C. de P. Civil, esto es, aquellas que habiendo sido solicitadas ante tales autoridades administrativas “...para fines judiciales...”, están destinadas “...a servir de prueba sumaria en determinado asunto para la cual la ley autoriza éste tipo de prueba, y solo tendrán valor para dicho fin...”.

En conclusión, se debe MODIFICAR el fallo apelado en cuanto al punto de partida de la UNION MARITAL DE HECHO, pues como ya se explicó, ésta no despuntó el 15 de mayo de 2004 sino en el mes de marzo de 2006. Y dado que la fecha exacta de ese mes no fluye con claridad de los medios de prueba examinados en precedencia, lo pertinente es tomar como punto de partida el día 15 de marzo de 2006, desde luego que las declaraciones que así lo informan coinciden en que la pareja comenzó a vivir bajo el mismo techo “a mediados” y “a finales” de marzo de 2006.

Sentencia de segunda instancia (2010-00044-01) del 5 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: modifica la sentencia apelada.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La liquidación de créditos bajo el sistema UVR no es retroactiva.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 546 de 1999.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1009 de 2000, T-189 de 2005 y SU. 026 de 1998; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15672 del 19 de julio de 2011, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Según viene de verse, en la solicitud de amparo constitucional se fustiga la valoración probatoria que el juzgado accionado efectuó a los dictámenes periciales practicados en el trámite del proceso con el designio de establecer si el cobro excesivo denunciado por los accionantes realmente acaeció.

Enfatizan los accionantes, según atrás se reseñó, que la reliquidación de su crédito debió efectuarse de manera retroactiva, vale decir, desde el momento en que contrajo la obligación, y no como se hizo en la experticia que el juzgado finalmente acogió.

En la secuencia de ideas propuesta, éste Tribunal encuentra que en la sentencia de única instancia proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA no se incurrió en alguna de las denominadas CAUSALES ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES [antes “vías de hecho”] pues dicha providencia se encuentra edificada en una razonable apreciación crítica de las pruebas regularmente allegadas al proceso y de las normas legales que gobiernan el tema de las obligaciones contraídas en UPAC para adquisición de vivienda a largo plazo, y su subsecuente transición al sistema UVR (Ley 546 de 1999).

Por cierto, acerca de la reliquidación “retroactiva” de la obligación que los accionantes reclaman, pertinente resulta memorar lo que -en torno a esa temática- ha dicho éste Tribunal en numerosas ocasiones anteriores.

“...(..). Es indudable que la capitalización de intereses fue uno de los detonantes que desencadenó en la inexecutable de la normatividad legal de la UPAC. Es claro, empero, que como toda declaración de inconstitucionalidad, la del UPAC no tuvo efectos retroactivos (EXCEPTO PARA FINES DE LA RELIQUIDACION Y EL RECONOCIMIENTO DEL ALIVIO entre el 01-01-1993 y el 31-12-1999), de lo cual se sigue que mientras estuvo vigente, esto es, al abrigo de la ley, la unidad de pago UPAC implicaba la capitalización de intereses.

Es más: expresamente la Corte Constitucional dejó precisado que la declaratoria de inexecutable de las normas que regulaban el sistema UPAC (Sentencia C-700 de 16 de septiembre de 1999) ni siquiera producía efectos inmediatos, sino que, haciendo uso de la facultad de modular los efectos de sus fallos, difirió tales efectos (los de la inexecutable) hasta el 20 de junio de 2000 para evitar un resquebrajamiento de la economía, colocando tal fecha como límite para que el Congreso de la República expidiera la ley marco de financiación de vivienda (expedida, como bien se sabe, el 23 de diciembre de 1999).

Significa lo anterior que el cobro intereses efectuado por las instituciones financieras bajo esas condiciones (sistema UPAC) tenía el amparo de la ley. O lo que es lo mismo: era lícito. Justamente fue esa la razón de ser del reconocimiento a los usuarios de dicho sistema del alivio económico consagrado en la Ley 546 de 1999 a modo de *“amparo económico”* por los excesivos pagos que éstos tuvieron que asumir, especialmente a partir del momento en que colapsó el aludido sistema. Se trató, esencialmente, de una especie de indemnización asumida directamente por el Estado con el objetivo de amparar a los sujetos en mayor grado de debilidad económica y social, vale decir, a quienes alguna vez adquirieron un crédito con las entidades financieras para adquirir vivienda familiar a largo plazo, pues como lo puntualizó la Corte al revisar la constitucionalidad de las normas de transición previstas en la Ley 546 de 1999 y del abono a los créditos, “...el Estado (..) se anticipó a reconocer su eventual responsabilidad, al menos parcial, en los motivos que llevaron al colapso, y asumió voluntariamente los costos inherentes al resarcimiento de los deudores perjudicados...” (sentencia C-955 de 2000).

2.2.2. Ahora: cuando la Ley 546 de 1999 adoptó la UVR como unidad de pago para la adquisición de vivienda individual a largo plazo, acogió y/o desarrolló las directrices que la Corte Constitucional trazó al declarar la inconstitucionalidad de la UPAC, particularmente descontaminando los aludidos créditos de la capitalización de intereses, para lo cual ligó las tasas de interés exclusivamente al IPC.

Y en aras de que el anotado objetivo no se diluyera, la Corte Constitucional, en sentencia C-955 de 2000, declaró exequibles -bajo el entendimiento allí fijado- los artículos 1, 3, 17, 19, 20, 28, 38, 40 y 41 de la citada ley, e inexecutable algunas de las expresiones de las mismas disposiciones. Expuso, en efecto, ese alto Tribunal,

*“...que las entidades que otorguen créditos de vivienda deben hallarse sometidas al control, vigilancia e intervención por el Estado, y (...) que en los préstamos que otorguen debe garantizarse la democratización del crédito y la efectividad del derecho a una vivienda digna mediante sistemas adecuados de financiación a largo plazo”, al punto que “(...) las condiciones demasiado onerosas de los préstamos, los sistemas de financiación que hacen impagables los créditos, las altas cuotas, el cobro de intereses de usura, exentos de control o por encima de la razonable remuneración del prestamista, la capitalización de los mismos, entre otros aspectos, quebrantan de manera protuberante la Constitución Política y deben ser rechazados, por lo cual ninguna disposición de la Ley que se examina puede ser interpretada ni aplicada de suerte que facilite estas prácticas u obstaculice el legítimo acceso de las personas al crédito o al pago de sus obligaciones”.*

En esta línea la Corporación reiteró que las condiciones de los créditos de vivienda “están sujetas a la fijación de topes por la Junta Directiva del Banco de la República”, y

que la entidad “está obligada a establecerlos y a impedir desbordamientos o alzas desmedidas que rompan el equilibrio financiero y la estabilidad de los deudores en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones (..) tal como lo exigen las normas constitucionales vigentes y, aparte de este Fallo, las sentencias C-481 del 7 de julio de 1999 y 208 del 1 de marzo de 2000, proferidas por esta Corte, que son obligatorias para el Estado y para los particulares (Decreto 2067 de 1991)”.

Ahora bien, esta Corte encontró acorde con la Carta Política la “medida contable”, utilizada por el legislador para “sostener en el tiempo el valor real de lo adeudado”, no obstante advirtió que “las UVR habrán de reflejar el poder adquisitivo de la moneda con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE” (subraya la Corte), lo cual implica que la Junta Directiva del Banco de la República -que tendrá a su cargo el cálculo de la UVR a partir de esta Sentencia- no podrá considerar para el efecto factor alguno distinto”. Señala la providencia: “La Corte proclama una vez más que la función del Banco Central y de su Junta Directiva está enmarcada por los postulados del Estado Social de Derecho, a la luz de los cuales sólo se adecua a la Constitución un sistema de financiación de vivienda en el que, bajo estricta regulación e intervención estatal, se preserve el equilibrio económico entre los contratantes, protegiendo especialmente a los deudores para que no pierdan sus inmuebles por la imposibilidad de pagar los créditos que les han sido otorgados.

Por otra parte, el sistema técnico de cuantificación y actualización de las cuentas que se establecen en relación con el préstamo debe ser suficientemente claro y específico desde el principio, en cuanto a la modalidad de cálculo prevista y en lo relativo a la manera como se reflejará en sus cuotas. El deudor -quien garantiza el pago mediante hipoteca del inmueble construido o adquirido, eliminando así todo riesgo para el acreedor- también debe contar con la seguridad acerca de la obligación que contrae y en torno a la forma en que evolucionará, para no ser tomado de sorpresa con alzas imprevistas o injustificadas.

La UVR, en consecuencia, únicamente es aceptable desde el punto de vista constitucional si sirve para introducir con exactitud y como un máximo dentro del cual la Junta Directiva del Banco de la República debe actuar, tal como lo propone en su concepto el Procurador, el ajuste encaminado a conservar el poder adquisitivo del dinero que se adeuda, pero no lo es si, por complejas fórmulas matemáticas cuya comprensión está fuera del acceso al común de las personas, y sin base en norma legal alguna, conduce a sofisticadas modalidades que permitan el incremento ilegítimo del capital o de las cuotas de amortización de los préstamos. De allí que la UVR no

pueda contener nada distinto, en su cuantificación, de la variación del índice de precios al consumidor, como tope exclusivo...”

Como fluye de lo antes expuesto, la Ley 546 de 1999 y los pronunciamientos de constitucionalidad que respecto de ella ha efectuado la Corte no dejan resquicio de duda en torno a que, a partir de su vigencia, el sistema de financiamiento de vivienda individual a largo plazo implementado en dicho estatuto legal no solo no contiene, sino que no puede contener componente alguno que desencadene o degenere en capitalización de intereses, como quiera que para establecer el valor de esa unidad de pago ha de considerarse “...exclusiva y verdaderamente la inflación, como tope máximo, sin elemento ni factor adicional alguno, correspondiendo exactamente al IPC....” (sentencia C-1192 de 2001).

2.2.3. A modo conclusivo, entonces, hay que decir que mientras el sistema UPAC estuvo vigente el cobro de intereses efectuado por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda fue legítimo; por ende no puede exigírseles la devolución parcial de sumas que fueron canceladas con sujeción a los parámetros que establecían la ley entonces vigente y el contrato. Del mismo modo, una vez entró en vigencia la Ley 546 de 1999, y red denominados por ministerio de la ley en UVR los créditos originalmente pactados en UPAC, el cobro de intereses se descontaminó de los factores que otrora degeneraron en capitalización de intereses, toda vez que la UVR, como enantes se dijo, no puede contener “...nada distinto, en su cuantificación, de la variación del índice de precios al consumidor, como tope exclusivo...” (sentencia C-1192 de 2001).

Bajo esa perspectiva adviene incontestable que el hecho de que se hayan cobrado intereses bajo la fórmula UPAC no comporta, *per se*, exceso alguno, como tampoco puede dar lugar a devoluciones e imposición de sanciones. Y que mucho menos puede caber tal glosa frente a los cobros efectuados bajo la fórmula de la UVR...” (radicación No. 76-111-31-03-003-2006-00018-01. Consecutivo interno 15.672. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

Finalmente hay que decir que la labor dialéctica del juez accionado -como toda obra humana - puede ser pasible de críticas o reparos. Es más: frente a ella es posible proponer otras interpretaciones o fórmulas que a lo mejor resulten igual o hasta más atendibles. Pero de ahí a sostener que la apreciación probatoria efectuada por aquel funcionario solo puede ser concebida como un juicio descabellado o huero de todo respaldo fáctico o jurídico, hay una abismal diferencia.

En tales condiciones el amparo constitucional incoado no tiene vocación de prosperidad. De lo cual se sigue la confirmación del fallo de primera instancia que así lo determinó.

Sentencia de tutela segunda instancia (2014-006) del 10 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

**DERECHO A LA SALUD** – La orden para la práctica de una operación, sin que exista prueba de que ella efectivamente se realizó, no puede constituir un hecho superado/**TRATAMIENTO INTEGRAL** – El juez de tutela debe garantizar el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 806 de 1998, artículo 31; Ley 1122 de 2007, artículo 20.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-179 de 2000, T-492 de 2007, T-597 de 2007, T-729 de 2001, T-632 de 2002 y T-760 de 2008.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De entrada advierte la Sala que contrario a lo manifestado por la Juez de Instancia, en este caso no es dable predicar la existencia de un hecho superado por carencia actual de objeto toda vez que siendo cierto que EMSSANAR ESS expidió la autorización de servicios de Salud reclamada por aquel, no es menor verdad que dicha orden se produjo en cumplimiento de la medida provisional ordenada al darse trámite a la acción de tutela instaurada, sin que exista prueba que acredite que el señor MISAEL ANTONIO GONZÁLEZ ha sido efectivamente intervenido quirúrgicamente de conformidad con la cirugía ordenada por su médico tratante, puesto que apenas se certifica la autorización de aquella, lo cual no permite concluir que la vulneración denunciada por el accionante haya cesado.

Este panorama permite colegir de manera diáfana que el accionante MISAEL ANTONIO GONZÁLEZ ha sido sometido a un verdadero “*viacrucis administrativo*” por parte de la entidad accionada, la cual ha faltado de manera significativa a su deber de prestar una atención oportuna y eficaz para la recuperación de la salud de su afiliado, pues, como ya se dijo, hasta la fecha no ha acreditado que le haya sido practicada la cirugía que se le ordenó por parte de su médico tratante, resultando incomprensible la razón por la cual, existiendo un diagnóstico y una orden médica precisa EMSSANAR ESS haya determinado el cambio de prestador del servicio para iniciar un nuevo proceso de valoración, lo cual retrasa aún más la recuperación del señor GONZÁLEZ, quien, por ser una persona perteneciente al grupo de la tercera edad, es considerado un sujeto de especial protección constitucional y por ende debe el Estado garantizar el acceso a los servicios de salud que requiera.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada y en su lugar abroquelará el derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna del accionante, disponiendo que de manera **INMEDIATA** sea programada y efectivamente practicada la cirugía de “*RTU de Vejiga + Uretrotomía interna*” ordenada por su médico tratante, la cual fue autorizada por EMSSANAR ESS desde el 11 de septiembre de 2013.

En lo que dice referencia al **TRATAMIENTO INTEGRAL** que el Juez Constitucional de primera instancia ordenó prestar al paciente, la Sala recuerda que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de integralidad

en virtud del cual el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta. Específicamente ha indicado el órgano de cierre constitucional: “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...”

Así las cosas, la orden que en ese sentido impartió el juzgado de primera instancia en el fallo impugnado es acertada, toda vez que no hay duda que el señor MISAEL ANTONIO GONZÁLEZ requiere atención integral para recuperar su salud y llevar una vida en condiciones dignas dada su patología. Por lo demás, a voces de la Corte Constitucional “...no es aceptable que la negativa del reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud se fundamente en que no es posible para el juez de tutela dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, lo cual es acertado a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación. Sin embargo, de lo que se trata es de procurar que el juez establezca criterios que hagan determinable aquello que ordena con fundamento en los conceptos del médico tratante. Y, ello se logra si junto al mandato de reconocer atención de salud, muchas veces integral, se informa sobre la condición de la persona que requiere dicha atención o se remite a un especialista para que especifique esta condición. En este orden, el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud, ha encontrado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional criterios puntuales a partir de los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, ante la existencia de un criterio determinante de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición, siempre que sea el médico tratante quien lo determine, es deber del juez de tutela reconocer la atención integral en salud...” (resaltado fuera de texto).

Finalmente, en orden a dejar puntualizado a quien corresponde asumir la prestación DE LA ATENCION INTEGRAL ordenada en este caso, cumple memorar que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en casos como el que éstos autos exteriorizan, el juez de tutela debe analizar si dispone que la protección de los derechos fundamentales (de acuerdo al grado de vulneración de éstos) sea atendida directamente por la ARS o EPS-S a la cual se encuentre afiliado el peticionario (cuando los requerimientos de salud no se encuentren en el POS-S).

Sobre este específico punto cumple recordar que de acuerdo con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el afiliado al Régimen Subsidiado de Salud que requiera o necesite de procedimientos, servicios y medicamentos no incluidos en el POS-S está facultado para “...acudir a las instituciones públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, y tiene prioridad en ser atendido conforme a la ley...”.

En el mismo sentido, la referida ley prescribe que teniendo en cuenta el grado de complejidad (baja, media o alta) del tratamiento, procedimiento o medicamento, la financiación debe correr por cuenta bien del Municipio, de los Distritos o de

los Departamentos, y ha enfatizando en que “...esta garantía de prestación del servicio para la población pobre, obedece a los propósitos establecidos en la misma Ley 715 de llevar a cabo una cobertura total en salud de dicha población con cargo a los recursos del subsidio a la oferta de la entidad territorial correspondiente....”

De ésta guisa, todos los servicios, tratamientos y procedimientos que no se encuentren comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, esto es, aquellos que no están cubiertos por la oferta a la demanda, han de ser solventados por las entidades territoriales correspondientes de acuerdo con el nivel de complejidad que se presente en cada situación concreta y ello con cargo “a los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de oferta”.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 prescribe lo siguiente:

“...Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas...”

Ahora bien; en lo que hace referencia a la protección de los derechos fundamentales por parte de las EPS-S frente a servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido que cuando las EPS-S no están obligadas a suministrar medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S la protección al derecho fundamental a la salud puede llevarse a cabo ya sea “...(i) mediante la orden a la A.R.S para que suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o (ii) mediante la orden a la A.R.S de coordinar con la entidad pública o privada con la que el estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que el peticionario solicita.” Lo anterior, debido a que “...las restricciones que imponen los Planes Obligatorios de Salud no son oponibles a aquella porción de la población más pobre y vulnerable (por razón de su estado de salud mental, edad o nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección por parte del Estado...”

Por modo que a la luz de las directrices jurisprudenciales antes reseñadas, y en consideración a la urgencia con que el señor MISAEL ANTONIO GONZÁLEZ requiere los servicios ordenados por su médico tratante para sobrellevar el padecimiento que lo aflige, para la Sala es claro que quien debe dispensar la atención de salud que requiere el paciente es EMSSANAR E.S.S, la cual podrá proceder al recobro correspondiente ante la entidad territorial Departamento del Valle del Cauca en los términos que señalan las disposiciones legales correspondientes, esto es, SIN NECESIDAD QUE EL JUEZ DE TUTELA LO ORDENE EXPRESAMENTE, desde luego que ello corresponde a un derecho que dimana de la ley.

Como colofón de lo hasta aquí expuesto, la orden de brindar tratamiento integral al accionante por parte de EMSSANAR ESS será CONFIRMADA.

**Sentencia de tutela segunda instancia (2014-0018) del 10 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca los numerales primero y segundo de la sentencia impugnada y en su lugar concede el amparo constitucional al derecho a la salud.**

**PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL - La cancelación del gravamen de prenda sobre un vehículo no significa que el interesado quede libre del pago exigido por la respectiva autoridad de tránsito.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1116 de 2006, artículo 36.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-579 de 1997.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como de manera reiterada lo ha predicado la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela pueda prosperar es indispensable que exista una amenaza o vulneración efectiva y plenamente demostrada de derechos fundamentales, ya que si se concediera para fines distintos, el objetivo que tuvo en mente el Constituyente al consagrarla resultaría desvirtuado.

En el presente caso no se configura el anotado presupuesto, pues el hecho de que segmento final del artículo 36 de la Ley 1116 de 2006 prescriba que cuando a consecuencia de la aprobación del Acuerdo de Reorganización haya lugar a “...constituir gravámenes o cancelarlos [se] ordenará la inscripción de la parte pertinente del acta en el correspondiente registro, no siendo necesario el otorgamiento previo de ningún documento...”, jamás significa que el pago de los derechos o cargas impositivas que disposiciones legales tienen consagrado para actuaciones registrales de ese temperamento desaparece si éstas se llevan a cabo en el contexto de un Acuerdo de Reorganización Empresarial.

A la sazón, cuando el precepto legal enantes citado consagra que para constituir gravámenes o cancelarlos no es necesario “el otorgamiento previo de ningún documento”, está obviamente aludiendo, *exempli gratia*, a autorizaciones o ratificaciones de los acreedores y/o concursado, toda vez que el acta que contiene el Acuerdo de Reorganización -debidamente aprobado- es suficiente para que lo uno (constitución) o lo otro (cancelación) deba materializarse. Pero, en todo caso, sin perjuicio del cumplimiento de las cargas fiscales o impositivas que la ley ha consagrado para ello.

Adviene entonces paladino que el caso de que trata la presente providencia constituye otra de las cada vez más frecuentes muestras del ejercicio irresponsable de la acción de tutela, toda vez que de lo que en puridad se trata es que el accionante pretenda eludir el pago de los derechos que disposiciones legales vigentes exigen para la cancelación o levantamiento de gravámenes que recaen sobre bienes sujetos a registro.

En tales condiciones, la protección constitucional incoada por aquel está llamada a ser denegada.

**Sentencia de tutela de segunda instancia (2013-858) del 10 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección reclamada.**

**PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS - Evaluación del riesgo y protocolo de seguridad de los jueces comisionados a la entrega de los predios.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1448 de 2011, artículo 1000; Acuerdo 9416 del 7 de mayo de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Al tamiz de la anterior normatividad, y conforme las pruebas que obran en el *dossier*, se retoma el análisis de la situación de la accionante, así:

En su calidad de Jueza Promiscuo Municipal de Trujillo (Valle) viene siendo comisionada por los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras para adelantar diligencias de entrega de bienes inmuebles ubicados en ese municipio que deben ser restituidos a sus antiguos propietarios, con fundamento en la potestad consagrada en el inciso 2° del artículo 100 de la Ley 1448 de 2011.

La mencionada funcionaria ha manifestado dentro de cada una de las comisiones que “...hasta tanto no se realice estudio de seguridad para definir el nivel de riesgo en que se encuentra la titular y los empleados del despacho con ocasión a las comisiones para el desalojo y entrega de los predios restituidos judicialmente, sean extensivas las medidas de protección contenidas en el acuerdo No. PSAA12-9416 del 17 de mayo de 2012... y se alleguen las certificaciones de orden público, no se fijara (sic) fecha y hora para llevar a cabo la diligencia comisionada...”.

El Director de la Oficina de Asesoría para la Seguridad de la Rama Judicial adscrita a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según oficio OSG13-476 del 19 de septiembre de 2013 ha solicitado a la Unidad Nacional de Protección “UNP” que “...inicie procedimiento de adopción de medidas de prevención y protección para la funcionaria judicial y se adelante el estudio de seguridad requerido para determinar el nivel de riesgo y las recomendaciones que del mismo se deriven, de conformidad al procedimiento establecido por el decreto 4912 del 26 de diciembre de 2011...”.

La zona de Trujillo ha sido objeto de *“alerta temprana de seguridad”* en atención a la existencia de grupos delincuenciales que operan en la misma.

A la accionante se le han ofrecido las medidas de seguridad pertinentes para el adelantamiento de las comisiones a ella encomendadas por los Jueces de Restitución de Tierras. A la sazón, el Coordinador Restitución de Tierras Región No. 4 (E) de la Policía Nacional, Teniente Coronel JUAN CLIMACO SOLORZANO ADARVE, en comunicación dirigida a la multicitada Jueza manifestó: “...informo a la doctora que nuestra institución cuenta con un grupo especial del Escuadrón Móvil de Carabineros de Restitución de Tierras y para el acompañamiento a esta

*diligencia, se realizará las coordinaciones interinstitucionales correspondientes con el batallón Palace del Ejército Nacional, ubicado en la ciudad de Buga (Valle del Cauca), con el fin de brindar seguridad a los funcionarios comprometidos...”.*

De lo antes expuesto fluye que -al menos parcialmente- los efectos materiales del Protocolo de Seguridad diseñado para los servidores públicos que conocen de los procesos de restitución de tierras en realidad sí han sido aplicados -o extendidos- a la accionante para fines del cumplimiento de las comisiones que le han sido encomendadas.

Basta con observar que la Policía Nacional le ha ofrecido el acompañamiento y las medidas de seguridad contempladas en el Protocolo de Seguridad del que se ha venido hablando a fin de que pueda llevar a cabo las diligencias de entrega de los inmuebles para las cuales, en virtud de la Ley 1448 de 2011, se le ha comisionado, siendo ella quien no ha aceptado dicho ofrecimiento.

Es evidente, por otra parte, que el “Estudio de Evaluación de Riesgo” solicitado por la accionante a la “UNP” [el cual actualmente se está adelantando] no constituye requisito previo para que las autoridades de Policía brinden a la accionante las medidas de seguridad necesarias para adelantar las diligencias procesales tantas veces citadas [medidas que, como ya se ha visto, le han sido ofrecidas a aquella poniendo a su disposición “...un grupo especial del Escuadrón Móvil de Carabineros de Restitución de Tierras...” en coordinación “...con el batallón Palacé del Ejército Nacional, ubicado en la ciudad de Buga...”], en orden a que bajo el amparo de tales medidas de protección lleve a cabo las diligencias de entrega; o lo que es lo mismo, para que cumpla con sus deberes como juez de la República.

De cara al anterior contexto, si bien en principio no resulta admisible que la accionante rehúse la seguridad ofrecida por las autoridades policivas competentes, y que apoyándose en su propia renuencia se sustraiga al deber de cumplir la obligación de auxiliar las comisiones que le vienen siendo conferidas por los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras de Buga, la Sala encuentra -considerando la nacional e internacionalmente conocida situación de violencia (masacres, desplazamientos forzados, etc.) y de graves vulneraciones a los derechos humanos que desde varios años atrás se ha enseñoreado de Trujillo y su zona rural- que no es infundada la preocupación que le asiste a dicha funcionaria en torno a su situación de seguridad (y la del personal de su despacho) una vez practicadas las diligencias de entrega de predios (a los anteriores propietarios o poseedores que fueron desalojados por los grupos armados que allí tradicionalmente han operado). Por manera que como en la actualidad la UNP adelanta el estudio de seguridad del que líneas atrás se habló, lo prudente es esperar el resultado de éste para que las autoridades competentes determinen, con base en el estudio concreto de la situación específica aquí reseñada, si la jueza y los empleados del despacho deben ser objeto de medidas puntuales de protección CON POSTERIORIDAD a que se produzca la entrega de bienes tantas veces mencionada.

No puede perderse de vista que contrario a lo que sucede con los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras con sede en Buga [ciudad que hasta cuenta con Batallón de Artillería en su casco urbano, y es cabecera de Comando Distrital de Policía], aquella operadora judicial -luego de que practique las diligencias de entrega de bienes- tendrá que seguir residiendo y laborando en un municipio lejano que, allende su conocida y lamentable

problemática de violencia, no cuenta con la seguridad que para los jueces comitentes sí representan las circunstancias en comento.

Importa destacar, adicionalmente, que la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN tiene un rol activo en la determinación del nivel del riesgo de los servidores judiciales que conocen de los procesos de la Ley de Restitución de Tierras. Se trata, según los términos del numeral 3.1. del Acuerdo No. PSAA12-9416 del 7 de mayo de 2012 [*“Por el cual se expide el Protocolo de Seguridad para los servidores judiciales que conocen de los procesos de la Ley de Restitución de Tierras”*] de una “cooperación” que esa entidad brinda en el marco del referido “Protocolo de Seguridad”, elaborando un “Estudio de Evaluación de Riesgo” con base en el cual formula “...recomendaciones y medidas de seguridad que se deben adoptar...”.

Cabe entonces preguntarse: ¿...cuál la finalidad del “estudio de seguridad” y de las medidas de seguridad que la UNP puede llegar a recomendar en un caso concreto, como el de la aquí accionante...? Considera la Sala que la importancia de ello se proyecta a la seguridad personal de los servidores judiciales durante Y DESPUES de alguno o algunos procesos específicos que, por sus particularidades, fundadamente permitan establecer riesgo para aquellos.

Ocurre, empero, que según se desprende de la respuesta brindada por la UNP (folios 217 a 222 cdo. 1) a la situación de la aquí accionante no se le ha dado la prioridad que demanda expresamente el numeral 3.1. del Acuerdo No. PSAA12-9416 del 7 de mayo de 2012 [*“Por el cual se expide el Protocolo de Seguridad para los servidores judiciales que conocen de los procesos de la Ley de Restitución de Tierras”*]. Ante ello, la Sala ordenará a la citada Unidad que en un término no superior a DIEZ (10) DÍAS proceda a presentar el Estudio de Seguridad de que trata la referida disposición.

Finalmente, frente a las demás pretensiones de la actora, ésta colegiatura concluye que no hay lugar a despacharlas favorablemente, toda vez que la acción de tutela no es mecanismo idóneo para controvertir o anular las órdenes impartidas por los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras de Buga dentro del marco legal que reviste el ejercicio de sus funciones.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-1008) del 10 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: concede parcialmente la protección reclamada.

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES –** Procede cuando la omisión en el pago amenaza o vulnera garantías fundamentales/**PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS -** Incumbe a la EPS, según el Decreto 019 de 2012, cuando retrasa la emisión del concepto médico de rehabilitación.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 100 de 1993, artículo 206; Decreto 019 de 2012, artículo 142.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-212 de 2010, T-480 de 2011, T-729 de 2012 y T-333 de 2013.

## TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Así las cosas, en el *sub-judice*, tenemos que la señora MARIA FERNANDA RODRIGUEZ RIVERA, quien se encuentra en imposibilidad de desempeñar actividad laboral alguna como consecuencia de las fracturas sufridas en accidente de tránsito, lo que la coloca en una situación de inminente vulneración a su mínimo vital, tiene a su alcance esta acción constitucional para solicitar el pago de las incapacidades que se le adeudan. Lo anterior en razón a que el mínimo vital se vulnera cuando la prestación económica se ha retrasado de manera injustificada a quien tiene derecho a percibirla, afectándose por ende el cubrimiento de sus necesidades básicas y su subsistencia.

Así las cosas, debe la Sala verificar cuál es la entidad encargada de asumir el pago de la indemnización por incapacidad reclamada por la accionante MARIA FERNANDA RODRIGUEZ RIVERA como quiera la misma ha superado los 180 días.

Al referirnos al tema de incapacidad general de origen común – como lo es la del caso que nos ocupa –, es menester hacer alusión a lo preceptuado en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, que dispone: *“...Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”*.

Dicho precepto al hacer alusión a *“las disposiciones legales vigentes”*, debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra un auxilio monetario por enfermedad no profesional, en los siguientes términos: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente”*.

La impugnante, centra el debate en los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales; teniendo como sustento normativo el artículo 142 del Decreto Ley Antitrámites que en lo pertinente señala:

Artículo 142. Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión

social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

En el caso bajo estudio, la Entidad Promotora de Salud NUEVA EPS, asumió inicialmente el pago de la incapacidad laboral generada por enfermedad de origen común o no profesional, pero sólo durante los primeros 180 días, remitiendo al accionante, al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. a efectos de que se estableciera la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y en el artículo 52 de Ley 962 del 2005.

De las pruebas aportadas se constata que la accionante fue incapacitada continuamente desde el 18 de diciembre de 2.011, debido al diagnóstico de “*fractura de la diáfisis del fémur*”, la EPS le reconoció las incapacidades dictaminadas entre esa fecha y junio de 2012. Ahora bien, dando aplicación al precepto legal y constitucional establecido y contrario a lo determinado por el juez de primera instancia en el caso en comento se puede establecer el deber de la NUEVA EPS S.A. en el reconocimiento y pago de la incapacidad dada desde el 18 de junio de 2.012 hasta el 27 de agosto de 2.012, fecha en la cual se entregó el concepto de rehabilitación a la AFP PORVENIR.

En esos términos, y en aplicación de la regla que obliga a asumir a las EPS el valor de las incapacidades laborales que se causen desde el día 180 hasta la fecha de expedición del concepto médico cuando no lo emitieron en los plazos previstos para el efecto, procederá esta Sala de decisión a adicionar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia materia de impugnación.

Frente a la inconformidad de PORVENIR S.A., por la orden de pago de todas aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas a la peticionaria por su médico tratante, desde que cumplió el día 180 de incapacidad y hasta que restablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral sin que medie un tope en el tiempo el el Máximo Tribunal Constitucional en Sentencia T – 729 de 2012 ha señalado lo siguiente:

“...En conclusión, en caso de que al trabajador, por causa de su estado de salud, le sean expedidas por su médico tratante, incapacidades y éstas no superen los 180 días; (i) en primer lugar le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas, sin embargo; (ii) en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud...” (Subrayas del Despacho)

Así las cosas, es deber de la entidad accionada asumir el pago de las indemnizaciones sin solución de continuidad hasta la fecha en que se determine la pérdida de su capacidad laboral situación que no se ha efectuado, ya que no obra en el expediente constancia del mismo. Ello, para extender ese plus de protección otorgado a la tutelante, en virtud del cual, no quedará desamparada mientras subsista su situación de imposibilidad para trabajar, máxime cuando aquella, al encontrarse disminuida físicamente en atención a su padecimiento, se itera, se constituye en un sujeto de protección especial, al cual, principalmente el Estado debe propender por salvaguardar los derechos que le asisten.

Por las consideraciones antedichas, esta Sala de decisión MODIFICARÁ la orden impartida en el numeral segundo de la Sentencia de fecha diciembre 04 de 2.013 proferida por el Juzgado de Menores del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tuluá (V) donde se tutelaron los derechos fundamentales a la vida digna, la seguridad social y el mínimo vital de la accionante, en el sentido de aclarar que la NUEVA EPS, deberá asumir el pago de las incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas a la señora MARIA FERNANDA RODRIGUEZ RIVERA, desde el 18 de junio de 2.012 hasta el 27 de agosto de 2.012, fecha en la cual se entregó el concepto de rehabilitación a la AFP PORVENIR y a partir de esa fecha corresponde el pago a la AFP PORVENIR S.A, como lo estableció el juez de primera instancia. Los demás ordenamientos dispuestos en la aludida sentencia se CONFIRMARÁN en su integridad.

Tutela de segunda instancia (T-021-14) del 11 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica la sentencia impugnada.

**SUMINISTRO DE PAÑALES - Puede ordenarse sin que exista orden médica que los prescriba.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1122 de 2007, artículo 20; Decreto 806 de 1998, artículo 31.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-632 de 2002, C-1042 de 2007, T-760 de 2008, t-975 de 2008, T-438 de 2009 y T-320 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad con el dictamen del médico legista que obra a folios 1 y 2 del cuaderno de segunda instancia, la señora CLARA ROSA YUSTI (de 81 años de edad), por causa de las múltiples enfermedades que la aquejan [*Diabetes Mellitus, Hipertensión, Enfermedad Cerebrovascular*] no controla esfínter vesical y se encuentra prácticamente postrada, razón por la cual requiere permanentemente de pañales desechables debido a su “*incontinencia urinaria*”, amén que al tener que permanecer en “...*posturas prolongadas en la misma posición se producirán lesiones de piel en los puntos de apoyo y son las conocidas escaras de presión que son evitables mediante el cambio frecuente de posturas y el uso de ciertos cojines de aire o gel y algunas cremas que previenen su aparición...*”. De otra parte, agrega el experto, la paciente “...*requiere de condiciones óptimas en su cama como colchón antiescaras y el cojín antiescaras...*”.

La Corte Constitucional, en torno a lo anterior ha dicho [sentencia de tutela 320 del 2011] que “...es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse strictu sensu como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo...”.

En otros pronunciamientos, y desarrollando el principio de atención integral la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de este tipo de elementos sin que exista una orden médica que los prescriba. Así, por ejemplo en la sentencia T-574 de 2010 se dijo:

*“...Ahora bien, como quiera que en decisiones anteriores esta Sala ha ordenado el suministro de prestaciones sin una orden médica y que en el caso concreto el señor Luis Eduardo Rivera Cortés presenta una PARÁLISIS CEREBRAL y sufre de EPILEPSIA PARCIAL DE DIFÍCIL CONTROL lo que produce, como es evidente y notorio, una INCONTINENCIA URINARIA y su IMPOSIBLE MOVILIZACIÓN esta Sala le ordenará a la EPS Cruz Blanca que le suministre (i) los PAÑALES DESECHABLES necesarios para mantenerlo en condiciones higiénicas, (ii) el SERVICIO MÉDICO DOMICILIARIO y (iii) LA ENTREGA DE LOS MEDICAMENTOS REQUERIDOS POR EL PACIENTE EN SU DOMICILIO...”.*

En tales condiciones, y considerando el dictamen de medicina legal que líneas atrás se destacó, fluye palmario que la negativa de CAPRECOM EPS-S a suministrar los insumos que requiere la accionante sin siquiera entrar a valorar la grave patología que padece, así como su estado de dependencia, vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a gozar de condiciones de vida dignas como persona. De ahí que deba prescindirse de la mencionada subregla de la doctrina constitucional para ordenar la entrega de los elementos NO POS que el médico legista relacionó en su dictamen, a saber: (i) pañales desechables para uso diario; (ii) crema o gel para prevenir “escaras de presión”; (iii) cojín antiescaras, y (iv) colchón antiescaras.

En lo que respecta a los otros elementos que se reclaman en la solicitud de tutela [guantes desechables, suplemento nutricional, tapabocas, una silla de ruedas, colchón ortopédico, atención médica domiciliaria y los medicamentos Enalapril Maleato, Ácido Acetilsalicílico, Omeprazol y Cefradida], la Sala confirmará la orden de tutela impartida por el juzgado *a-quo*, esto es, que a través de una visita domiciliaria realizada a la paciente por un médico adscrito a su red de salud, examine las condiciones en que ésta se encuentra y determine la necesidad de tales insumos, elementos y medicamentos, pues no puede el Tribunal pasar por alto que son los profesionales de la salud las personas llamadas a emitir un concepto calificado en la materia.

Desde luego, en caso de que se determine su necesidad, CAPRECOM EPS deberá suministrarlo a la accionante dentro del término de seis (6) días siguientes al concepto médico especializado que así lo determine.

Finalmente, en orden a dejar puntualizado a quien corresponde la prestación de los servicios de salud ordenados a favor de la accionante debe memorarse que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que -en casos como el que éstos autos exteriorizan- el juez de tutela debe analizar si dispone que la protección de los derechos fundamentales (de acuerdo al grado de vulneración de éstos) sea atendida directamente por la ARS o EPS-S a la cual se encuentre afiliado el peticionario (cuando los requerimientos de salud no se encuentren en el POS-S).

Sobre este específico es pertinente indicar que de acuerdo con el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el afiliado al Régimen Subsidiado de Salud que requiera o necesite de procedimientos, servicios y medicamentos no incluidos en el POS-S está facultado para “...*acudir a las instituciones públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios, y tiene prioridad en ser atendido conforme a la ley...*”.

En el mismo sentido, la referida ley prescribe que teniendo en cuenta el grado de complejidad (baja, media o alta) del tratamiento, procedimiento o medicamento, la financiación debe correr por cuenta bien del Municipio, de los Distritos o de los Departamentos, y ha enfatizando en que “...*esta garantía de prestación del servicio para la población pobre, obedece a los propósitos establecidos en la misma Ley 715 de llevar a cabo una cobertura total en salud de dicha población con cargo a los recursos del subsidio a la oferta de la entidad territorial correspondiente....*”

De ésta guisa, todos los servicios, tratamientos y procedimientos que no se encuentren comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, esto es, aquellos que no están cubiertos por la oferta a la demanda, han de ser solventados por las entidades territoriales correspondientes de acuerdo con el nivel de complejidad que se presente en cada situación concreta y ello con cargo “a los recursos destinados a la prestación de servicios de salud de oferta”.

Por otra parte, el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 prescribe lo siguiente:

*“...Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas...”*

Ahora bien; en lo que hace referencia a la protección de los derechos fundamentales por parte de las EPS-S frente a servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido que cuando las EPS-S no están obligadas a suministrar medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S la protección al derecho fundamental a la salud puede llevarse a cabo ya sea “...*(i) mediante la orden a la A.R.S para que suministre los medicamentos, evento en el cual se autoriza a la entidad para que repita contra el Fondo de Solidaridad y*

*Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud FOSYGA, o (ii) mediante la orden a la A.R.S de coordinar con la entidad pública o privada con la que el estado tenga contrato para que se preste efectivamente el servicio de salud que el peticionario solicita.” Lo anterior, debido a que “...las restricciones que imponen los Planes Obligatorios de Salud no son oponibles a aquella porción de la población más pobre y vulnerable (por razón de su estado de salud mental, edad o nivel de desarrollo), por tratarse de sujetos que merecen una especial protección por parte del Estado...”*

Así que a la luz de las directrices jurisprudenciales antes reseñadas, dada la urgencia que amerita el presente caso, es claro que quien debe dispensar la atención de salud que requiere el aquí accionante es CAPRECOM EPS, la cual está facultada POR LA LEY proceder al recobro correspondiente ante la entidad territorial Departamento del Valle del Cauca en los términos que señalan las disposiciones legales correspondientes.

Tutela de segunda instancia (T-2014-021) del 11 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: modifica la sentencia impugnada.

**DERECHO A LA EDUCACIÓN – Negación de la promoción escolar por bajo rendimiento académico.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 44 y 67; Decreto 1290 de 2009; Ley 1098 de 2006, artículo 28.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-759 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) Debe la Sala verificar si la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DE CHIQUINQUIRÁ DE ROLDANILLO vulneró los derechos fundamentales de la estudiante MAYRA ALEJANDRA CASTAÑO OSPINA al no acceder a promoverla al grado 8° pese a la reprobación de varias de las asignaturas académicas que cursó en el grado séptimo en la institución.

En ese designio resulta pertinente memorar lo referente a la situación de la prenombrada estudiante:

A.) Cursó el 7° en la institución educativa accionada durante el año lectivo 2013 sin obtener la promoción al grado siguiente ante la reprobación de 3 materias obligatorias (Ciencias Naturales y Educación Ambiental, Inglés y Lengua Castellana).

B.) En el observador de la alumna para el año lectivo 2013 se resumen los aspectos académicos y de convivencia advertidos en la estudiante durante todos los periodos cursados, indicándose lo siguiente: I PERIODO: “Perdiste 4 asignaturas... Bajo rendimiento... Buena convivencia, aunque procura estar más atenta en clase para mejorar tu rendimiento académico...”; II PERIODO: “...Continúas con tu bajo rendimiento. Perdiste Ciencias Naturales... Sociales... Ética y Valores... Inglés... Lengua Castellana...

*Matemáticas... Tienes pendiente 5 asignaturas... Buena convivencia, estás llegando tarde a clase y continúas incumpliendo tus deberes académicos..."; III PERIODO: "... Mejoraste tu rendimiento académico, sólo perdiste una asignatura... Además debes sacar las siguientes asignaturas para ser promovida al grado 8... Buena convivencia, mejoró su atención en clase en la mayoría de las asignaturas pero debes continuar fortaleciéndola para lograr tus metas... continúas llegando tarde..."; y, IV PERIODO: "... Perdiste tres asignaturas en el cuarto periodo... En definitiva perdiste tres asignaturas... no fuiste promovida al grado 8 pero en el mes de Enero (última semana) puedes presentar actividades de superación para la promoción anticipada...". (Folio 20 cdo. 2)*

C.) El 29 de noviembre de 2013 la estudiante y su acudiente, ALICIA MEJÍA, manifestaron a las directivas del plantel estar *"...dispuesta a participar de la promoción anticipada, asumiendo la responsabilidad que esto conlleva. De lograr superar todas las asignaturas y así poder ser promovido (a) al grado siguiente..."* (folio 16 cdo. 2o.).

D.) Mediante circular interna el Consejo Académico de la Institución Educativa Nuestra Señora de Chiquinquirá determinó los *"...criterios de evaluación y promoción para los estudiantes que reprobaron el año escolar 2013..."*, y señaló el cronograma de actividades para el año 2014 (citación a padres de familia y estudiantes que reprobaron el año lectivo escolar, entrega de solicitud ante rectoría, aceptación de la solicitud y entrega de talleres para las actividades de superación).

En ese contexto, ante su solicitud de promoción anticipada la estudiante MAYRA ALEJANDRA CASTAÑO OSPINA se encuentra en el proceso de superación de conformidad con dichos criterios y actividades, razón por la cual, hasta su culminación no puede determinarse su promoción o no al grado octavo de educación básica.

Así las cosas, fuerza es concluir que en manera alguna la institución educativa accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la prenombrada alumna, pues tanto su acudiente -ALICIA MEJÍA- como su progenitor han asistido a las reuniones programadas por la institución, de tal manera que de ser cierta la presunta "omisión" en los informes correspondientes al comportamiento académico de la menor era su deber, como miembros activos de su proceso educativo, solicitar a los docentes la información pertinente para conocer a ciencia cierta lo que ocurría con el proceso de formación de la alumna, pues el acceso a dicha información es un derecho con el que cuentan los padres de familia, máxime cuando el observador de la alumna revela que las bajas calificaciones obtenidas por ella en cada uno de los periodos y los llamados de atención disciplinarios efectuados constituían una muestra clara de su bajo rendimiento, situación que clamaba una urgente atención no solo de sus profesores sino también de su familia a efectos de lograr la superación de sus falencias académicas, pues se itera, la reprobación del año escolar no podría tildarse de sorpresiva cuando durante todo el año lectivo fueron constante los llamados de alerta respecto al comportamiento académico de la menor.

Sumado a lo anterior, la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DE CHIQUINQUIRÁ -atendiendo los parámetros de los antes citados Decreto 1290 de 2009 y Directiva Ministerial No. 29 de 2010- programó las actividades académicas respectivas para la promoción anticipada de aquellos alumnos que reprobaron el año lectivo 2013, entre ellos la estudiante MAYRA ALEJANDRA, quien, contrario a

lo expresado por su progenitor –con relación a no permitir la participación de aquella en las labores de superación- voluntariamente solicitó a la institución que avalara su proceso de promoción anticipada, el cual, aún se encuentra en trámite y cuyo resultado dependerá exclusivamente de las aptitudes, esmero y dedicación que demuestre la alumna para hacerse acreedora a dicha promoción para el grado 8°.

Así las cosas, las garantías que se le han brindado a la hija del actor por parte de la institución educativa accionada para procurar su progreso académico durante todo el año lectivo son evidentes; y tardías resultan ahora las aseveraciones de su progenitor en cuanto al desconocimiento que dice haberle acompañado respecto a las circunstancias que atravesaba la menor MAYRA ALEJANDRA en su trasegar estudiantil, para que tan solo ahora, al ver el resultado negativo que generó la falta de promoción de su hija, cuestione, controvierta y refute los procesos académicos que se adelantaron a favor de aquella en aras de superar las falencias que presentaba.

Acorde con las anteriores consideraciones, el fallo impugnado, al denegar el amparo incoado por el actor será confirmado.

**Tutela de segunda instancia (T-2014-017) del 11 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO A LA SALUD – La atención domiciliaria está incluida en el Plan Obligatorio de Salud/ SUMINISTRO DE PAÑALES - Puede ordenarse sin que exista orden médica que los prescriba.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Acuerdo 029 de 2011, artículo 41.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 819 DE 1999, T-237 de 2003, T-437 de 2010, T-574 de 2010 Y T-320 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De los hechos aducidos por el agente oficioso de la accionante y de las pruebas que obran en el plenario la Sala concluye que (i) no hay duda que la señora MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO padece una grave patología como lo es la *demencia senil vascular*, patología que la ha sumido en un estado de total postración; (ii) ante ello el médico tratante le formuló diferentes medicamentos que se hallan excluidos del Plan Obligatorio de Salud, en orden a mejorar sus condiciones de salud, entre estos los denominados “MEDOX” e “INTRAFER PLUSS”; (ii) a la fecha, a pesar de la importancia que reviste para la salud y bienestar de la señora MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO, no existe prueba que la paciente haya recibido dichos medicamentos; (iii) tampoco se acreditó la existencia de otros fármacos contemplados en el POS que reemplacen o sustituyan en forma efectiva los prescritos; (iv) no se desvirtuó, por parte de la accionada que la actora y su grupo familiar tuvieran la capacidad económica para sufragar el costos de la prestación que aquí se reclama.

En tales condiciones, adviene innegable la concurrencia de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para dar vía libre a la protección constitucional a los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la demandante en tutela y acceder a la orden de entrega de los referidos medicamentos.

Ahora bien, en lo que respecta a la *atención domiciliaria* también ordenada a la señora MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO por el médico internista tratante (folio 2 vto. cdo. 1), debe anotarse que la misma se encuentra incluida en el Acuerdo 209 del 2011 que actualiza el Plan Obligatorio de Salud bajo los códigos 890101 a 890115, y el artículo 41 de la referida normatividad.

Así que, tomando pie en la jurisprudencia constitucional, cuando una solicitud de tutela versa sobre servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios (POS o POS-S), su procedencia pende únicamente de que se acredite (i) que el medicamento, procedimiento, insumos o tratamiento ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS, y (ii) que se haya negado a autorizar su suministro, siendo irrelevante la conexidad del derecho con otros de carácter fundamental.

Por lo anterior, se itera, la prestación en salud reclamada por la paciente para el tratamiento domiciliario de sus dolencias ha sido injustificadamente negada por la entidad accionada, puesto que no existe prueba en el expediente acerca de que aquella efectivamente haya recibido la atención en comento, lo cual traduce grave irrespeto que repercute negativamente de su derecho fundamental a la salud. Conforme a ello, procedente resultaba también acceder a dicha solicitud, como acertadamente lo dispuso el juzgado *a-quo*.

Finalmente, en cuanto a la falta de suministro de pañales desechables para la señora MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO, que también refiere su agente oficioso, pertinente es indicar que de las circunstancias fácticas que rodean la presente solicitud y de las pruebas que obran en el plenario emerge diáfano que: (i) MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO padece de serios quebrantos de salud que la han llevado a ser calificada en la “*Escala de Barthel*” como “*Totalmente Dependiente*”; (ii) ante ello se solicita que NUEVA EPS suministre pañales desechables, cuyo costo ha tenido que ser asumido por su agente oficioso quien también es una persona de avanzada edad y deriva el sustento de su familia gracias a la mesada pensional que percibe, y por ende no cuenta con la capacidad económica suficiente para asumir el pago de dichos insumos; (iii) no se acreditó la existencia de otros contemplados en el POS que los reemplacen o sustituyan en forma efectiva.

Ahora bien; aunque los pañales no han sido ordenados por el médico tratante adscrito a la red de salud de NUEVA EPS, debe puntualizarse que en casos como el que aquí ocupa la atención del Tribunal, es decir, cuando no milita en el plenario prueba de que esta clase de insumos han sido ordenados por médico adscrito a la red de salud de la EPS accionada la Corte Constitucional ha dicho [sentencia de tutela 320 del 2011] que “...es menester resaltar que este Tribunal a través de su jurisprudencia ha estudiado en varias oportunidades el tema del suministro de pañales, bajo el entendido de que si bien no pueden entenderse *strictu sensu* como un servicio médico, se trata de un elemento indispensable para la salud y para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien lo requiere con urgencia, que debe ser facilitado aunque no allegue al expediente formula del médico tratante adscrito a la entidad que prescriba el suministro del mismo...”.

En otros pronunciamientos, y desarrollando el principio de atención integral la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de este tipo de elementos sin que exista una orden médica que los prescriba.

Igualmente se debe puntualizar que cuando se trata de personas de la tercera edad -quienes son consideradas como un grupo de especial protección constitucional- el Estado debe garantizar el acceso a los servicios de salud que requieran. Por modo que en consideración a la grave patología que padece y su avanzada edad, es dable concluir que la señora MARIA CECILIA SÁNCHEZ DE APARICIO requiere de la utilización de pañales desechables. Por consiguiente, resulta claro que la negativa de la NUEVA EPS a suministrar tales elementos vulnera su derecho constitucional fundamental a la salud y a la vida digna. En tales condiciones la Sala ADICIONARÁ el fallo impugnado para ordenar a la EPS accionada la entrega de los pañales desechables que requiere la accionante para el mejoramiento de su calidad de vida.

Tutela de segunda instancia (T-2014-015) del 11 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

**ARANCEL JUDICIAL – No debe exigirse la prueba de su pago cuando la demanda ejecutiva se promueve a continuación del respectivo proceso judicial.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 29; Código de Procedimiento Civil, artículo 335; Ley 1653 de 2013, artículos 4, 6, 7 y 13.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La apoderada judicial de JULIO CESAR ARISTIZABAL & CIA S EN C.S., promueve, el día 21 de agosto del 2013, solicitud de ejecución contra el Instituto Nacional de Concesiones “INCO”, hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA “ANI”, con el fin de que se libere mandamiento de pago por la suma de \$4.109.146.132, que corresponde al avalúo del predio expropiado y a la indemnización reconocida a favor de la sociedad JULIO CESAR ARISTIZABAL & CIA S EN C.S; igualmente, por el valor de los intereses de mora sobre dicho capital desde el día 15 de febrero de 2012, fecha en la que quedó ejecutoriada la providencia que fijó el monto de la indemnización.

La solicitud de ejecución se solicitó a continuación y en el mismo expediente del proceso de expropiación propuesto por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA contra la sociedad JULIO CESAR ARISTIZABAL SALAZAR.

Por auto No. 460 del 22 de agosto de 2013, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga, resolvió INADMITIR el trámite ejecutivo propuesta por no haberse acompañado la prueba del pago de Arancel Judicial por valor de \$61.637.190.

Por auto No. 496 del 16 de septiembre de 2013 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Guadalajara de Buga (V), resolvió RECHAZAR la solicitud ejecutiva propuesta, al no haberse subsanado el defecto que adolecía del no pago del arancel judicial.

La apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión.

El asunto a que se contrae esta apelación hace relación a la ejecución originada en una providencia judicial para lo cual no se requiere presentar demanda, según lo dispuesto en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, situación que de suyo es diferente sustancialmente a lo señalado en la Ley 1653 de 2013, referente al arancel judicial previsto en ella, pues dicho arancel, está previsto para las demandas que se instauren con posterioridad al 15 de julio de 2013, y en el presente caso, en primer lugar la demanda de expropiación fue promovida mucho antes de esa fecha, y, en segundo lugar, por mandato legal, para el cobro de las sumas de dinero señaladas en una providencia emitida dentro de un proceso judicial no se instaura, de conformidad con lo señalado en el artículo 335 del C. P. C., modificado por el artículo 35 de la Ley 794 de 2003, demanda sino que se inicia la ejecución a continuación y dentro del mismo expediente en que se profirió la providencia que estableció la obligación que se pretende cobrar; en otras palabras, se trata de un trámite a realizarse dentro del mismo expediente y a continuación de la providencia que determinó o generó la obligación de cobrar, para lo cual, el legislador, en aras de aplicar el principio de economía procesal, no consagró la necesidad de entablar demanda alguna para tal fin sino una simple petición para que se profiera el mandamiento ejecutivo, esto a raíz de la modificación traída por el artículo 35 de la Ley 794 de 2003 al artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, ya que antes de tal modificación, si existía la necesidad de entablar demanda para el cobro de las condenas impuestas dentro de cualquier proceso civil.

Conforme lo anteriormente expuesto, esta Sala Singular concluye que la providencia recurrida, esto es el auto No. 496 de septiembre 16 de 2013, deberá ser REVOCADA y, en su lugar, disponer que la Juez de Primera instancia, estudie nuevamente lo concerniente sobre la admisibilidad de la solicitud de ejecución, teniendo en cuenta los requisitos legales para ello.

**Auto de segunda instancia (2008-00046-01) del 12 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: revoca el auto apelado.**

**CÉDULA DE CIUDADANÍA – Su no expedición correcta y oportuna vulnera los derechos de petición, reconocimiento a la personalidad jurídica y participación, conformación, ejercicio y control del poder político.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 1, 14, 23 y 40.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-511 de 1999, T-964 de 2001, T-909 de 2001, T-136 de 202 y T-066 de 2004.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Iniciaremos por señalar que los derechos aquí involucrados, aluden principalmente, a la afectación del derecho fundamental de petición, reconocimiento de su personalidad jurídica y de aquellos consagrados en el artículo 40 de la Constitución Política, conocidos como “derechos del ciudadano”, éstos últimos también de indiscutida connotación fundamental,

tanto por su ubicación en el Título II, capítulo I de la Constitución, como por su contenido mismo, inspirado en los principios fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho adoptado por Colombia, caracterizado por ser democrático, participativo y pluralista, y en el que la administración debe caracterizarse por el eficientismo. (Artículo 1° de la Constitución Política).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas providencias la importancia y trascendencia que tiene la cédula de ciudadanía en la organización jurídica, en la medida que permite a los ciudadanos desempeñarse como tales en todos los ámbitos de la vida.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política. Es importante destacar que éste derecho igualmente ha sido reconocido por algunos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que para la realización del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es necesaria la cédula de ciudadanía, ya que con el documento de identificación se hacen efectivos los derechos que le son conexos, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De acuerdo con el referido criterio jurisprudencial, válido es sostener que la cédula de ciudadanía es un documento de especial relevancia para acreditar el reconocimiento y ejercicio de la personalidad jurídica de los ciudadanos, en consecuencia, la omisión injustificada en la expedición de dicho documento impide el desarrollo de todos los derechos y obligaciones que de allí se derivan, sin embargo, aunque la cédula de ciudadanía como regla general es y sigue siendo el documento idóneo, único e irremplazable para identificar a cualquier ciudadano, sólo en forma excepcional la ley permite utilizar o aceptar otro documento.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha precisado que la personalidad jurídica no se limita a la facultad de la persona a ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que comprende una serie de atributos de la personalidad. De manera que la alteración del documento de identificación ocasionado por errores técnicos, al tratarse de un acto no consentido, constituye una vulneración de éste derecho fundamental.

En síntesis, la no expedición oportuna de la cédula de ciudadanía por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como organismo del Estado encargado del deber constitucional de atender lo que respecta a la identidad de las personas, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos a estar plenamente identificados, de tal suerte que puedan desarrollar todas las actividades propias de esa calidad, entre las cuales se encuentra la posibilidad de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y de esa manera, dar cumplimiento preciso a uno de los fines esenciales del Estado, el cual es la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; de igual manera la de realizar actos civiles para los cuales la presentación de ese documento resulta indispensable, todo lo cual lleva a la conclusión de que la carencia de la cédula de ciudadanía afecta de manera directa al ciudadano y a la sociedad.

Por tanto, en este evento la Sala de Decisión considera que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, con su omisión de expedir de manera correcta y oportuna al solicitante documento laminado de su cédula de ciudadanía reclamada desde el 15 de Mayo de 2007, fecha en que se expide la contraseña ha transgredido los derechos de petición, reconocimiento de la personalidad jurídica y la posibilidad del ejercicio de las garantías ciudadanas previstas en el

artículo 40 de la Constitución, pues dicha autoridad administrativa no ha cumplido con su deber legal, expidiendo a la accionante el correspondiente documento de identificación laminado y legalmente autorizado por la ley vigente en forma correcta, requiriéndose éste en todo caso para satisfacer el núcleo esencial de los derechos vulnerados.

En consecuencia, se impone conceder a la señora ALBA MARIA OBANDO VÁSQUEZ el amparo constitucional invocado, disponiendo que la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL gestione lo necesario para que en un término no superior a 30 días, le entregue a la solicitante de tutela su correspondiente cédula de ciudadanía con el correcto número de identificación.

Tutela de primera instancia (T-022-14) del 12 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos reclamados.

**TRATAMIENTO INTEGRAL** – El juez de tutela debe garantizar el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta/COPAGOS – Están exonerados quienes pertenecen al régimen subsidiado en el nivel I del Sisbén/ RECOBRO AL FOSYGA – Tiene su fuente en la ley y no en la decisión del juez de tutela.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU.819 de 1999, T-237 de 2013, T-597 de 2007, T-725 de 2010 y T-199 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De los hechos aducidos por el agente oficioso de la accionante y de las pruebas que obran en el plenario emerge claridad en torno a que (i) SANDRA PATRICIA HERRERA ARANGO padece de graves enfermedades como “Anemia”, “úlceras gástricas” y otras que le han generado un serio trastorno por desnutrición, intolerancia alimentaria y pérdida considerable de peso; (ii) ante ello su médico tratante ordenó el suministro del suplemento multivitamínico ENSURE; (iii) la accionante y su familia carecen de los recursos económicos necesarios para asumir el costo del mencionado suplemento, afirmación que no fue controvertida en manera alguna por la entidad accionada; (iv) no se acreditó la existencia de otro insumo contemplado en el POS que lo reemplace o sustituya en forma efectiva.

En tales condiciones adviene innegable la concurrencia de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para proteger los derechos a la salud y a la vida del demandante en tutela.

Acerca del TRATAMIENTO INTEGRAL que en el fallo impugnado se ordenó dispensar a la referida paciente, la Sala memora que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de integralidad en virtud del cual el juez de tutela debe ordenar que se garantice el acceso a los servicios médicos que sean necesarios para concluir el tratamiento de la enfermedad concreta.

El aludido principio se justifica en razón a que (i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología.

Así las cosas, la orden que en similar sentido impartió el juzgado de primera instancia en el fallo impugnado es acertada, toda vez que no hay duda que la señora SANDRA PATRICIA HERRERA ARANGO requiere atención integral para sus patologías de “Anemia”, “úlceras gástricas” y “DNT” e intentar llevar una vida en condiciones dignas, por lo que si sus dolencias no son atendidas con prontitud y en forma integral pueden comprometer su salud, bienestar y por contera sus condiciones de vida digna.

Y frente al cobro de copagos y cuotas de recuperación conviene puntualizar que en relación con los afiliados del régimen subsidiado, los copagos tienen por objeto cubrir las prestaciones en el servicio de salud que se encuentran incluidos en el POS-S, mientras que las cuotas de recuperación ayudan a costear los gastos acaecidos en la prestación de atenciones NO POS-S.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que *“estos pagos moderadores o cuotas de recuperación no pueden constituirse en barreras de acceso a los servicios de salud para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos, y, los grupos más vulnerables de la población al igual que los usuarios que pertenecen al Régimen Subsidiado Nivel I del Sisbén, se encuentran exonerados por la ley de hacer dicho pago. En todo caso, el juez constitucional deberá analizar cada caso en particular y determinará si estos pagos obstaculizan el acceso al servicio de salud, y si como consecuencia de ello, se genera una vulneración de los derechos fundamentales”*.

De ahí que se admita la exoneración de copagos y cuotas de recuperación: *“(i) cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de los pagos moderadores, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor y (ii) cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea suministrado, la entidad encargada de la prestación deberá brindar oportunidades y formas de pago al afectado, para lo cual podrá exigir garantías adecuadas, sin que la falta de pago pueda convertirse en un obstáculo para acceder a la prestación del servicio. No obstante, “se encuentran por fuera de esta hipótesis las personas que tienen la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora y la capacidad para realizar efectivamente el pago antes de recibir el servicio requerido, puesto que en estos eventos dicha cuota no constituye un obstáculo para acceder al servicio médico, lo que hace improcedente el amparo por vía de tutela.”*

Todo lo anterior, en consecuencia, dibuja el escenario adecuado para la inaplicación de la normativa vigente referente a la cancelación del copagos y cuotas de recuperación, y dar prevalencia a los derechos fundamentales que para la paciente resultan comprometidos, permitiendo de esta manera su acceso efectivo al servicio médico integral que reclama, pues resulta gravoso y desproporcionado exigirle los pagos reseñados a la tutelante siendo que no cuenta con la capacidad para costear los gastos que le genera el tratamiento de los múltiples padecimientos que la aquejan. Así que, por éste aspecto, el fallo impugnado también será confirmado.

Finalmente la Sala se abstendrá de disponer cosa alguna en relación con el recobro a favor de la EPS-S accionada, pues como lo ha venido sosteniendo en numerosos pronunciamientos anteriores, éstas entidades están habilitadas para el recobro por los sobrecostos que deban asumir al cumplir fallos de tutela

respecto de procedimientos, medicamentos, exámenes, etc. no incluidos en el POS-S, y que esa facultad TIENE SU FUENTE EN LA LEY. Dicho en otras palabras, no es propiamente el fallo de tutela sino LA LEY lo que da nacimiento al derecho que tienen las EPS o EPS-S para repetir contra el FOSYGA o contra los entes territoriales correspondientes por los multicitados sobrecostos.

De ahí que independientemente de que en un fallo de tutela se diga o no expresamente que la EPS o EPS - S a quien se imparte una orden de tutela puede repetir o adelantar recobro, o que se diga -o deje de decir- que ello concierne a uno u otro procedimiento o medicamento específico, o que el recobro debe efectuarse en “x” o “y” porcentaje, esa facultad permanece incólume, pues, se reitera, no es la determinación del Juez lo que constituye el fundamento de ese derecho de las EPS sino la LEY.

Como colofón de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación integral del fallo impugnado.

Tutela de segunda instancia (T-2014-039) del 12 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caciado. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

**OPERACIÓN DE SLEEVE GÁSTRICO – No es de carácter absoluto que la orden del procedimiento provenga de un médico adscrito a la EPS.**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-028 de 2007, T-760 de 2008, T-1108 de 2008 y T-438 de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Acerca de la patología denominada “*obesidad mórbida*” la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando por causa de ella se encuentra en peligro la integridad física o mental de la paciente, la cirugía de *BYPASS GÁSTRICO* no tiene carácter estético; y coherentemente con ese planteamiento ha precisado que ella se encuentra incluida en el POS. De ahí que la negativa a ordenarla y practicarla -cuando se configuran las antedichas circunstancias- tipifica una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la vida en condiciones dignas de aquellas personas que desafortunadamente la padecen.

Ahora bien: tomando pie en la jurisprudencia constitucional, cuando una solicitud de tutela versa sobre servicios de salud incluidos en el Plan de Beneficios (POS o POS-S) su acogimiento por parte del juez constitucional pende únicamente de que se acredite (i) que el medicamento, procedimiento, insumos o tratamiento ha sido ordenado por un médico adscrito a la EPS o EPS-S, y (ii) que ésa se haya negado a autorizar su suministro, siendo irrelevante la conexidad del derecho con otros de carácter fundamental.

En el caso bajo estudio, se advierte de las pruebas que militan en el expediente que la de “*sleeve gástrico*” prescrita a la accionante MARÍA ALEXANDRA SEPÚLVEDA LOZANO fue ordenada por un médico no adscrito a NUEVA EPS. Ahora bien, según lo informado por la accionante, la entidad accionada se ha negado a recepcionar dicha orden argumentando la falta de documentos.

Sobre el particular, preciso resulta señalar que la regla referente a la falta de prescripción por parte del médico adscrito a la entidad promotora de salud respecto del servicio de salud reclamado no puede ser aplicada de manera absoluta en todos los casos. De hecho, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha reconocido que excepcionalmente se debe acatar el requerimiento sobre un medicamento o tratamiento médico no POS o POS-S prescrito por un médico no adscrito a la entidad demandada.

En este sentido la Corte ha indicado que el concepto de un médico tratante puede resultar vinculante para una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito “...*si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS...*”.

En tales condiciones, la negativa a suministrar un medicamento o tratamiento por parte de una EPS no encuentra justificación constitucional en el solo hecho de haber sido prescrito por un médico no adscrito a la entidad, pues en estos casos corresponde a la entidad promotora de salud valorar inmediatamente al paciente con los médicos y especialistas que pertenezcan a su planta de profesionales, a fin de que el concepto del médico ajeno a la entidad sea confirmado, descartado o modificado bajo criterios técnicos y científicos brindados por el personal profesional adscrito a la E.P.S. Si ello no se realiza, el concepto del médico tratante no adscrito a la E.P.S resultará vinculante tanto para ésta como para el juez de tutela. Sobre este punto también debe aclararse que para abrir paso a esta excepción indispensable es que haya existido una razón suficientemente motivada para que el usuario no haya acudido ante los médicos tratantes vinculados a su EPS.

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta el padecimiento que aqueja a la señora MARÍA ALEXANDRA SEPÚLVEDA LOZANO, la Sala concluye que es necesaria su pronta atención en salud en aras de lograr su recuperación evitando con ello otras secuelas a consecuencia de la obesidad mórbida que padece, razón por la cual resulta procedente la protección de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, dadas las particulares circunstancias que revisten este asunto, en el cual NUEVA EPS no ha contado con la posibilidad de controvertir lo dictaminado por el médico especialista particular al que acudió la usuaria, ni tampoco figuran en el expediente las pruebas que den cuenta del tratamiento que siguiera ésta con los médicos de la red de servicios adscritos a su EPS, se considera entonces que para la materialización del resguardo constitucional aquí impartido se ordenará a la entidad accionada que en el término máximo de cinco (5) días proceda a la realización de una junta médica interdisciplinaria de especialistas con el fin de valorar a la señora MARÍA ALEXANDRA SEPÚLVEDA LOZANO para controvertir o confirmar científicamente la prescripción emitida por el médico particular vinculado al Grupo de Cirugía Bariátrica de la Clínica Palma Real. En caso de ser aprobada la práctica de dicho procedimiento, dentro de los quince (15) días siguientes deberá ser realizado el mismo, observando

siempre las recomendaciones médicas que para llevar a cabo la cirugía dispongan sus médicos tratantes.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, el fallo impugnado será revocado para en su lugar proceder en la forma acabada de reseñar.

**Tutela de segunda instancia (T-2014-015) del 14 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caciado. Decisión: revoca la sentencia impugnada.**

**DERECHO A LA SALUD - La escogencia de una IPS sin convenio exige demostrar que la institución contratada por la EPS no garantiza de manera integral el servicio, o este es inadecuado, o deteriora la salud de los usuarios.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral cuarto, artículo 156, numeral sexto y artículo 159, numeral cuarto; Decreto 1485 de 1994, artículo 14, numerales cuarto y quinto.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-995 de 2003, T-016 de 2007, T-247 de 2005 y T-423 de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Descendiendo al contexto que exterioriza el caso sometido a escrutinio del Tribunal, debe precisarse que la accionante se duele de la falta de continuidad del tratamiento al cual se encuentra sometido su menor hijo por parte de los especialistas que inicialmente le atendieran. Ello, ante el cambio de institución prestadora de servicios de salud, situación que generó a su vez que la atención fuera brindada por otros profesionales de la salud.

Sobre el particular, importante es indicar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 153 numeral 4º, reconoce al usuario del sistema de seguridad social en salud el derecho a la *libertad de escogencia* entre las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS- cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios.

El ejercicio del derecho a la libertad de escogencia tiene así una doble manifestación: la libertad de escoger EPS; y una vez afiliado, dentro de ella la libertad de escoger IPS. Ocurre, empero, que este derecho no es absoluto y su ejercicio se limita a las opciones que ofrezca la respectiva EPS.

Ha dicho en efecto el Supremo Tribunal Constitucional que este derecho de escogencia se puede ejercer dentro del marco de opciones que ofrezca la respectiva EPS, salvo, en virtud de la Resolución 5261 de 1994, de casos de urgencias cuando hay autorización expresa de la EPS y cuando se demuestra la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones de sus usuarios.

De este modo, cuando se pretende por el usuario que una IPS ajena a los convenios suscritos por la EPS a la cual se encuentra afiliado preste los servicios que requiere es necesario que demuestre que la IPS contratada por la

EPS no garantiza integralmente el servicio, o éste es inadecuado, o inferior, y deteriora la salud de los usuarios.

Bajo la anterior perspectiva, la Sala advierte que no es posible acceder a lo pedido por la accionante en punto de que sea la Fundación Valle del Lili quien le suministre la atención en Nefrología que requiere su menor hijo, y la Clínica María Ángel la atención pediátrica, toda vez que probado se encuentra que la Seccional Valle de Sanidad de la Policía Nacional no tiene convenio con aquellas para la prestación de dichos servicios; además no se demostró que SANIDAD SECCIONAL VALLE se haya negado injustificadamente a autorizarle las citas de control para las especialidades ya mencionadas tanto en la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI como en la CLÍNICA MARÍA ANGEL, pues razonable resultan los argumentos de la entidad en razón a la falta de convenio con las citadas IPS, no pudiendo entonces obligarle a que autorice servicios por parte de una institución con la cual no se ha contratado para tal fin. Nótese, por lo demás, que tampoco se acreditó en el plenario, que la IPS afiliada o contratada por la EPS [Unidad Quirúrgica RAMÓN Y CAJAL]- sea incapaz o inferior para la prestación de salud que reclama la aquí accionante; a la sazón, no existe en el *dossier* concepto médico o técnico alguno del que se desprenda que la UNIDAD QUIRÚRGICA RAMÓN Y CAJAL no cuenta con los profesionales idóneos para la atención del menor, o que el manejo que actualmente se le viene dando a su patología ha repercutido negativamente en la salud del niño.

No obstante, es pertinente dejar precisado que el derecho que tienen las EPS a contratar las IPS que atenderán los requerimientos de salud de sus afiliados tampoco es absoluto, pues ello implica, entre otros deberes, garantizar el acceso de los pacientes a listado de las IPS de manera que pueda elegir, entre estas, la que le prestará los servicios médicos.

Lo anterior permite colegir que SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL - SECCIONAL VALLE le está cercenando a la aquí accionante la libertad de escogencia por parte del afiliado, nó en relación con la Fundación Valle del Lili o con la Clínica María Angel, sino con las IPS que integran el marco de opciones que puede ofrecer la entidad accionada, como quiera que ante la petición radicada el pasado 11-12-2013 (folios 7 y 8 cdo. 1) la DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL debió suministrarle el listado de las IPS con la cuales tiene convenio, para que fuese la señora YEINI COROMOTO FUENTES CASTAÑO quien escogiese -dentro de ese abanico de opciones- la Institución Prestadora de Salud de su preferencia.

En tales condiciones, fuerza es imponerle a la accionada la obligación de obrar de conformidad, pues, se insiste, la aquí accionante tiene derecho a elegir de la lista [que deberá suministrarle SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – SECCIONAL VALLE] la IPS de su preferencia para que continúe con el tratamiento requerido por su hijo NICOLÁS BLANCO FUENTES para su padecimiento por HIDRONEFROSIS, no solo con relación al especialista en NEFROLOGÍA sino también para la atención en PEDIATRÍA y NUTRICIÓN que el niño demanda. Efectuado lo anterior, en aras de proteger los derechos fundamentales a la SALUD y la VIDA del menor, se dispondrá que de manera inmediata se programen los mencionados servicios y se lleve a cabo la atención que de manera primordial demanda el niño.

Tutela de primera instancia (T-2014-085) del 14 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caciado. Decisión: ampara el derecho fundamental a la salud.

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES – Es posible imponer sentencia condenatoria con el testimonio único de la víctima.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículo 381; Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 158.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia C-055 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para la Sala, si bien la condena impuesta por la *a quo* se fundó en la mera declaración de la víctima (testigo único), y las entrevistas que luego del atentado y antes del juicio rindió a YAMILETH JIMENEZ SUAREZ como investigadora del CTI, y a JOHAN CAÑAS SUAREZ como policía judicial investigador, lo cierto es que el testimonio de aquél por sí solo, sí brinda la claridad y certeza suficiente, para declarar la responsabilidad penal del adolescente condenado.

Para este Tribunal, por las características del asunto, no hay duda que la víctima – testigo, tiene claro quién es su agresor, a lo que se suma que por lo pequeño del pueblo los rostros se van volviendo cada día más familiares, siendo muy fácil su identificación; luego no resulta creíble, como lo alega la defensa que el sobreviviente se haya confundido al identificar cuál de los Frades fue el que lo atacó.

Ahora, frente a que la condena se haya emitido solo con base en un único testimonio, debe precisar la Sala que el número de pruebas testimoniales de cargo en contra del procesado no garantizan la declaratoria de su responsabilidad o de su inocencia, pues basta que la prueba o las pruebas testimoniales practicadas, demuestren con verosimilitud al operador jurídico, la existencia de la conducta y el grado de participación en el delito de la persona que se juzga. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que se constituya en testigo único dentro de la causa, no implica per se que no merezca credibilidad, sino que dada su especial connotación en la actuación, su análisis conforme a las reglas de la sana crítica exige mayor fundamentación en cuanto a la razonabilidad de su credibilidad de acuerdo a las circunstancias personales del deponente, la fuente de su conocimiento, la fuerza demostrativa y concordancia de su versión, y si encuentra sustento en otros indicios o elementos de juicio dentro del plenario.

De esta manera la Sala encuentra que no se opone a la estructura lógica del sistema penal acusatorio, que la sentencia de condena se cimiente solo en la declaración vertida en el juicio por un testigo directo de cargo, siempre que el operador jurídico en su decisión haya tenido en cuenta las reglas de apreciación de la prueba testimonial y de esta forma surja evidente que con dicha prueba se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, como aquí aconteció.

Por lo anterior, los ataques enfilados por el abogado defensor al sustentar su apelación, con el ánimo de restar credibilidad en las declaraciones de la víctima,

ningún viso de prosperidad pueden tener, pues para la sala sí es posible que mientras se conduzca una moto, se pueda identificar a las personas que están al paso, como aquí ocurrió, más aún cuando por lo pequeño del pueblo los rostros y personalidades se hacen más familiares.

Por lo que respecta a la confusión del declarante, en cuanto a que el pantalón mocho que usaba el agresor, era de color beige o blanco, con cuadros azules o rayas, no es relevante ni le resta credibilidad a la incriminación. Por el contrario, lo que denota es la espontaneidad de la versión, y no el estudio de un discurso previo perfecto, que sí se prestaría para desconfiar de él. En todo caso, como lo precisó la juez de primera instancia, se trata colores y figuras que guardan similitud, sin que ese reproche por sí solo genere una duda tal que justifique una absolución, como lo pretende la defensa.

En lo que tiene que ver con los reproches frente a los dictámenes medico – legales, consistentes en que no son específicos sobre el número de impactos o sobre si los proyectiles vinieron de atrás o adelante, baste decir para frustrar el buen suceso de los argumentos de la defensa, que como quedó reseñado, los orificios de entrada de los proyectiles, como lo corrobora el dictamen del 19 de febrero de 2013, quedaron en la parte posterior del cuerpo de la víctima (parte de atrás), verbigracia la cara posterior lateral del brazo derecho, la región interescapular (parte medio alta de la espalda), y la parte de atrás del brazo izquierdo. Ello fue ratificado por el perito forense, medico JUAN MANUEL ARANGO, en la audiencia de juicio oral donde precisó que los impactos provinieron de atrás y de la derecha (audio 2, CD juicio oral 19:07), luego no es cierto que no sea claro de que lado provinieron los disparos.

En lo tocante al segundo dictamen, de fecha 08 de mayo de 2013 rendido por el Perito Forense JULIO CESAR ARROYAVE AGUIRRE, en él se concluyó: *“Deformidad física de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la prensión, de carácter permanente”*. En la audiencia de juicio oral, el perito aclaró que por la época en que realizó la experticia y en razón a que ya habían cicatrizado las lesiones, podía hablarse de 5 impactos de bala (52:25 idem), pero no pudo identificar ya cuales cicatrices eran de entrada y cuales de salida.

Sin embargo, para la sala es claro que las dudas frente al dictamen, de las que se duele el recurrente, en especial que no quedó claro el número de los impactos, no generan duda frente a la responsabilidad del adolescente, pues es diáfano que por el paso del tiempo, ya no era posible asociar las cicatrices con los impactos o con aquellas incisiones que fueron necesarias para realizar los procedimientos quirúrgicos que salvaron la vida de la víctima, luego los reproches frente a los dictámenes están llamados a la improsperidad.

En punto al desistimiento que hizo la Fiscalía de la declaración de la compañera permanente de la víctima, KATHERINE GUERRERO VILLADA, acto el cual la defensa tilda de desleal, sea suficiente para despachar desfavorablemente dicho argumento, que la defensa no solicitó dicha declaración para sí dentro de la audiencia preparatoria, y además de que la Fiscalía está facultada para renunciar a sus pruebas, la misma tampoco siquiera se tuvo en cuenta para resolver; luego de nada sirve que el Tribunal se enfrasque en establecer si sembraba dudas o no, pues su versión echada de menos, que no es más que lo que la misma víctima le contó pues no presenció los hechos, en nada merma la responsabilidad, ya establecida del adolescente infractor.

Por ultimo, y en lo que respecta a la violación del debido proceso del menor, especialmente del artículo 158 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto prohíbe que se adelante el juicio en ausencia de aquel, debe precisarse que tal violación aquí no aconteció, pues como fue ampliamente explicado por la juez *a quo*, a pesar de haberse notificado en estrados, en la audiencia preparatoria (19:55 CD 2 audiencia preparatoria), a la madre y al menor que el juicio oral iniciaría el 08 de octubre de 2013 a las 9:00 am, éste último deliberadamente decidió evadirse el 27 de septiembre de 2013, del Centro de Formación Juvenil – Valle del Lili, y no comparecer a la audiencia previamente programada.

A lo anterior se suma que mediante oficio del 29 de agosto de 2013, se comunicó a la madre del menor, vía telegrama, que el 08 de octubre de 2013, se programó audiencia de juicio oral. Pese a ello ni el adolescente ni la madre comparecieron ni justificaron su inasistencia; luego se justifica el trato diferente, autorizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-055 de 2010, al diferenciar entre quien no asiste por una causa justificada, y quien es contumaz o rebelde, sin que pueda premiarse esta última condición, en perjuicio del término de prescripción del delito.

Entonces, la Sala no encuentra motivo para dudar de las manifestaciones vertidas por los referidos declarantes en el juicio oral, en especial de la declaración de la víctima y a su vez testigo, pues se trató de un relato ordenado, detallado, coherente, claro, sincero, no vacilante ni contradictorio, exponiendo cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriores, concomitantes y posteriores a la acción delictiva, siendo reiterativo en que fue BRAHYAN STIVEEN FRADES CANDELO quien le disparó desde atrás, tras lanzarse de la moto Chappy en que se movilizaba como parrillero.

En este orden de ideas, contrario a lo argumentado por el apelante, considera la Sala que las pruebas practicadas en el juicio oral, demuestran más allá de toda duda que el joven BRAHYAN STIVEEN FRADES CANDELO fue el autor del homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas del que fuera víctima VICTOR MANUEL BARBOSA el pasado 17 de febrero de 2013.

Basten entonces las anteriores consideraciones para confirmar en su integridad la sentencia apelada.

**Sentencia de segunda instancia (S-024-14) del 17 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.**

**DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR Y TRASLADO DE LOS RECLUSOS – El juez de tutela puede intervenir cuando las decisiones del Inpec son arbitrarias o vulneran los derechos fundamentales de los reclusos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 44; Ley 65 de 1993, artículos 73, 75 y 77; Ley 1098 de 2006, artículo 8.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias T-214 de 1997, T-C-394 de 2005, T-090 de 2010 y T-439 de 2013.

## TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) De acuerdo con los artículos 73 y siguientes de la Ley 65 de 1993 corresponde al INPEC resolver sobre el traslado de los condenados a penas privativas de la libertad a los distintos centros de reclusión del país, por decisión propia o a solicitud de (i) los directores de los establecimientos respectivos; (ii) los funcionarios de conocimiento, o (iii) los mismos internos.

Las solicitudes de traslados de los directores de los establecimientos y de funcionarios de conocimiento, así como la decisión del INPEC, deben apuntalarse en las causales señaladas en el artículo 75 *ibídem*; estas son: (i) por motivos de salud debidamente comprobados por médico oficial; (ii) por falta de elementos adecuados para el tratamiento médico del interno, (iii) por motivos de orden interno del establecimiento; (iv) como estímulo de buena conducta -con la aprobación del respectivo consejo de disciplina-; (v) para descongestionar el establecimiento penitenciario; y (vi) cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.

Con todo, la facultad de trasladar a los internos no es absoluta como perspicuamente lo dejó asentado la Corte Constitucional en su sentencia C-394 de 1995, en la cual juzgó la constitucionalidad de los artículos 72, 73 y 77, entre otros, de la Ley 65 de 1993, referidos a la determinación del lugar para purgar la pena y a la facultad del INPEC de trasladar a los reclusos.

En punto de la competencia que tiene el Juez de tutela para revisar las decisiones del INPEC sobre traslado de reclusos la Corte ha dicho que ésta existe cuando son arbitrarias y vulneran los derechos fundamentales de los reclusos -en lo no sometido a restricciones- sosteniendo además que las decisiones de traslado son actos administrativos y por tanto están sujetas al control propio de los mismos, como es la acción de nulidad y restablecimiento, incluso, con solicitud de suspensión provisional.

Es claro, entonces, que tanto la normativa vigente como la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que el INPEC goza de discrecionalidad para decidir los traslados de los internos, pero siempre que no se pierdan de vista los fines de la norma y la proporcionalidad que debe existir entre el motivo o causa del traslado y la decisión de llevarlo a cabo, pues como es lógico, dicho instituto debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos carcelarios y por ello debe adoptar las medidas que juzgue pertinentes, *“...situación que impide en principio que el juez de tutela tome partido a favor de una opción como sería la de traslado de un preso, sin que ello signifique que no pueda intervenir para que sean tenidos en cuenta determinados derechos fundamentales omitidos en el estudio de una petición de traslado...”*.

El caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala impone establecer si el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, con ocasión de la negativa en trasladar al señor EDGARDO ANDRÉS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ desde el Establecimiento Penitenciario La Pola de Guaduas hacia el Establecimiento de Reclusión de Buenaventura, vulnera el derecho a la unidad familiar de su menor hija ÁNGELA MELISSA SÁNCHEZ LEMOS, de su compañera sentimental y sus progenitores.

Del análisis de la situación fáctica que originó la presente solicitud de amparo puede resaltarse: (i) el señor EDGARDO ANDRÉS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

actualmente se encuentra recluido en el establecimiento Penitenciario La Pola de Guaduas en Cundinamarca purgando la pena impuesta por el delito de Tráfico, Fabricación o porte de estupefacientes; (ii) la funcionaria encargada del área de Traslados del INPEC -frente a la solicitud presentada por el interno SÁNCHEZ HERNÁNDEZ-conjuntamente con 17 internos más- indicó que “...es requisito primordial realizar la petición individual, ya que son diferentes las situaciones personales, y está en caso de llenar los requisitos de ley, debe ir acompañada con la petición individual...”. Sumado a lo cual indicó que “...la Unidad Familiar no se contempla como causal del artículo 75 de la ley 65 de 1993...”. Y con fundamento en ello negó la solicitud; (iii) la menor ÁNGELA MELISSA SÁNCHEZ LEMOS reside con su progenitora ANDREA LEMOS PORTOCARRERO y además cuenta con la compañía de sus abuelos paternos OSCAR EDGARDO SÁNCHEZ MORA y DORIS HERNÁNDEZ VALOIS, quienes residen igualmente en el municipio de Buenaventura.

Expuesto así el marco factual que rodea la solicitud de tutela *sub examine* la Sala encuentra que la negativa al traslado solicitado por el señor EDGARDO ANDRÉS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ si bien puede afectar a la menor hija del recluso en atención a la lejanía de su progenitor, no resulta arbitraria ni caprichosa puesto que la misma se fundamenta -en primer lugar- en la falta de presentación individual de la solicitud, situación que no le permitió a la entidad valorar de manera particular y concreta el caso del recluso, toda cuenta que ignoraba las circunstancias personales y familiares que rodeaban al interno. De otro lado, la Dirección General del INPEC expuso al juez de tutela que “...actualmente el Establecimiento de Buenaventura, presenta hacinamiento del 131%, contrario al ERON de la Pola de Guaduas que tiene disponibilidad de cupos para albergar población reclusa...”. Por lo anterior, la determinación de la Dirección no se muestra arbitraria, antojadiza o fuera de razón. Y en tales condiciones, la decisión del Juez de primera instancia está llamada a ser confirmada aunque con un necesario agregado en lo que respecta a la situación de la menor AINARA LEMOS PORTOCARRERO [cuyo nacimiento acaeció el 1 de abril de 2013 y fue registrado bajo indicativo serial #52851832 de la Notaría Tercera de Buenaventura], toda vez que el hecho de que EDGARDO ANDRÉS SANCHEZ HERNANDEZ se encuentre privado de su libertad no puede oponerse a que dicha menor establezca su filiación paterna con éste mediante reconocimiento voluntario efectuado desde el centro de reclusión. Para tal efecto, en consecuencia, se ordenará al ICBF de Guaduas (Cundinamarca) que adelante al trámite correspondiente con el referido interno, para lo cual el director del establecimiento carcelario deberá brindar todas las garantías que el caso amerita.

Tutela de segunda instancia (T-2014-058) del 17 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caciado. Decisión: confirma y adiciona la sentencia impugnada.

**ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL INCREMENTO DE LA PENSIÓN – No procede cuando el interesado cuenta con el mecanismo ordinario para reclamar tal pretensión y no demuestra la existencia de perjuicio irremediable.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Corte Constitucional, sentencias T-166 y T-241 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Del puntual recuento que antecede emerge que la accionante propugna porque - en sede de tutela- se ordene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL incrementar la asignación pensional que en la actualidad recibe de esa institución.

Puestas así las cosas, pertinente resulta memorar que en materia prestacional la Corte Constitucional ha recalcado que la acción de tutela no procede para reclamar derechos de esa naturaleza; ello, por cuanto en la normatividad nacional existen los instrumentos idóneos para que los ciudadanos soliciten de las autoridades el reconocimiento y pago de tales prestaciones, como, salarios, pensiones, indemnizaciones, entre otros, razón por la cual, no le es dable al Juez Constitucional interferir en decisiones que le corresponderían al juez natural, a quien le compete el conocimiento de las acciones ordinarias a que haya lugar para la reclamación de este tipo de derechos.

En palabras del alto Tribunal acabado de mencionar *“...por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Lo anterior por cuanto se espera que el interesado formule su pretensión en los escenarios procesales especialmente diseñados por el legislador para dirimir las controversias de esa naturaleza, es decir, ante la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. No obstante, con el objeto de armonizar el alcance de los principios de subsidiariedad de la acción de tutela, y efectividad de los derechos fundamentales, la Corporación ha precisado que en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.”*

En consonancia con lo anterior debe reiterarse el carácter subsidiario de la acción de tutela, constituyendo uno de los presupuestos para su procedencia - como ya en líneas anteriores se indicó- la NO existencia de otro mecanismo de defensa eficaz para salvaguardar los derechos vulnerados o amenazados. Precisamente el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 [reglamentario de la acción de tutela] enlista una serie de circunstancias en las cuales no es posible acudir dicho mecanismo en búsqueda de amparo a algún derecho fundamental. Particularmente interesa para el caso *sub-discussio* la prevista en su numeral 1º, esto es, *“... cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...”*.

Acorde con lo antes expuesto la Sala encuentra que la solicitud de tutela formulada por la señora ALICIA VILLA DE RENGIFO es improcedente, toda vez que no cumple con el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad. De hecho, al versar ella sobre un derecho prestacional [incremento de su pensión], es el juez natural -de lo contencioso administrativo- el competente para conocer y decidir la reclamación en comento. De hecho, dicha señora ya acudió a ese medio ordinario de defensa judicial, habiendo obtenido incluso sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por parte del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cali, la cual se encuentra pendiente del resultado del recurso de apelación en su contra interpuesto por el extremo demandado.

Adicionalmente ha de señalarse que en la solicitud de amparo constitucional objeto de escrutinio no se avista sustento sólido que permita establecer la

existencia de perjuicio irremediable como para abrirle paso a un amparo transitorio. Obsérvese que en el escrito de tutela la accionante afirma encontrarse percibiendo en la actualidad su asignación mensual de retiro, de la cual deriva su subsistencia. Y aunque hace referencia a algunas circunstancias que tornan dificultosa su situación, tales manifestaciones *per se* no tipifican el perjuicio irremediable que excepcionalmente puede habilitar un amparo transitorio en su favor, pues como lo tiene decantado la jurisprudencia constitucional, para que esto ocurra es menester la concurrencia de los elementos: (i) inminencia del daño; (ii) gravedad; (iii) urgencia; y (iv) la impostergabilidad de la tutela. A la sazón, aunque para la acreditación del perjuicio irremediable no se requiere de una prueba específica o solemne, sí es necesario un mínimo de diligencia del afectado en el sentido de aportar elementos de juicio que permitan formar en el juzgador la convicción de que su solicitud de amparo -por esa excepcional vía- reúne los requisitos mencionados precedentemente. Y es claro que en el presente caso ello no ha ocurrido, precisamente, porque la actora no cumplió con ese deber.

A modo conclusivo, entonces, atendiendo que la accionante cuenta con el mecanismo ordinario para obtener la pretensión que por vía de tutela demanda, y que no acreditó perjuicio irremediable, la Sala negará el amparo constitucional incoado.

**Tutela de primera instancia (T-2014-099) del 19 de febrero de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caciado. Decisión: niega la protección reclamada.**

#### **SALA LABORAL:**

**DERECHO DE PETICIÓN – El accionante debe probar que presentó la solicitud.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 37, inciso segundo.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-489 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Revisada la solicitud de amparo y sus anexos, advierte esta Sala que en la misma no se efectuó la manifestación bajo la gravedad de juramento de no haber presentado otra acción constitucional por los mismos hechos y derechos, requisito exigido en el artículo 37 inciso 2º del Decreto 2591 de 1991.

De la misma manera observa esta Sala Unitaria, que en los fundamentos fácticos la parte accionante aduce haber radicado sendos derechos de petición ante la entidad accionada, sin que allegue copia de los mismos que demuestre siquiera sumariamente que la solicitud se ha formulado o mediante otra prueba con la que se acredite, que en efecto, aquélla se elevó.

La Corte Constitucional ha precisado que no basta que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta, pues es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o

particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación. (Sentencia Tutela 489 de 2011)

Por las razones expuestas no es viable la admisión de la solicitud de tutela presentada por la abogada Marín Ortega y así pasa a declararse.

**Auto 002 del 15 enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar, Decisión: inadmite la solicitud de tutela.**

**COMPETENCIA EN LOS PROCESOS CONTRA LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Se determina por el lugar donde la entidad demandada tenga su domicilio o por el lugar donde se haya efectuado la reclamación**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Procesal del Trabajo, artículo 11.

#### **TESISS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico, en el caso bajo estudio se centra en verificar si es competente el Juez Laboral del Circuito de Buga, para conocer la demanda por la cual el señor JOSÉ ARNULFO RESTREPO CORTÉS, pretende que COLPENSIONES S.A. le reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación regulada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 o en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para la solución del interrogante anterior se pone de presente que el recurrente prohija la tesis según la cual la competencia está dada por la relación laboral que sostuvo el demandante con el Banco Cafetero S.A. y en tal sentido se regula por el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Bien, en materia de competencia el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece varios parámetros. Así, entre los artículos 5 a 14 trata de la competencia por razón del lugar o domicilio; reclamación administrativa; competencia en procesos contra los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las entidades del sistema de seguridad social integral; competencia por razón de la cuantía; competencia en asuntos sin cuantía y la pluralidad de jueces competentes.

En el caso a estudio, la controversia, como ya se dijo, gira en torno al reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación por parte de una entidad que perteneciente al sistema de seguridad social en pensiones; de modo que la norma aplicable, no es otra que el artículo 11 del estatuto de los ritos del trabajo y de la seguridad social.

En efecto, la norma mencionada, establece:

*“Artículo 11.- En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social*

*demandada o el del lugar donde se hay surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante. ...”*

De allí que cuando se pretenda demandar a una entidad del sistema de seguridad social integral, por asuntos relacionados con este sistema (salud, pensiones, riesgos laborales y servicios complementarios), puede el actor elegir entre el juez del domicilio de la entidad o aquel del lugar donde se surtió la reclamación del derecho.

Por manera que, si en cuenta se tiene que COLPENSIONES S.A. tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá y que la reclamación del derecho fue elevada por el demandante ante el Presidente de Colpensiones, seccional A, calle 71 de Bogotá, como consta en el radicado de la petición obrante a folios 36 y siguientes del expediente.

Puestas así las cosas, necesariamente la demanda debía ser presentada ante los Jueces Laborales del Circuito de Bogotá D.C., como atinadamente lo determinó el juzgador de primera instancia; pues, se itera, en este caso no se controvierten prestaciones derivadas de un contrato de trabajo, en tanto que se demanda de la entidad que asumió los pasivos pensionales de Bancafé S.A., el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

En tales condiciones, se confirmará la decisión de primera instancia, sin que haya lugar a proferir condena en costas, dado que no se ha trabado la relación jurídica procesal.

**Auto de segunda instancia (004) del 20 enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar, Decisión: confirma el auto apelado.**

**CITACIÓN POR AVISO A LAS ENTIDADES PÚBLICAS - Se perfecciona con la entrega que el notificador del juzgado hace en la secretaría general de la entidad o en la oficina de correspondencia.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Procesal del Trabajo, artículo 41.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La atención del Tribunal se centrará en establecer si conforme a los cánones procesales aplicables al caso, era del caso que el juzgado de instrucción tuviera por no contestada la demanda, dada la extemporaneidad en su presentación.

Para dilucidar la cuestión, valga advertir que en materia de notificaciones, nuestro estatuto procesal es rico en disposiciones, pues desde su artículo 41 determina que la primera notificación que se haga a empleados públicos se realiza en forma personal; luego, la misma norma establece en su parágrafo que cuando en un proceso intervienen entidades públicas se debe notificar en forma personal el auto admisorio de la demanda a su representante legal o a quien este delegue; salvo que la persona a notificar no se encuentre o no pueda por cualquier causa recibir la notificación, caso en el que se practica entregando al secretario general de la entidad o en la oficina de correspondencia, copia auténtica de la demanda, del auto admisorio y del aviso.

Entonces, en el procedimiento laboral y de la seguridad social, se privilegia la notificación personal del auto admisorio de la demanda, así se trate de entidades públicas, las cuales se deben notificar en forma personal, excepción hecha de los casos en que su representante no se encuentre o que por otro motivo no sea posible notificarse personalmente, situación que se soluciona entregando en la secretaría general o en la oficina de correspondencia los documentos ya mencionados; lo que implica que esta notificación solamente tiene lugar cuando se imposibilita la notificación personal del representante legal de la entidad pública demandada.

Descendidos al caso bajo estudio, se tiene que el juzgado ordenó en el auto admisorio de la demanda su notificación personal a las demandadas; no obstante; en lo que al recurso interesa; libró aviso y lo remitió por el correo certificado nacional el día 17 de julio de 2013 (folios 59, 60 y 62), mismo que fue recibido en la dirección de la Alcaldía Municipal el día 18 de julio de 2013, como consta en el certificado de entrega de folio 65, siendo así como la respuesta a la demanda fue presentada ante el Juzgado el día 14 de agosto de 2013 (folio 82) y a la que se adjuntó constancia de radicación adiada el día 24 de julio de 2013, a las 03:47:07 p.m.

De tales circunstancias fácticas emerge que si bien el juzgado no cumplió a cabalidad con la notificación de la representante legal del Municipio de Obando, la notificación se realizó; pero no existe certeza de la fecha del enteramiento de la funcionaria a notificar.

Tal enigma se resuelve de la mano de la misma norma que se viene citando, pues en ella se dispone que la citación por aviso a entidades públicas se perfecciona con la entrega que el notificador del juzgado hace en la secretaría general de la entidad o en la oficina de correspondencia, de copia auténtica de la demanda, del auto admisorio y del aviso; por manera que siguiendo su teleología, debe tenerse como fecha de recibo, aquella en que consta la radicación del aviso y sus anexos en la oficina de correspondencia, en tanto y en cuanto con el mero recibo por persona indeterminada; pues no impuso sello o nombre de la dependencia receptora; no se puede establecer si la misma llegó a manos de la representante legal del municipio en esa misma fecha y por ende, no se podían comenzar a computar los términos a partir del 18 de julio.

En ese orden de ideas, al haberse recibido la documentación el día 24 de julio de 2013, en la oficina de correspondencia, como lo indica la radicación (folio 132), debían correr los primeros cinco (5) días hasta el 31 de ese mes y año y luego, desde el 1º de agosto hasta el 15 del mismo mes, los diez (10) días para que el Municipio de Obando respondiera la demanda, los cuales vencían el día 15 de agosto; por manera que, como lo hizo el día 14, debe tenerse como presentada oportunamente.

En ese orden de ideas y con amparo en las anteriores reflexiones, se deberá revocar el auto impugnado y en su defecto se ordenará al Juzgado Laboral del Circuito de Cartago Valle, que realice el examen de la respuesta a la demanda y tome la decisión que estime pertinente a su admisión.

No habrá lugar a condena en costas en esta instancia, debido a que la *litis* no se ha constituido en debida forma.

**Auto de segunda instancia (2013-00076-01) del 29 enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar, Decisión: revoca el auto apelado.**

## **DERECHO A LA SALUD – Suministro de medicamentos para cardiopatía coronaria.**

### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 49; Decreto 2591 de 1991, artículo 20.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Concretamente lo querido por el accionante FERNANDO BLANCO GÓMEZ es que la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, ordene el suministro de los medicamentos Rosuvastatina (*Crestor*) y Ezetimida (*zetia*) y las respectivas órdenes de control que se requieran.

Si se revisa la documental aportada con el escrito de tutela, se evidencia que el accionante cuenta con carné de atención en salud expedido por la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR el 20 de septiembre de 2002 (folio 31) y que presenta la patología denominada cardiopatía coronaria, dislipidemia y que se la han prescrito los medicamentos “*Crestor, zetia, clopidogrel, asa, metoprolol 25/d, sertralina 50...*” (folio 4 y 5); mismos que en el inicio del proceso de recuperación fueron autorizadas por el Comité Técnico Científico hasta el año 2012 con duración de 12 meses, terminando en octubre de 2013, tal como se verifica del “*FORMATO DE APROBACIÓN MEDICAMENTOS POR FUERA DEL MANUAL ÚNICO DE MEDICAMENTOS Y TERAPEUTIC DEL SSMP*” (folio 9); que en octubre de 2013, se le realizó nuevamente el procedimiento tal como obra a folio 6, sin que se le haya renovado el suministro de los medicamentos y a relacionados sido renovado.

Siguiendo con el análisis, valga acotar a la naturaleza del derecho a la salud, el cual tiene fundamento en el artículo 49 de la Constitución Política, que reza:

*“...La atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. ...”*

Bien, el derecho a la salud ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, corporación que ha establecido que su protección puede brindarse de forma independiente, sin necesidad de que se predique su protección en conexidad con otros derechos fundamentales; pero también ha sido enfática en determinar que el derecho a la salud está ampliamente relacionado con el derecho a la vida y a la dignidad humana propios de cada persona.

Es que la no autorización de los medicamentos Rosuvastatina (*Crestor*) y Ezetimida (*zetia*), vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del accionante, en tanto que, según los exámenes y procedimientos que se le han efectuado, se concluye que es un enfermo coronario de alto riesgo, con estents medicados y el hecho de no llevar un

control adecuado y el consumo de los medicamentos prescritos, colocan en serio riesgo su salud y su vida.

Así las cosas, y como quiera que se requieren los medicamentos y los controles periódicos, a juicio de esta Corporación se cumplen los postulados indicados en la jurisprudencia aplicable al caso para dar protección a los derechos fundamentales de los cuales es titular el señor FERNANDO BLANCO GÓMEZ, máxime si se considera que es un hombre de edad adulta que padece una enfermedad de las denominadas catastróficas que ameritan la inmediata y completa atención; que los medicamentos e insumos requeridos fueron ordenados por el médico tratante y que dada la debilidad manifiesta que presenta en atención a la enfermedad que padece, requiere de especial protección del Estado.

En consecuencia, se hace necesario conceder la tutela impetrada por la accionante en contra de la DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR, y se ORDENARÁ, a la vinculada- DIRECCIÓN GENRAL DE SANIDAD MILITAR, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, AUTORICE Y GARANTICE la entrega oportuna y completa de los medicamentos que sean necesarios para estabilizar o mejorar el estado de salud del accionante FERNANDO BLANCO GÓMEZ, por el tiempo que sea necesario, brindándole toda la atención y el tratamiento integral adecuado a la enfermedad que padece (controles médicos, exámenes, procedimientos quirúrgicos, medicamentos, etc.); en razón a que existe un serio riesgo para la salud del paciente, dado que las órdenes que obran en el expediente claramente indican la urgencia y cantidad de medicación e insumos requeridos.

Así, la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR deberá autorizar y entregar al accionante, en forma inmediata, los medicamentos “ROSUVASTATINA (CRESTOR)” Y “EZETIMIDA (ZETIA)”, por el tiempo que sea necesario, según criterio médico.

De igual forma, se requerirá respetuosamente a la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, para que a futuro no incurrir en las omisiones que dieron origen a esta acción de tutela, todo ello en salvaguarda de los derechos y garantías de los ciudadanos, en especial en lo que se refiere al derecho a la salud; así como para que suministre respuesta oportuna a los requerimientos que en acciones constitucionales le realicen las autoridades judiciales.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-006-14) del 30 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: tutela los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

**COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES – Derecho a la titulación colectiva de tierras.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 1745 de 1995, artículo 28.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-680 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso el examen de la Sala radica en establecer si fue acertada la decisión del *a quo* al conceder el termino de quince (15) días para que la entidad accionada adelante las actuaciones necesarias y adopte una decisión de fondo dentro de la petición colectiva de titulación adelantada por las COMUNIDADES NEGRAS DE PUERTO DE ESPAÑA Y MIRAMAR.

En el caso bajo estudio y una vez analizada tanto la contestación emitida por la entidad accionada como la documental adosada al plenario, se verifica que efectivamente se ha realizado el procedimiento bajo los parametros legales para la titulación colectiva pretendida por el tutelante.

Ahora bien, el Decreto No. 1745 de 1995, reglamentario del capítulo III de la Ley 70 de 1993, mediante el cual se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" en su CAPITULO IV, establece el "PROCEDIMIENTO DE TITULACIÓN COLECTIVA A COMUNIDADES NEGRAS", puntualmente en los artículos que a continuación se citan:

*"Artículo 28: Evaluación de las solicitudes y determinación de los límites del territorio por parte de la Comisión Técnica.*

*La Comisión Técnica de que trata el artículo 13 de este Decreto, con base en la solicitud presentada, el informe del Consejo Comunitario y las diligencias adelantadas por el Incora, hará la evaluación técnica de la solicitud y determinará los límites del territorio que será otorgado mediante el título de propiedad colectiva a la comunidad negra correspondiente.*

*Si con los documentos señalados anteriormente no hay suficientes elementos de juicio para que la Comisión Técnica haga la evaluación, ésta podrá realizar por sí o por intermedio de las Unidades de Apoyo las diligencias que considere convenientes o solicitar a las entidades públicas y privadas que aporten las pruebas que estime necesarias.*

*En todo caso la evaluación deberá realizarse en un término de treinta (30) días contados a partir del momento en que reciba el expediente de parte del Incora. Si hubiere lugar a la realización de pruebas adicionales este término se contará a partir de la obtención de las mismas."*

*"Artículo 29. Resolución constitutiva.*

*Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo del concepto de la Comisión Técnica, del Incora, mediante resolución motivada, titulará en calidad de Tierras de las Comunidades Negras, los territorios baldíos ocupados colectivamente por la respectiva comunidad. Dicha providencia contendrá, entre otros, los siguientes puntos:*

- 1. Designación de la comunidad beneficiaria.*
- 2. Ubicación, área y linderos del territorio que se titula a la comunidad negra.*

**3. *Carácter y régimen legal de las Tierras de las Comunidades Negras.***

**4. *Nombre de terceros encontrados en el momento de la vista dentro del terreno que se titula, tiempo de posesión y tipo de explotación.***

**5. *Indicación de las principales normas especiales que regulan la propiedad y administración de las Tierras de las Comunidades Negras, así como las normas generales relacionadas con la conservación de los recursos naturales y demás que determinan la legislación ambiental y la Ley 70 de 1993.***

***Parágrafo 1º. Si concluido el trámite se establece que no se dan los requisitos señalados por la Ley 70 de 1993 para decretar tal titulación, el Incora así lo declarará mediante resolución motivada.***

***Parágrafo 2º. Esta providencia se notificará al representante legal del Consejo Comunitario y al Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, y contra ella proceden los recursos de ley.”***

***“Artículo 30. Publicación y registro.***

***Las resoluciones a que se refieren los artículos precedentes, se publicarán en el DIARIO OFICIAL y por una vez en un medio de comunicación de amplia difusión en el lugar donde se realiza la titulación y se inscribirá, en un término no mayor de diez (10) días, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente al lugar de ubicación del territorio titulado. El Registrador devolverá al Incora el original y una copia de la resolución, con la correspondiente anotación de su registro. ...”***  
***(Lo resaltado es de la Sala).***

De la transcripción normativa realizada, concluye la Sala que no existe motivo por el cual el INCODER ha dilatado en el tiempo su obligación de adoptar una decisión de tanta magnitud para las Comunidades Negras de PUERTO ESPAÑA Y MIRAMAR, cuyos integrantes ostentan la tenencia y aprovechamiento de los aludidos terrenos, pues lo que buscan es formalizar la propiedad de los mismos y que el término para que proceda la fase final es de treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo del concepto de la Comisión Técnica del Incora, etapa procesal que se encuentra más que vencida, como lo reconoce la propia accionada, pues así lo reitera tanto en la contestación como en su escrito de impugnación, al afirmar que el proceso se encuentra en fase final, es decir en la elaboración del proyecto de acuerdo por el cual se decide de fondo la solicitud de titulación.

Corolario de lo antes expuesto, es que la entidad accionada ha dilatado de manera injustificada la decisión de fondo que debía tomar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de recibo del concepto de la Comisión Técnica del Incora; puesto que el concepto lo recibió el 09 de octubre de 2012, como lo reconoció en el escrito de impugnación.

En tales circunstancias, no habrá lugar a ampliar el plazo que le concedió el juez constitucional de primera instancia para que tomara la decisión final, pues el

que se ha tomado para resolver supera los 365 días que tiene un año calendario y a esta data ya se ha superado el plazo judicial concedido, sin que haya iniciado por petición radicada el 8 de mayo de 2002.

**Sentencia de tutela de segunda instancia (T-007-14) del 31 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JOSÉ DE BUGA - – Ni la Nación ni el Departamento del Valle del Cauca deben ser llamados en garantía por el pago de pensiones y prestaciones a su cargo.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Procesal del Trabajo, artículo 145; Código de Procedimiento Civil, artículo 57; Decreto 700 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Es así como, lo que en esencia se requiere para que proceda el llamamiento en garantía o la vinculación del tercero es que éste, por ley o por contrato, esté obligado a proteger o garantizar al llamante el resarcimiento del daño causado con la sentencia o a rembolsar la suma de dinero que como condena se imponga al demandado y convocante.

En el caso de autos, es preciso subrayar que desde la contestación de las demandas ya acumuladas, la Fundación Hospital San José de Buga, ha invocado como fundamento de oposición, la existencia del contrato de concurrencia No. 247 de 2001, suscrito en el año 2001, según el cual, a su juicio, corresponde a La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento del Valle del Cauca, asumir el pago de las condenas que en su contra llegaren a resultar en este proceso.

Ciertamente, tanto la excepción de pago, como el llamamiento en garantía los fundamentó en tal contrato (folio 50) y de la misma manera al sustentar el recurso de apelación lo citó para tratar de salvar su responsabilidad en el pago de sumas de dinero que se pudieren reconocer judicialmente a favor de las demandantes.

Ahora bien, está probado dentro del proceso que las actoras fueron pensionadas por la Fundación Hospital San José de Buga, en el siguiente orden: la señora María Inés Bedoya Bustamante, en enero de 1992; la señora María Inés Tafur, el 1º de octubre de 1991; y la señora Blanca Olivia Blandón de Reina en el mes de enero de 1992; así se desprende de las demandas y se corrobora con las respuestas brindadas por el hospital demandado.

De otro lado, está probado que las mencionadas actoras tienen la calidad de beneficiarias del Fondo de Pasivo Prestacional del Ministerio de Salud, según la certificación emitida por la Dirección General de Financiamiento y Gestión de Recursos de esa entidad (folios 93 a 111), en la que se les reconoce como pensionadas (folios 101 y 102); reconocimiento que valió para que, mediante Resolución No. 1450 de 05 de septiembre de 2001, se ratificara su condición de beneficiarias -folios 112 a 114-.

De allí que en virtud a tales actos administrativos, se suscribió el Contrato Interadministrativo de Concurrencia No. 247 de 2001, entre el Ministerio de Salud- Fondo de Pasivo Prestacional del Sector Salud, el Departamento del Valle del Cauca y la Fundación Hospital San José de Buga (folios 75 a 81), el cual tuvo por objeto *“el pago de la deuda prestacional correspondiente a los trabajadores y extrabajadores del Hospital San José de Buga, reconocidos como beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional”*; mismo que tendría vigencia hasta el 30 de diciembre de 2007, como se estableció en la cláusula séptima - folio 80-.

A través de dicho contrato de concurrencia, el Ministerio de Salud se obligó a girar la suma de \$4.084.043.000,00; el Departamento del Valle del Cauca, \$5.503.399.000,00 y la Fundación Hospital San José de Buga un valor total de \$6.378.323.000,00, de los cuales le fueron aplicados a su concurrencia \$3.750.536.979,00, que había pagado por pensiones y cesantías entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre 2000.

Ahora, en la cláusula séptima del mismo convenio se impuso al Hospital San José de Buga, la constitución de *“un encargo fiduciario o Patrimonio Autónomo con dos subcuentas, a través del cual administre en una, la Reserva Pensional de Jubilados y en la otra la Reserva Pensional de Activos que giren los entes concurrentes.”*

Y en los párrafos de la misma cláusula séptima se previó: PARÁGRAFO PRIMERO.- *Los giros correspondientes a la Reserva Pensional de Jubilados y Reserva Pensional de Activos, a 31 de diciembre de 1993, se realizará al encargo fiduciario o Patrimonio autónomo que suscriba el Hospital San José de Buga para el pago de las pensiones de los beneficiarios reconocidos como tales por el Fondo del Pasivo Prestacional.* PARÁGRAFO SEGUNDO.- *Los giros correspondientes a los títulos pensionales se realizarán directamente al Instituto de Seguros Sociales u otro fondo de pensiones al cual estén afiliados los beneficiarios.”*

Ahora, las modificaciones 1, 2, 3 y 4 del convenio de concurrencia (folios 82 a 92), refieren que el Ministerio de Hacienda asumió la cuota parte que correspondía al Ministerio de Salud –Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud y además efectuó el pago total de su obligación, a través de giros realizados con destino a la Fiduciaria de Occidente; resaltándose que el último de los modificatorios fue suscrito el 28 de diciembre de 2007 y en el mismo se varió la cláusula sexta del contrato inicialmente pactado y en su lugar los concurrentes acordaron: *“Modificar la Cláusula Sexta del contrato principal prorrogando la vigencia del contrato hasta cuando de mutuo acuerdo las partes decidan darlo por terminado o hasta cuando se cumplan la totalidad de las obligaciones adquiridas en el contrato principal.”* –folio 92-.

De allí que si bien, como lo afirma la recurrente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento del Valle del Cauca, están obligados por el contrato de concurrencia, a asumir el pasivo prestacional y pensional del Hospital San José de Buga; también lo es que tales entidades públicas no generan pagos de prestaciones o de pensiones, pues se comprometieron a aportar unas sumas de dinero, para ayudar a solventar la deuda laboral y pensional del Hospital San José de Buga y en ese orden de cosas, como se dispuso en el multicitado convenio, deben girar tales dineros a una fiduciaria constituida por el Hospital San José de Buga y es esta entidad, en su condición

de administradora de los recursos y de empleadora, la que debe realizar los pagos.

Para la muestra un botón: en la reforma a la demanda presentada por la apoderada judicial de las actoras, se allegó prueba de compromiso de pago de los mismos reajustes que aquí se reclaman, pactado en el mes de diciembre de 2012, entre el Hospital San José de Buga y dos pensionadas en los meses de enero y diciembre de 2012.

Es más, no obstante que el artículo 1º del Decreto 700 de 12 de abril de 2013, estableció que la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre; por concepto de cesantías y pensiones de trabajadores reconocidos como beneficiarios del Fondo de Pasivo Pensional del Sector Salud; corresponde a la Nación y a las entidades territoriales; tal financiación no implica que, sean estas las encargadas de generar las liquidaciones, reconocimientos y pagos prestacionales y pensionales; pues, se reitera, asumieron la financiación, no el pago en sí mismo considerado y en tal virtud, no están obligadas a indemnizar perjuicios o a realizar reembolso de las sumas que, hipotéticamente se llegaren a reconocer a las demandantes; pues, de otra parte, recuérdese que el convenio 247 continúa vigente y en el mismo se creó una subcuenta de reserva pensional para jubilados antes de su entrada en vigencia, a la cual deben ingresar \$5.032.849.000,00, según lo allí acordado, suma que, se reitera, debe reposar en la Fiduciaria de Occidente, para su administración por parte del Hospital San José de Buga.

En estas circunstancias, se confirmará la decisión de primera instancia y se condenará en costas a la parte demandada. A efectos de su liquidación se señala la suma de \$200.000,00 por agencias en derecho a cargo de cada una de las demandantes.

Auto de segunda instancia (2013-00100-01) del 31 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma los autos apelados.

**SUBSIDIO PARA EL ADULTO MAYOR – Si el beneficiario no presenta su cédula de ciudadanía es posible entregarlo recurriendo a las otras formas de identificación autorizadas por la ley**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 019 de 2013, artículo 25.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-162 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el caso bajo estudio, la Sala encuentra que al expediente se aportó tanto copia de la contraseña, como una certificación de vigencia del documento de identidad del accionante expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Palmira -Valle (folios 3 Y 4); documentos que fueron presentados por aquel al momento de solicitar la entrega de la ayuda humanitaria.

De ahí que, no se explica la Sala cómo la entidad accionada despreció la aludida certificación para lograr la plena identificación del solicitante y de contera garantizar la seguridad de la transacción que se pretendía llevar a cabo.

Es que la identificación se realiza principalmente a través de la cédula de ciudadanía original amarilla de hologramas, pues es el documento que por excelencia que sirve como prueba de la identificación personal y por ello es que la Registraduría Nacional del Estado Civil ha establecido ciertos diseños y características de seguridad de este documento para que ayuden a mitigar adulteraciones, fraudes o suplantaciones.

No obstante lo anterior, en el caso en concreto está plenamente establecido que el quejoso entregó la contraseña que para el caso sería el medio alternativo de identificación y un certificado de vigencia adicional expedido por un funcionario público con atribuciones legales relacionadas con la fe pública, documentos que para la Sala se tienen como medios alternativos que cumplen la misma función que la presentación de la cédula y por ello, a la luz del sub principio de necesidad, la decisión del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013, no se encuentra justificada.

Esto debido a que la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de su Representante Legal Suplente doctor EVER JAIME TORRES PINEDA, al manifestó que el duplicado o contraseña se presume auténtico por naturaleza y que basta ingresar a la página web de la Registraduría Nacional –link certificaciones de vigencia de cédula–, para consultarla sin costo alguno, para que el ciudadano no incurra en gastos ni tiempo; en razón a que el Decreto 019 de 2012, que creó la “LEY ANTITRÁMITES”, en su artículo 25 establece la “ELIMINACIÓN DE AUTENTICACIONES Y RECONOCIMIENTOS.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013, estaba en el deber de dar instrucciones previas a las entidades que prestan el servicio de pago de subsidios directos; como en el caso que no ocupa; e informar al solicitante sobre otros instrumentos y documentos que podía aportar junto con la contraseña, para que se pueda realizar el análisis de riesgos y seguridad, y determinar, después de dicho estudio, si cumplía con el requisito de la acreditación de la personalidad; de tal forma que al negarle la entrega de los recursos que le correspondían, sin haberle informado y efectuado el respectivo análisis, se vulneraron los derechos fundamentales que denuncia el pretendiente.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión tomada por el juez de tutela, al presentarse una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital por parte del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013, al no implementar las medidas dispuestas para garantizar la entrega de los subsidios del adulto mayor, máxime cuando el beneficiario (i) cuenta únicamente con dicho ingreso para subsistir y (ii) ha entrado en la ancianidad (*supera los 73 años que es el promedio de vida.*)

Tutela de segunda instancia (T-010-14) del 3 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

**PROCESO LABORAL – No es apelable el auto que decreta una prueba.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Procesal del Trabajo, artículo 65 y Código de Procedimiento Civil, artículo 351.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La atención de la Sala se centrará en esta ocasión en establecer si el auto No. 1101, por el cual el Juzgado Laboral del Circuito de Buga admitió la solicitud de prueba anticipada presentada por SINTRAGRACO- SUBDIRECTIVA BUGA y fijó fecha para su evacuación, es pasible de recurso de apelación.

Bien, en materia laboral, el auto por el cual se decreta una prueba no es susceptible de recurso de apelación, puesto que el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma análoga al artículo 351 del Código de Procedimiento Civil solamente consagran como apelable el auto por el cual se niega el decreto o la práctica de una prueba.

Ahora, si se revisa el apartado que en el Código de Procedimiento Civil, regulan la prueba anticipada de inspección judicial (artículos 300 y 301), se constata que allí no se encuentra consagrado que el auto por el cual se ordene la práctica de inspección judicial con exhibición de documentos, en forma anticipada, se susceptible de recurso de apelación.

Entonces, por el hecho que el juzgado haya calificado el auto No. 1101 como interlocutorio, la ley procesal no otorga la prerrogativa de ser atacado a través del recurso de apelación; por manera que en cumplimiento a la disposición que trae el inciso 9º del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, se estimará bien denegado el recurso de apelación que recayó sobre el auto No. 1101, proferido el día 18 de septiembre de 2013 por el Juzgado Laboral del Circuito de Buga.

Auto 019 del 3 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: estima bien denegado el recurso de.

#### **SALA PENAL:**

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO – Sobre ella debe existir la certeza racional.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 287, 336 y 381.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 2 de febrero de 2010, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Tal y como está dispuesto en el ordenamiento procesal penal, el ente acusador como encargado de la pretensión sancionatoria del Estado, para imputar una conducta punible, debe partir de una “*inferencia razonable*” apostada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que señale la autoría o participación responsable de una persona (art. 287 del CPP). Para acusarlo formalmente de esa conducta esos mismos

elementos materiales deben llevarlo a un convencimiento con “*probabilidad de verdad*” (art. 336 ídem). Entre tanto, el juicio de responsabilidad penal para emitir un fallo de condena requiere “*el conocimiento más allá de toda duda*” (art. 381 íbidem).

Pero ese conocimiento, apunta al grado de certeza valorativa previa exposición ante el juez de los medios de conocimiento practicados en el juicio oral. Ello por supuesto no implica que para garantizar su percepción y examen del funcionario, conlleven en estricto sentido a un grado de aproximación absoluto de lo sucedido, sino a aquel desde el punto de vista lógico que lo lleve a una conclusión racional preponderante frente a otras posibles. Para ello el sistema judicial penal no tiene tarifa probatoria, por el contrario acude a postulados de la sana crítica comprobados a través de esos medios de conocimiento, estado de convencimiento denominado *certeza racional*.

En ese orden, en la dinámica del sistema acusatorio es al Estado quien le corresponde demostrar la responsabilidad penal del acusado.

En el *sub examine* la queja ante esta instancia se basa en la valoración de la prueba testimonial como punto de partida para arribar al fallo de condena que se deprecia por el representante de la Fiscalía. Puntualmente el censor acude a las declaraciones de los señores ADIEL ALBERTO SERRANO MARÍN agente captor, FLOR LILIANA OPANCE cónyuge del occiso, JOSÉ MARÍA BACILO ROSERO administrador del local Billares El Placer y la del mismo acusado como fuente probatoria de la responsabilidad penal de aquel pues ninguna de las atestaciones vertidas en sede de juicio oral a excepción de la rendida por el inculcado, evidencian la presunta Legítima defensa con la que actuó el acusado cuando le propinó la lesión al señor WILSON RAMÍREZ MARÍN.

Frente a ese panorama la Sala debe destacar algunos puntos medulares:

Para la Corporación es claro que existieron dos momentos o estadios a saber:

a).- El primero de ellos es aquel en el que luego de departir algunos tragos y de jugar billar tanto acusado como víctima, el señor Wilson se quedó dormido, luego el acusado intentó despertarlo pero este reaccionó en forma agresiva y empezó a golpear a Jorge Campo al considerar que pretendió robarle sus pertenencias. Sin embargo, aquél no se defendió y fue ya el administrador el señor Pablo o José María Bacilo quien finalmente separó a Wilson de Jorge. Éste se retiró del establecimiento ante la solicitud del señor Pablo, luego llegó la policía y le reiteró al señor Wilson Ramírez que se abstuviera de generar peleas.

b).- El segundo episodio se concreta en las afueras del “Billar El Placer”, donde el acusado afirmó que luego de tomarse una cerveza en otro lugar, decidió regresar para seguir libando con su amigo Milton César quien se encontraba en la parte exterior del billar, fue cuando se topó con Wilson en la puerta del establecimiento quien al verlo lo atacó con una botella despicada y él se defendió con el cuchillo siendo mortal el único lance.

Hasta ese primer momento, los hechos son claros, pero lo que posteriormente ocurrió para la Sala no quedó demostrado, porque la Fiscalía no enseñó prueba alguna sobre los antecedentes próximos y el instante mismo en que Jorge Enrique Campo atacó mortalmente a Wilson Ramírez, de forma tal que no se logra desvirtuar la confesión calificada del acusado cuando a su turno de práctica probatoria, manifestó ser el autor de la conducta típica pero haber

obrado bajo legítima defensa, causal legal de justificación que elimina la antijuridicidad de su acto.

Empero, el dicho del procesado no encuentra respaldo en relación con los estadios precedentes al ataque del que dice fue objeto, de tal forma que impide la plena confiabilidad de su versión defensiva.

Respecto de la omisión del A-quo al no tener en cuenta la captura en flagrancia del acusado y de la incautación del arma corto punzante, este hecho en nada conlleva a la declaratoria de responsabilidad *per se* del señor Jorge Enrique Campo, es uno de los muchos elementos que pueden servir como sustento, pero si aquel va acompañado a partir de las pruebas aducidas al juicio oral cuyo examen permitan construir además de la existencia de la conducta y su autoría, los demás presupuestos de la responsabilidad penal. En el *sub-judice* la discusión se centra sobre la antijuridicidad del comportamiento, no respecto del dolo confusión que denotan tanto el A-quo como el impugnante en su formación dogmática, pues el mismo se analiza dentro de la teoría del delito en el tipo subjetivo (tipicidad) y su contenido es de conocimiento y voluntad.

Tales presupuestos estuvieron presentes en el comportamiento del acusado quien sin ninguna coacción y con toda su capacidad cognitiva sobre la situación fáctica, decidió usar el cuchillo para hundirlo en la humanidad de la víctima.

Con todo, eso no lo desconoce en su versión, a cambio alega es una causal de justificación que exonera el segundo elemento de la responsabilidad penal, -la Antijuridicidad- a cuyo análisis se llega una vez superado en forma positiva el juicio respecto de la Tipicidad, y por ende del Dolo en delitos que como éste, es la forma de conducta que se le atribuye al vinculado.

Si bien el supuesto en el cual descansa la absolución impartida por el A-quo emerge de reconocer la Legítima defensa aducida por el acusado, lo cierto es que el eximente de responsabilidad tampoco quedó plenamente comprobado. La versión del acusado no es corroborada por los señores Alfonso Lenis ni Milton César Cano pese a que ambos aseguraron encontrarse en la parte de afuera del billar, extrañamente sólo observaron el primer episodio, pero nada dijeron del segundo, aún cuando el procesado aseguró que iba en busca del señor Cano cuando se devolvió al lugar, siendo el instante en que halló a su agresor en el quicio de la puerta del billar.

En efecto, Jorge Enrique aseguró que cuando pretendía ingresar de nuevo al billar observó que Wilson Ramírez estaba ya en la puerta saliendo y volvió a increparlo y fue en ese instante al dar la vuelta que “escuchó” cuando despicaban una botella y en ese momento fue cuando él sacó su cuchillo. Frente a esa atestación la duda emerge porque si los señores Lenis y Cano se encontraban en la puerta del billar ¿cuál fue la razón por la que no observaron el acontecimiento narrado por el acusado?.

Es decir, que con la prueba de descargo, tampoco se puede corroborar la confesión calificada rendida por el propio procesado cuando afirma que la víctima despicó una botella estando en las afueras del establecimiento, procedió agredirlo y él se defendió con el cuchillo que portaba desde que salió ese día de su casa, en la pretina de su pantalón

Bajo esa línea ni los testigos de la Fiscalía, ni de la Defensa dieron reseña alguna sobre el mentado como último enfrentamiento entre acusado y víctima.

La Teoría del Caso del ente acusador, respecto a que Jorge Enrique Campo Campo salió del establecimiento rumbo al otro donde consiguió el cuchillo y se devolvió donde estaba su inicial agresor para causarle la muerte tal y como lo logró, entra en el campo de la especulación, al no enseñar con pruebas las circunstancias fácticas relevantes de la misma; por lo tanto, no pasó del terreno de la hipótesis, sobre la cual no es posible fincar una condena, mucho menos cuando el acusado afirma estadios constitutivos de una legítima defensa de su vida que por los antecedentes iniciales (primer episodio) no son inverosímiles, y tampoco lograron ser desvirtuados plenamente por el ente acusador.

Posteriormente las circunstancias de modo, del ataque mortal contra el hoy occiso se encuentran en una especie de limbo, por consiguiente debe resolverse la duda a favor del procesado pues no basta, la mera inferencia de que se devolvió con ánimo vindicativo para matar a quien lo había agredido momentos antes.

Colorario de lo anterior, sirve para precisarle al recurrente:

1.-La flagrancia, como causal legal para privar de la libertad a un ciudadano sin orden de autoridad competente, no es sinónimo de “responsabilidad penal”. En asuntos como éste, donde al señor Jorge Enrique Campo Campo se le aprehendió por el señalamiento de la víctima y por serle hallado instrumento del que se pudo inferir que “momentos antes” había cometido una conducta punible, sólo sirve para fincar la existencia de la conducta típica y la autoría de la misma.

*Per sé*, no desvirtúa la confesión calificada por medio de la cual el acusado acepta ser el ejecutor de la conducta lesiva del bien jurídico de la vida, pero enseña circunstancias modales que lo amparan con la causal de la Defensa Justa.

Para desvirtuar la justificante, se hace necesario establecer la inverosimilitud de su atestación o la prueba de cargo que la desvirtúe.

Sobre tales requisitos, iteramos el análisis ya expuesto en los párrafos anteriores.

Yerra el impugnante cuando asegura que la tesis de la Legítima Defensa, se encuentra solitaria, desconociendo la categoría de “prueba” del testimonio del acusado. Dicha manifestación no se puede descartar por el sólo hecho de provenir del autor de la conducta típica, le correspondía a la Fiscalía con la prueba de cargo contradecirla, y como bien lo acepta el delegado no presentó un solo testigo presencial *in-factum* del acontecimiento criminoso.

Tampoco desde el estudio de la confesión calificada, se puede desechar la misma, pues si bien es razonable “la hipótesis” que se quedó sin respaldo probatorio consistente en el ánimo vindicativo por parte del acusado, por el cual regresó armado para atacar a la víctima en retaliación de su comportamiento agresivo, estadios antes, también lo es, que el señor Wilson Ramírez al verlo de nuevo, pudo elevar la entidad de su primer ataque y ya hacerlo con un arma corto-contundente (el pico de una botella), que hizo “necesaria” y proporcional la defensa en los términos descritos por el procesado.

La Fiscalía y su equipo de policía judicial no realizaron una juiciosa investigación. Dejaron de registrar la escena del crimen, no se controvertió

tampoco a través de “medios de conocimiento” en el juicio oral la existencia de esa arma en manos de la víctima, como tampoco presentó deponente alguno que describiera la conducta del acusado para efecto de controvertir la legítima defensa.

Por lo tanto, el ente acusador a quien le asiste la “carga de la prueba” de la responsabilidad penal, no aportó el requisito legal demandado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para su pretensión de una sentencia condenatoria contra el acusado.

En consecuencia se confirmará la decisión objeto de alzada en el sentido de absolver al encartado por aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

**Sentencia de segunda instancia (AC-243-13) del 11 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia absolutoria.**

**TRATA DE PERSONAS – Dosificación de la pena en los casos de allanamiento a los cargos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Penal, artículos 188A, 55, 58, 60 y 61; Ley 906 de 2004, artículos 7 y 351.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35350 del 23 de enero de 2013, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Corresponde a la Sala dilucidar, conforme con los argumentos esgrimidos por el bloque defensivo, si la individualización de la pena llevada a cabo por el Aquo se ajusta a los presupuestos del inciso tercero del artículo 61 de la ley 599 de 2000 de acuerdo con la imputación de cargos endilgada en audiencia concentrada.

Ambos recurrentes fundan la censura, en que a sus representadas el ente instructor les ofreció en sede de Imputación, una rebaja de pena la cual se traduciría en un máximo de seis años de prisión y no de nueve como fue impuesto por el juez de conocimiento.

Frente al punto de estudio, la Sala tiene para decir, que una vez escuchados los registros de Audiencia de formulación de Imputación –Juez Segundo de Control de Garantías- se evidenció, que a las procesadas se les indicó: i) cuál era el delito por el que estaban llamadas a responder, - artículo 188 A del C.P. –Trata de personas- que a la letra reza:

*“El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra*

*persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexuales, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación sexual.*

*El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.*

Lo anterior en concordancia con el numeral 10º del artículo 58 de la misma codificación –Obrar en coparticipación criminal-, dándoseles a conocer a cada una de ellas, la modalidad y los verbos con los cuales incurrieron en dicha conducta así:

A GLORIA PATRICIA VELÁSQUEZ QUINTERO se le imputó la conducta ya referida, en calidad de coautora, bajo los siguientes verbos rectores: captar y trasladar con fines de explotación sexual, y a ÁNGELA MARÍA VELÁSQUEZ QUINTERO misma imputación jurídica en calidad de coautora, bajo los siguientes verbos rectores: tratar, captar, acoger y recibir, además de informarles los límites de la pena establecida para la conducta imputada los cuales oscilaban entre los trece -13- y veintitrés -23- años de prisión.

ii) El ente instructor cumplió con la carga de informarles que “(...) de allanarse a los cargos en esta oportunidad se haría acreedora a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible de conformidad con el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal”, a ambas procesadas. Teniendo en cuenta dicho ofrecimiento, el Juez de Garantías reafirmó lo dicho por la delegada Fiscal, les dio a conocer su derecho de no auto-incriminarse, a tener un juicio público, oral contradictorio y con intermediación de la prueba, tal y como lo demanda el artículo 7º del C.P.P., y la Constitución Política. Igualmente se les informó sobre la posibilidad de renunciar a los mismos y en caso de aceptar los cargos endilgados, aquellas serían merecedoras de la rebaja de hasta un 50% de la pena imponible, teniendo en cuenta que aquella oscila entre los 13 a 23 años de prisión de conformidad con la imputación fáctica y jurídica aducida.

iii) Indagó a las acusadas sobre sí éstas habían entendido el delito enrostrado a lo cual respondieron en forma positiva, y si aceptaban los cargos respondiendo afirmativamente. Esa misma situación se iteró frente al Juez de conocimiento, a quien la Fiscalía le puso de presente los hechos y la imputación primaria aducida en las Audiencias concentradas, y éste a su vez cumplió con el deber de examinar sobre la voluntad de las acusadas para aceptar la responsabilidad de la conducta ya mentada.

Bajo ese contexto, ambas acusadas tenían plena conciencia de que la pena imponible partía como mínimo de trece 13 y un máximo de 23 años de prisión, y en esas circunstancias, si aceptaban los cargos serían merecedoras de una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, de ahí entonces que resulte errada la crítica de ambos recurrentes cuando afirman que a sus prohijadas les “aseguraron” que la pena definitiva era de seis años, pues en la imputación no se les indicó cuál iba hacer la pena concluyente a imponer, se les mencionó el mínimo y el máximo de la misma, como era su deber.

Como es sabido en casos de allanamiento, el juez sólo para efectos de determinar el cuarto en el cual debe moverse, habrá de tener en cuenta las

circunstancias de menor y de mayor punibilidad descritas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, eso, si estas fueron aducidas por el ente instructor, sobre todo las referentes a estas últimas, pues las primeras pueden ser inclusive deducidas por el funcionario judicial teniendo en cuenta que aquellas le son favorables al procesado.

Pero para determinar el monto de la rebaja a conceder y la pena definitiva, teniendo en cuenta además de las causales de agravación genéricas ya referidas, debe entrar a valorar las circunstancias modales de la ocurrencia de la conducta, la mayor o menor intensidad del dolo, el daño real o potencial para así determinar disminución a conceder y fijar la pena definitiva, tal y como lo demanda el artículo 60 de la Ley 599 de 2000 (presupuestos para fijar los límites mínimos y máximos de la pena):

*“Art. 61.- Fundamentos para la individualización de la pena.- Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*

*El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.*

*Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.*

*(...).* (Las negrillas son del Tribunal).”

Bajo esa línea, sí el A-quo, consideró que la rebaja a conceder era de un 50% límite máximo establecido de acuerdo con el artículo 351 del C.P.P., los seis años que aluden las acusadas no son siquiera la mitad de los trece -13- equivalentes al mínimo de la pena, es decir del primer cuarto. Por el contrario es de 78 meses equivalentes a 6 años y 6 meses de prisión, y en gracia de discusión, tampoco podría imponerse el mínimo del primer cuarto porque de acuerdo con la causal de mayor punibilidad imputada a las procesadas, esto es la establecida en el numeral 10º, del artículo 58 del estatuto punitivo –Obrar el coparticipación criminal- el funcionario de primer nivel estaba en la obligación de moverse dentro de los cuartos medios.

Para mayor claridad veamos la dosificación punitiva:

La pena oscila entre los 13 a 23 años, que pasados a meses nos arroja 156 a 276 meses de prisión, los cuales al restar el mínimo al máximo nos enseña un guarismo de 120 meses que al ser dividido en 4 nos fija un ámbito de movilidad de 30 meses:

156 M a 186 M –Primer cuarto-

186 M a 216 M  
216 M a 246 M  
246 M a 276 M –Último cuarto-

CUARTOS MEDIOS

Por consiguiente, el mínimo del cuarto medio es equivalente a 186 y el máximo es de 246 meses de prisión. Es decir, que el funcionario podría moverse dentro de esos límites mínimos y máximos ya definidos y bajo esa circunstancia el “mínimo” aludido por los recurrentes no podía ser concedido; además porque su pretensión de seis años no se ajusta ni siquiera a ese primer cuarto, pues como se itera, la mitad de 156, es 78 meses o lo que es igual, 6 años y 6 meses de prisión.

Colorario de lo anterior, la pretensión de los recurrentes frente a la imposición de una pena mínima se desvanece ante la exigencia legal definida para la determinación de la misma.

Ahora bien, el representante judicial de la acusada Ángela María Velásquez, indicó que las consideraciones expuestas por el A-quo para alejarse del extremo mínimo parte de una premisa que no fue aducida en la imputación fáctica.

Frente a este tópico le asiste razón al recurrente, porque el funcionario erró cuando afirmó que: *“ El hecho de haber sometido a la víctima NATALIA MONSALVE CELEDA, a tener relaciones sexuales con alias “RICHARD”, el amenazarla de muerte a ella y su familia, cuando manifestó que ella no quería prostituirse, sin duda alguna encuentra este operador judicial más que justificado y elementos suficientes para alejarse del mínimo del primer cuarto”*. Porque contrario a ello, el ente instructor de acuerdo con la imputación fáctica afirmó: *“ Natalia viajó de Pereira con destino a Islas Bahamas (..) fue recibida por dos hombres (..), cuando salieron estaba Ángela Velásquez, Sobeida García alias soby y Richard el esposo de esta última (..), la subieron a un carro y la llevaron a un apartamento donde la acomodaron en la habitación con Ángela; (..), luego \_Soby la llamo y le dijo que tenía que acostarse con Richard el marido de ella que porque ella iba era a ejercer la prostitución y no a trabajar en un casino; (...) Soby, Ángela y Sandra se fueron y a ella le toco tener relaciones sexuales con Richard; éste le mencionó las condiciones del trabajo (...), además le enfatizó que no se podía escapar porque harían cancelar el tiquete y que ya le tenían ubicada la familia”*.

Es claro que ni Ángela ni Gloria Patricia obligaron a Natalia a tener relaciones sexuales con Richard; fue Sobeida esposo de ésta, así como también fue éste último quien amenazó de muerte a Natalia y a su familia con la advertencia ya referida. Pero tal aseveración en nada difiere sobre la realidad del daño creado, el dolo fehaciente de las acusadas para obtener mediante engaños que la Víctima Natalia Monsalve fuera utilizada en el exterior con fines de explotación sexual, además de no ser ajena la naturaleza de la conducta reprochada pues aquella es un flagelo que no solo azota nuestro país, sino a toda la comunidad internacional por cuanto atenta contra la dignidad humana y por ende trasgrede los Derechos Humanos.

Y pese a que, el funcionario de primer nivel de manera somera llevó a cabo el análisis de la ponderación que le permitiera apartarse del mínimo establecido en el primer cuarto medio, ello en nada desvanece la necesidad de la pena y la

naturaleza como se itera, de la conducta misma y del daño real causado sobre Natalia Monsalve quien además fue sometida a malos tratos como quedó sentado en la imputación.

En ese sentido, el Aquo se encontraba habilitado para fijar la pena entre los 186 a los 246 meses equivalentes al mínimo y máximo de los cuartos medios de acuerdo con la imputación fáctica y jurídica atribuida. Esto, porque les asistía tanto circunstancias de menor como de mayor punibilidad.

En cuanto a si el funcionario judicial no tuvo en cuenta las circunstancias de menor punibilidad, lo cierto es que sobre ambas procesadas recae la contemplada en el numeral 1º del artículo 55 –La carencia de antecedentes penales-, pero a Ángela María Velásquez quien también fue víctima de la explotación sexual presuntamente consentida, recae, además de la anunciada, la descrita en el numeral 7º como es: -“Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros”-, pese a que la Fiscalía no las adujo y tampoco fueron alegadas oportunamente por la Defensa. Sin embargo, la ponderación de la individualización de la pena, se hizo en los cuartos medios como correspondía y se parte del supuesto de *facto* atribuido y de la exigencia normativa –inciso 3º, art. 61 C.P.-. En este caso como se itera, el Aquo ante la discrecionalidad y la valoración de las circunstancias modales optó por imponer el máximo del primer cuarto medio, cuando inclusive estaba facultado para aplicar hasta el máximo de estos, es decir 246 meses, y aún así la pena estaría dentro de la legalidad, por ser ponderada a la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, entre otros de los parámetros fijados por el legislador para dosificarla.

Bajo las anteriores consideraciones la Sala confirmará la sentencia recurrida por la defensa.

Sentencia de segunda instancia (AC-405-13) del 25 de octubre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**CONEXIDAD EN LA INVESTIGACIÓN POR OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR – Examen de las exigencias del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículo 51; Código Penal, artículo 402.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Problema jurídico.- De acuerdo con la controversia trabada por los recurrentes en la sustentación de la alzada, le corresponde al Tribunal resolver si procede el fenómeno de la conexidad para adelantar bajo una misma cuerda procesal el enjuiciamiento del señor CARLOS ENRIQUE LOZANO RAMIREZ por distintas conductas por las cuales fue acusado bajo la denominación jurídica de OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.

El artículo 51 de la Ley 906 de 2004 demanda:

“Art.51.- Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando:  
(...)

4.- Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.”

De la lectura anterior, es obvio entonces que quien es acusado por este ilícito tiene la calidad del sujeto activo, calificado por su representación de una empresa con esta particular obligación tributaria cuyo cumplimiento omite, desobedecimiento materia de la descripción típica. De ahí que la Sala superará el defecto ilustrativo de cada una de las conductas por las cuales la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del señor LOZANO RAMIREZ por este reato, máxime cuando el abogado Defensor para nada controvertió la homogeneidad del comportamiento hasta la fecha atribuido por distintas cuerdas procesales, ni la relación de tiempo y lugar entre ellas.

Surge evidente entonces que tal como lo pregonó el ente acusador y la misma víctima representante legal de la DIAN, en las seis oportunidades se le acusa por ser el sujeto activo de un delito de omisión propia (porque está descrita en la ley) consistente en el dejar de hacer los pagos demandados como retenedor o recaudador de impuestos; por consiguiente hay homogeneidad en la conducta y habrá comunidad probatoria pues por lo menos para la Fiscalía los mismos testigos de cargo, entre otros, los peritos y quienes acrediten documentos, no tendrán que desfilar por el estrado judicial en fechas diferentes y audiencias distintas para ser interrogados o conainterrogados, siendo posible la concentración en una sola, evento que a la vez permite un mero acto de contradicción, todo en beneficio de la celeridad y la economía procesal que busca esta figura jurídica.

La concordancia del lugar, tal como lo dijo el A-quo existe, al punto que tiene la competencia territorial para llevar a cabo los juzgamientos y en la medida que la del tiempo no fue materia de inconformidad por los impugnantes, se supera en este análisis, pero se le reitera al funcionario del primer nivel el defecto anotado, en la dirección de esta audiencia, en procura del cumplimiento de los principios de publicidad y oralidad.

Lo anterior, siempre y cuando no afecte garantías fundamentales del procesado. Los censores se oponen; por un lado, la representante de la víctima bajo argumentos pocos precisos, de situaciones expuestas al azar y de carácter genérico como que en el camino pueden darse situaciones que dilaten el proceso o que tal vez no todas las conductas pueden darse de la misma manera, cuando siendo justamente quien representa los intereses de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, perjudicada con los probables injustos, debía saber a ciencia cierta si se trata en todos de este tipo de omisiones donde figura siempre como sujeto pasivo dicha entidad y como sujeto activo el aquí acusado. Manifestaciones de tal fragilidad argumentativa son inidóneas para derruir el acierto de la decisión adoptada por el juzgador. Por parte de la Defensa, se dijo que debe emprender distintas justificaciones del no pago para los diferentes eventos traídos en las distintas acusaciones, situación que en nada desestima la declaratoria de la conexidad, podrá hacerlo y prácticamente alcanza advertir la colegiatura que tampoco son tan disímiles cuando se ha referido a dos situaciones puntuales: imposibilidad de recaudo, por el no pago de los contribuyentes y por la ola invernal; con mayor razón entonces se beneficia la administración de justicia sin que se le conculquen garantías al acusado, por el contrario la defensa tendrá menos desgaste si existe también de su parte una

comunidad probatoria y de no ser así, en el juicio oral tiene todo el derecho de que se le practique la prueba solicitada en la audiencia preparatoria para demostrar su teoría del caso.

No es de recibo tampoco para impedir la conexidad, la expresión del togado en el que es acompañado por la representante de la víctima de que no alcanzaría hacer el pago de las obligaciones omitidas para terminar con la acción penal; esto es una situación extraña al requisito del numeral 4º del artículo 351 y no es obligación del Estado dentro de un proceso penal, procurar la dilatación en la resolución de los conflictos o hacerle el quite a la celeridad de los procesos y a la economía procesal para darle tiempo al acusado de procurar una causal de extinción de la acción penal. En contra, estaría, la obligación que si le asiste a los administradores de justicia de impedir las prescripciones de las acciones penales, otra causal de expiración de la persecución penal.

En consecuencia, la Sala confirmará el proveído impugnado.

Auto de segunda instancia (AC-402-13) del 6 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

**PREACUERDOS - La dificultad en probar el cargo de mayor entidad no faculta a la Fiscalía para acordar su eliminación.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 336 y 348; Directiva 001 de septiembre de 2006 de la Fiscalía General de la Nación.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Conforme a la sustentación del recurso presentada por el abogado defensor, le corresponde a la Sala dilucidar si el preacuerdo realizado entre el ente acusador y el procesado, consistente en la eliminación del cargo de mayor entidad dada la dificultad de probarlo en el juicio oral, es o no legal.

Una vez estudiados los antecedentes procesales y las disertaciones del impugnante, encuentra la Sala lo siguiente:

1. En primer lugar el Preacuerdo presentado por escrito y leído por la delegada de la Fiscalía, contenía la supresión del cargo del delito contra la Seguridad Pública, de forma tal que la motivación inicial del A-quo para considerarlo ilegal constituía un sofisma por cuanto comportó una mera apariencia de abordar su estudio, desconociendo el contenido de la negociación, aludiendo una indebida dosificación punitiva a partir de la ausencia de explicación de la misma por parte del ente acusador, teniendo en cuenta la figura del concurso de delitos.

Si se hallaba en sede de verificación de la legalidad del Preacuerdo, debió cuestionar para obtener respuesta de la Fiscalía al respecto y así darse cuenta de su yerro sobre la consistencia del preacuerdo y no despacharlo ilegal en forma inmediata, para seguidamente recalcarle a dicha Parte que podía usar el recurso de reposición para brindar la claridad en ese tópico. Dicha audiencia requiere esa dinámica de interrelación de las Partes con el Presidente de la misma, si este último considera necesarias ciertas explicaciones como así lo expresó en materia del proceso de regulación

de la pena acordada por los sujetos procesales, por tanto debió preguntarle, previamente a la decisión adoptada.

Empero, lo más importante es que su argumentación para nada correspondía a la clase de negociación pactada entre la delegada del ente acusador, el acusado y su defensor.

2. Lo anterior, se supera debido a la oportunidad que tuvieron las Partes de intervenir en el trámite del recurso horizontal donde gracias a la precisión del abogado defensor, el A QUO tuvo que referirse a ello para resolverlo, integrándose de alguna forma dicha motivación a la inicial, de tal forma que la irregularidad ya se tornaría intrascendente. Es así como el señor Juez consideró la ilegalidad del Preacuerdo en atención a la imposibilidad de adoptarlo por el numeral 1º del artículo 350 por cuanto transgrede el artículo 31 del Código Penal, en cuanto se trata del delito de mayor entidad y en atención igualmente a haber sido capturado en estado de flagrancia.

3. Llama la atención de la Sala, que haya sido la Defensa y no la delegada de la Fiscalía quien diera cuenta de la razón del preacuerdo, cuando si se trató de la ausencia de EMP, de evidencia física, de pruebas para practicar en el juicio y en síntesis de la imposibilidad de demostrar el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal dentro del recaudo probatorio, la llamada a realizar tal aseveración era precisamente la representante del ente acusador, si en verdad ante la falta de incautación del artefacto no contaba con ningún otro medio de conocimiento para probar que se trataba de un instrumento bélico, no de juguete y en buen estado de funcionamiento. Es decir, la prueba sobre la naturaleza del instrumento –arma de fuego- y la capacidad para afectar el bien jurídico protegido por el legislador con tal descripción típica.

El juzgador de primer nivel cuando tramitó el recurso de apelación no le dio traslado como no recurrente a la señora Fiscal, pero ella convalidó con su silencio, tal irregularidad.

4. En relación con el punto central que conforma la disidencia con lo resuelto por el A-quo, el Preacuerdo en debida solución técnico jurídica debe IMPROBARSE por su ilegalidad pues desde las afirmaciones de la Defensa constituye es una violación al debido proceso y a las garantías fundamentales del procesado.

Es cierto, aunque no lo dice la norma pero existe la Directiva No. 001 de septiembre de 2006 del Fiscal General de la Nación proferida en cumplimiento de su deber legal conforme lo demanda el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 que expresa en su último inciso: “El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.” En efecto entonces en la misma se establece como directriz “CUARTA” la siguiente:

*“CUARTA. Límites a las negociaciones. Además de lo establecido en los artículos anteriores, los preacuerdos y negociaciones tendrán como límites las siguientes reglas:*

*(...)*

*b) cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.”*

De la concordancia entra el último inciso del artículo 348 y la primera y hasta el momento única directiva emanada de la Fiscalía General de la Nación se desprende que esta última hace parte del “debido proceso” en la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, contrariarla, es afectar la estructura del trámite legal.

Si la Fiscalía acusó por este cargo, es porque contaba con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de la cual puede afirmarse con “probabilidad de verdad”, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, requisito contenido en el artículo 336 de la Ley 906 de 2004 para presentar un escrito de acusación en contra de un imputado.

De ser cierto lo planteado por la Defensa, prácticamente no podría haberlo hecho pues no estaría en condiciones de demostrar en el juicio oral si era un arma de verdad o de juguete; o en caso de lograrlo, no lo haría respecto a si la misma era idónea para afectar o poner en peligro el bien jurídico de la seguridad pública.

A contrario sensu, la presunción inicial que parte de la presentación de la acusación es que cuenta con esa capacidad de demostración, que hace improcedente un preacuerdo de esta naturaleza conforme a la Directiva establecida por la entidad a la que pertenece pues se trata del delito de mayor gravedad conforme con la pena mínima dispuesta para la conducta.

Y desde la óptica de la Defensa, se estaría conculcando el derecho fundamental de la misma para el procesado, porque si la Fiscalía está en imposibilidad de demostrar ese cargo, por qué preacuerda la eliminación del mismo? Sería una especie de trampa, de engaño para el acusado, pues surge de inmediato el interrogante acerca de cuál es el beneficio que obtiene a partir de esa alegación de culpabilidad. En ese caso, un defensor haría un preacuerdo parcial únicamente sobre la pena, por ejemplo, del cargo contra el patrimonio económico y se iría a juicio oral por el primer delito, a sabiendas de la imposibilidad que pregona de que la Fiscalía pueda concretar probatoriamente el compromiso penal del acusado por el delito de porte ilegal de arma de fuego.

En consecuencia, son las anteriores razones, distintas a las del A-quo las que llevan a la colegiatura a confirmar la decisión de instancia, bajo la aclaración que se trata de improbar el preacuerdo por ser violatorio al debido proceso y a la garantía de defensa del acusado.

**Auto de segunda instancia (AC-428-13) del 25 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.**

**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR CASO FORTUITO – Los elementos materiales probatorios o la evidencia física deben llevar al convencimiento sobre su ocurrencia.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 200 y 332, numeral segundo; Código Penal, artículos 32 y 77; Código Nacional de Tránsito, artículos 94 y 95.

## **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo con nuestra sistemática acusatoria (artículos 250 de la Constitución Política y 200 de la Ley 906 de 2004), corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de la misma. Despojada, por regla general de funciones jurisdiccionales, podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

Este instrumento jurídico reglamentado en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, debe ser utilizado por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, inclusive antes de la formulación de la imputación a instancia de la fiscalía, cuando no encuentre acreditada la existencia de mérito para presentar imputación, por la demostración de una de las siguientes causales:

*“Artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004: Causales: El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código. (...)*”

La preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez se compruebe la existencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 77 del Código Penal: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento; o de tratarse de la causal segunda establecida en el artículo 332 del C.P.P., cuando se refieran a las establecidas en el artículo 32 del Código de las Penas.

De invocarse como causal de Preclusión la establecida en el numeral 2º del artículo 32 del Código Penal -Caso fortuito- para que concurra la eximente de responsabilidad es necesario recabar en los elementos que la configuran: *“i) conducta en cuyo desarrollo tiene ocurrencia un hecho imprevisto, ii) una vez presentado el hecho imprevisto este debe ser irresistible o inevitable por parte del sujeto activo pese a no exceder el riesgo permitido.*

En el asunto examinado, encuentra la Sala que instalada la audiencia, el Juez concedió el uso de la palabra al Fiscal quien solicitó la preclusión de investigación argumentando que la imprudencia de la víctima y la violación a la normas de

tránsito (artículos 94 y 95 del C.N.T) incurridas por el hoy occiso fueron las causantes del trágico desenlace conforme con los EMP expuestos en esa sede, más concretamente de la declaración rendida por la indiciada quien afirmó que *“conducía a 60km/H y que de manera intempestiva la víctima se le atravesó”*, y el informe de accidente tránsito, con lo cual se configura la causal establecida en el artículo 32-2º de la Ley 599 de 2000.

En efecto, las normas de tránsito aducidas por el Fiscal y consideradas por el A-quo pueden ciertamente incidir en la posible ocurrencia del hecho, sin embargo razón le asiste al apoderado de la víctima cuando se opone a la preclusión ante la falta de la “prueba técnica” que demuestre ciertamente que la indiciada Doaneya Lelxiana no se encontraba sobrepasando los límites de velocidad reglamentarios de ese lugar conforme se evidencia en el álbum fotográfico (70KM/H), la cual puede ser analizada teniendo en cuenta la huella de frenada precisada en el informe de tránsito (26.40mts), para así corroborar o desvirtuar los dichos del único testigo presencial del hecho (Jhon Jairo Londoño) y la versión de la misma indagada.

Ello, porque si la causal endilgada por la Fiscalía “existencia de una causal excluyente de responsabilidad”, -Caso fortuito-, los EMP y/o EF deben llevar al convencimiento o certeza de la configuración de la misma, y en el asunto existe la versión de un testigo que contraría lo expuesto por la indiciada (Jhon Jairo Londoño afirmó que el vehículo venía a alta velocidad y por eso su compañero no alcanzó a cruzar), y en esas circunstancias, la Fiscalía puede ahondar en otras pesquisas que permitan derrumbar o corroborar lo manifestado por el joven Londoño en su versión.

En ese sentido, el Fiscal conforme con los EMP podrá claramente establecer que dicha causal de eximente de culpabilidad se concretó pues como se itera, teniendo en cuenta que existe un testimonio que contraría la versión de la indiciada y un informe de tránsito que muestra una huella de frenada deberá el ente instructor continuar indagando y determinar fehacientemente si en verdad se configuró dicha causal.

Lo anterior por cuanto además el presunto testigo de cargo asevera que vieron el automóvil a cierta distancia (2 o 3 cuadras) razón por la cual se dispusieron a cruzar la calzada, siendo entonces la señora indiciada quien elevó en forma mayor el riesgo con una relación de determinación con el resultado, pues de conducir a la velocidad permitida, no habría colisionado con el peatón en instantes en que ya terminaba la acción de cruce.

Significa lo anterior que la Fiscalía tiene aún, una hipótesis por investigar y la certeza del caso fortuito a favor de la indiciada no se consigue con los EMP aportados en sustento de su pretensión de Precluir la investigación.

Por consiguiente, la Sala revocará la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (V), por medio de la cual decretó la Preclusión de la investigación a favor de la señora Doaneya Lelxiana Girón Peláez por el punible de Homicidio culposo, de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores.

**Auto de segunda instancia (AC-429-13) del 6 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.**

**ESCRITO DE ACUSACIÓN – A su presentación se sucede la formulación oral de la acusación y no el allanamiento a los cargos.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 288, 356, numeral quinto, 367 y 457.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Conforme a la tesis de la recurrente, debe la Sala ocuparse de establecer si una vez presentado el escrito de acusación es posible el allanamiento a cargos en la primera audiencia, antes de que la Fiscalía formule la acusación.

La estructura del proceso penal concebida por la Ley 906 de 2004 ha establecido precisos momentos para que el vinculado le dé a conocer al Juez, la renuncia que hace del derecho de no autoincriminación por cuanto acepta el cargo desde la atribución fáctica y jurídica que le ha comunicado la Fiscalía. Son ellos:

- a) La audiencia de formulación de imputación. Artículo 288 C.P.P
- b) La audiencia preparatoria. Artículo 356 Numeral 5º C.P.P
- c) La audiencia del juicio oral, en su inicio. Artículo 367 C.P.P.

En la primera, luego de la comunicación que le hace la Fiscalía al indiciado, de la conducta que se le atribuye y de su denominación jurídica, le informa igualmente de su derecho a aceptar el cargo y de la rebaja que obtendrá por facilitar la terminación anticipada del proceso con una sentencia condenatoria. Seguidamente el señor juez lo ilustra sobre las garantías que le asisten como imputado y si se allana, verifica que su manifestación sea libre de todo apremio y debidamente asesorado por su defensa técnica.

Si no lo hace, a partir de ahí tanto Fiscalía como Defensa prosiguen sus averiguaciones para recaudar elementos materiales probatorios; recordemos que la calificación jurídica otorgada a la atribución fáctica realizada al procesado puede variar en la acusación, acto que no está integrado únicamente por el escrito sino también por la formulación oral de la misma. Mientras permanezca la descripción del comportamiento endilgado al imputado, pueden surgir circunstancias de agravación o de atenuación e incluso un concurso de delitos; el requisito es que no sobrevenga la adición de otra conducta para ese momento procesal, por la cual no fue vinculado en la formulación de la imputación.

Por esta razón, en la segunda etapa del proceso penal, la manifestación unilateral del procesado de allanarse, requiere previamente de la formulación de la acusación, misma que al tener una naturaleza compuesta, no depende exclusivamente del escrito que presenta la Fiscalía para que por reparto, le sea asignado a un Juez de conocimiento. Precisamente dicho juzgador, en un símil con la formulación de la imputación, debe presidir esa comunicación, ya definitiva, sobre la adecuación típica realizada a la conducta que permanece desde esa primera audiencia, en su núcleo fáctico, la cual nuevamente se le comunica al enjuiciado, y su calificación jurídica debe guardar en términos generales congruencia con la sentencia que de fin a esa primera instancia. Esto explica por qué no se concibió para la audiencia de formulación de acusación, una oportunidad para el allanamiento al cargo. Se tuvo en cuenta para la siguiente, es decir, la audiencia preparatoria.

El juez de conocimiento, hasta ese momento, no tiene por qué conocer con detalles la formulación de la imputación, realizada ante un Juez de control de

garantías. Y el escrito acusatorio, le otorga competencia para dirigir y presenciar ese acto, (acusación) donde la Fiscalía concretará oralmente la acción u omisión que se le atribuye y los delitos que surgen de las mismas; se sana el proceso de las irregularidades que puede tener y se vela por el debido descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física con que cuenta el ente acusador. Así, con mayores elementos de juicio, ya en la audiencia preparatoria el acusado puede decidir en una segunda oportunidad y con una menor rebaja, si acoge o no, los cargos. Es de anotar, que excepcionalmente en este caso, por la naturaleza del delito y la gravedad del mismo, no proceden las rebajas.

No hay ninguna razón para que la A-quo haya conculcado la estructura del proceso penal, pues apenas con el escrito de acusación, pretermitió la formulación oral, para darle paso al allanamiento a cargos. ¿A cuáles? ¿A los comunicados en la formulación de la imputación? Ese es el yerro, porque con el escrito, se ha demarcado el inicio de la fase del juzgamiento, pero se requiere comunicarle oralmente al procesado, en una audiencia, donde se pueden hacer, aclaraciones, modificaciones o adiciones a ese libelo, cuáles son los ilícitos por los que se le convoca a juicio, que si bien debe permanecer el núcleo fáctico con el que se inició el proceso penal, la denominación jurídica puede cambiar y se torna indispensable completar la acusación para que el procesado pueda o no ejercer ese derecho; de ahí el orden lógico, de ubicarse el legislador en la audiencia preparatoria, para permitirlo. Por lo menos, si lo iba hacer en esa primera audiencia, debió velar la juzgadora porque primero se enunciara la acusación.

La delegada de la Fiscalía, igualmente debió demandar a tiempo, el orden y la legalidad de la audiencia, pero vino a caer en cuenta, ya en la de individualización de pena y sentencia, con el argumento de que debía hacer una acusación con fines de allanamiento, figura que no obra en la legislación para esta oportunidad procesal; confunde la formalidad demandada en el caso de que la aceptación se realice en la audiencia de formulación de imputación con la acusación como tal. Como todo proceso, ordinario o abreviado, en su estructura, debe tener el paso intermedio de la acusación, tratándose del allanamiento en la primera audiencia, dicho acto “hace las veces de acusación” y la Fiscalía lo vierte en un escrito que le pasa al Juez de conocimiento que dictará la sentencia anticipada. Pero si el vinculado, decide allanarse en la fase del juicio, lo hará en relación con la “acusación”, y ésta se encuentra incompleta con la mera presentación del escrito; debe agotarse en su naturaleza compuesta, para que decida al respecto, el acusado; por consiguiente, no hay tal libelo obligatorio, mencionado por la delegada fiscal para este asunto.

Así, verificada la trasgresión del debido proceso, por un vicio de estructura, pues se incurrió en una irregularidad sustancial al suprimirse dicha etapa (la acusación); cuando la resolución de allanarse sobrevino luego de presentado el escrito, por consiguiente, es imperativo retrotraer el trámite al punto donde se desvió, para que se corrija, a través del instrumento procesal de la Nulidad, consagrado en el artículo 457, primer inciso, de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, se invalida lo actuado, a partir del momento en que la señora Juez le otorgó el uso de la palabra al procesado para que se allanara, cuando aún no se había “acusado” por la Fiscalía, pues faltaba la formulación oral para la cual habían sido convocados a dicha audiencia. La señora Jueza, deberá entonces impartir el trámite descrito en el artículo 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y sólo una vez se haya realizado la “acusación”, tal declaración unilateral de aceptar la responsabilidad penal por los cargos allí enseñados,

podrá hacerla el bien llamado en ese instante “acusado”; pese a no obtener rebaja alguna conforme ya se señalara, por la expresa prohibición del legislador tratándose de delitos sexuales con víctima menor de edad.

**Auto de segunda instancia (AC-487-13) del 3 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: anula la actuación a partir de la manifestación del allanamiento a los cargos.**

**PREACUERDOS EN CASO DE FLAGRANCIA – No supone que el procesado siempre tenga derecho a la rebaja de pena prevista en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 301, 350 y 351.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 28834 del 1 de noviembre de 2007.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Le corresponde a la Sala ocuparse de la tesis del censor en cuanto considera que en materia de Preacuerdos, en tratándose de casos en los cuales ha operado la Flagrancia para la captura del acusado, indistintamente de la negociación a la que llegue con la Fiscalía siempre tendrá derecho a la rebaja demandada por el Parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004. De ser así, no procedería la nulidad decretada por el A-quo pues los dos beneficios estarían acordes con el debido proceso.

Insólita por demás resulta la tesis del recurrente, pues tergiversa la filosofía por la cual fue reformado el instituto de los allanamientos y preacuerdos cuando el procesado haya sido capturado en flagrancia de acuerdo con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Para nada, se trató de un beneficio automático para todo aquél que fuera sorprendido y aprehendido en situaciones fácticas de las cuales surge evidente un compromiso penal; por el contrario, se restringió una de las consecuencias de la decisión unilateral de aceptar el cargo o la modalidad de negociación consistente en admitirlo a cambio de una rebaja de pena, pues entendió el legislador que a esas alturas el beneficio para la administración de justicia, no se compara, por la prueba que comporta ya el estado de flagrancia en cuanto a la responsabilidad penal, con quien eludió la aprehensión en ese instante de la ejecución del delito y más adelante decide colaborar, bien aceptando el cargo o llegando a un acuerdo de voluntades con la Fiscalía, consistente en la admisión de su culpa a cambio de una disminución punitiva.

Así, le asiste razón al A-quo cuando acude al precepto del segundo inciso del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que señala: *“También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.”* De este mandato se colige con claridad meridiana la imposibilidad de

reunir una de las dos modalidades previstas en el artículo 350 ibidem con la citada consecuencia de alegación de culpabilidad.

La Corte Suprema de Justicia, se ha referido a lo que debe entenderse sobre “hechos imputados y sus consecuencias” con el alcance permitido para las Partes de dosificar la pena y referirse al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria. Lo reiteró en sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41.570; pero de su análisis igualmente como de la literalidad de la norma y de una interpretación sistemática, itera, la imposibilidad de degradar el cargo o suprimir una circunstancia de agravación punitiva o algún cargo específico, una de las tres, con la rebaja del artículo 351 vs parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, no se requieren mayores disquisiciones para concluir, que la postura del abogado defensor constituye un mayúsculo yerro en relación con la legalidad de los preacuerdos e igualmente que razón le asistió al funcionario judicial del primer nivel para decretar la nulidad de la verificación del otrora Juez de ese despacho respecto de una negociación de tal naturaleza, contraria al principio de legalidad y por ende al debido proceso para en su lugar improbar el mismo.

**Auto de segunda instancia (AC-488-13) del 4 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.**

**HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad por la falta de cuidado y de concentración al conducir un vehículo.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Penal, artículos 32, 52, 55 y 109; Código Nacional de Tránsito, artículos 55 y 74; Ley 890 de 2014, artículo 14.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(,,,)Ciertamente, el exceso de velocidad no se encuentra plenamente comprobado, puede sostenerse en un indicio, fruto del razonamiento de la versión de la testigo de defensa, la señora MARIA NANCY REY FORERO y su sobrino RODOLFO MELO REY quienes manifestaron haber contratado a JOHN ANDRES ACOSTA ROA para que los trasladara hasta el Seguro Social en la ciudad de Palmira por el cuadro de fiebre, vómito y convulsiones que presentó en el transcurso del día el hijo menor de la señora; se dirigían entonces a ese destino y por el antecedente se puede inferir con alto nivel de acierto que no se desplazaba despacio, de ahí que tanto la primera como las testigos de visu -in factum- del siniestro mencionaran la rapidez percibida en su actividad de manejo del rodante.

Lo anterior por sí solo no puede fundamentar una violación de la regla de tránsito porque tal como lo dijo el Juez de conocimiento existe un considerable rango de subjetividad en la determinación de tal velocidad; la Fiscalía no llevó al juicio prueba técnica alguna, como seguramente además no podía hacerlo debido a la inexistencia de huellas como la de frenada. Pero este último aserto, también demostrado por el croquis y la declaración del agente de tránsito LUIS ENRIQUE BECERRA PALMA, nos lleva a detenernos en la duda sustentada por el juzgador acerca de no haber certeza de si el acusado pudo o no ver las señales que le hacían las señoras que procuraron auxiliar al hoy occiso.

Contrario a su disertación, esta colegiatura encuentra obvio, que el señor ACOSTA ROA no vio a la señora LINA MARIA SALAZAR DIAZ y a su prima cuando intentaban enterarlo a través del movimiento de sus manos de la presencia del señor URIEL DE JESUS OCAMPO OSORIO en la carretera, cerca de la línea divisoria que demarca los dos carriles. A contrario sensu, no estaría en discusión la Culpa sino el Dolo; pues de haber divisado a las dos señoras y no obstante haber continuado la marcha, por lo menos hablaríamos del segundo en la modalidad de Eventual, pues habría dejado librado al azar cualquier resultado lesivo contra la humanidad de un tercero.

Pero en este punto, está la divergencia con el análisis del sentenciador de la primera instancia. Si el señor JOHN ANDRES ACOSTA ROA conducía con las luces prendidas, aspecto incontrovertible en este proceso, en una vía recta, a eso de las 6:45 pm, con tiempo seco, y a la velocidad permitida, tendría que haber divisado a las testigos y no lo hizo. Sin lugar a ninguna hesitación, sino se tiene por demostrado un exceso de velocidad en la conducción del automóvil, si es contundente que hubo “desatención” de su parte en la actividad de riesgo propia del manejo del mismo, si la enfermedad del menor a quien trasladaba junto con su madre y el sobrino de aquella, al Seguro Social, no lo llevó a exceder los límites de la velocidad permitida de 80 kms por hora, sí dio lugar a que por lo menos en ese instante estuviera desapercibido de otros riesgos como el presentado.

Si nos representamos la situación, de conducir un carro por una vía recta, a la velocidad de 80 kilómetros por hora, sin llovizna, con las luces encendidas, indiscutiblemente en una distancia cercana a las tres personas, se habría enterado de la presencia en la vía por lo menos de las señoras pero no lo hizo; las luces del rodante habrían permitido divisar en cierta forma el obstáculo para que a última hora existieran vestigios de la acción del freno o de la actividad dirigida a eludir el mismo. Pero ni lo uno ni lo otro se evidenció por parte del acusado; simplemente pasó por encima de la víctima con tal fuerza que lo envió al carril contrario; es decir que al pasar por alto las señales enviadas por las testigos presenciales y al mismo ofendido que yacía con su motocicleta sobre el pavimento, la conclusión a la que llega la colegiatura es que fue el procesado quien elevó el riesgo al conducir, sin la atención debida, misma que tiene nexos de determinación con la tragedia, génesis de este proceso penal.

La hipótesis proveniente de las declaraciones de los pasajeros del taxi, MARIA NANCY REY FORERO y RODOLFO MELO REY, acerca de que todo el tiempo pasaban vehículos por el carril contrario con las luces altas que los encandilaban, de ser así, denota precisamente la falta de cuidado del conductor al no mermar la velocidad frente a tal evento; el cual además no fue concretado para el instante mismo del accidente, se limitaron a señalar que se referían a algunos rodantes los que llevaban las luces altas pero sin precisar que esa fue la razón por la cual no vieron al hoy occiso ni a quienes procuraban ayudarlo.

En consecuencia, no existe esa duda insalvable que vele la verdad fáctica para derivar de ahí el compromiso penal o la inocencia del acusado. Es un hecho cierto que JOHN ANDRES ACOSTA ROA no vio ni a la víctima ni a las damas ahí presentes, pero la razón para no hacerlo, recae en una falta de atención en ese instante cuando iba al volante. Tres personas adelante, en frente de él, una en el suelo con un automotor además, se vuelven invisibles ante sus ojos, ¿por qué motivo? Si lo encandiló otro vehículo, estaba obligado a mermar la velocidad al máximo, a buscar la orilla; recordemos que el sujeto pasivo estaba más cerca de

la línea media de la calzada y nada de esto hizo, tal como quedó relieveado. Por eso si no fue un exceso de velocidad, al cual se llega por inferencia razonable, fue la falta de cuidado, de concentración en la ejecución de esa actividad riesgosa, pero en todo caso, fue él quien desatendió el deber de cuidado, el cual generó el resultado lesivo contra la vida del señor OCAMPO OSORIO.

Por lo tanto, tiene razón el señor Fiscal delegado cuando asegura que está demostrada la trasgresión a los artículos 55 y 74 del Código Nacional de Tránsito. El primero por cuanto infringió el deber de conducir en forma de no poner en riesgo a los demás y lo segundo porque está visto por la entidad del impacto, la ausencia de huella de frenada, la falta de percepción de las señoras que auxiliaban al ofendido, que excedió la velocidad permitida de 30 kilómetros por hora, si fue que algún factor como las luces de un carro en sentido contrario lo encegucieron, evento en el que estaba obligado a reducir la velocidad a ese tope, según la última norma citada.

En esa línea, el resultado típico fue producto *de la infracción al deber objetivo de cuidado* cuyo aspecto subjetivo está dado en la *previsibilidad* de tal situación, porque para todo conductor es previsible que una persona puede atravesarse una vía, máxime si cerca se encuentra un vehículo estacionado. En el caso sub lite, el otro rodante se encontraba varado, el divisarlo daba lugar igualmente a mermar la velocidad y concentrar la atención al frente pues se podía representar que alguien saliera de la parte de adelante del carro para cruzar la vía, o estuviera solicitando ayuda como efectivamente ocurrió al punto que de no abandonar a la víctima en el sitio donde yacía y hacerse a un lado al percatarse del caso omiso de sus señales, en lugar de uno habrían sido tres los ofendidos en su vida o su integridad personal.

Considerarlo en forma contraria, sería autorizar a los conductores a llevarse por delante, o arrollar a toda persona que se les ponga de frente para advertirles algún peligro o solicitar su desvío o que se detengan como ocurrió en este asunto, donde la distancia se infiere prudente para una maniobra en ese entendido, pues la testigo LINA MARIA SALAZAR DIAZ refiere como en esa vía recta, acuden hasta donde cayó el motociclista, quien le pidió ayuda para levantarse y dice: "...yo voy y lo hago para darle la mano y quitarle la moto, en eso me percato y miro hacia donde está el carro de nosotros y veo que viene un taxi, un carro, mi prima comienza en ese momento a hacerle señas al carro que pare, igualmente yo hago lo mismo para que pare, porque el señor está ahí tirado, cuando el taxi venía rápido, ...yo al ver que el carro no paraba yo lo único que hice fue tirarme hacia el pasto junto con mi prima, cuando vi fue un estrellón, ...se oyó el golpe muy fuerte...ya después alzo la mirada y miro, ya el carro y el cuerpo del señor muchos metros allá..."

Igualmente, lo señala la testigo YAMILET SALAZAR DIAZ, quien además estaba detrás del carro varado empujándolo, cuando vio que su hermana y su prima que también lo hacían, la abandonaron para ir a auxiliar a un señor que se había caído en la motocicleta, después de haberlos sobrepasado, no de otra forma se explica que el conductor ALEXANDER JIMENEZ FAJARDO quien estaba en el timón, pudo observar también lo sucedido. Afirma la deponente, que se asomó a donde ellas estaban y vio cuando le hacían señas al vehículo que se aproximaba a -alta velocidad- para que parara, quien no lo hizo, con el funesto resultado conocido.

Lo anterior, indica que JOHN ANDRES ACOSTA ROA tuvo oportunidad de observar a las declarantes en la vía, y de maniobrar para tratar de evitar el

impacto, pero si no las vio y menos al hoy occiso, no por esa razón deja de ser previsible la situación bajo la descripción realizada por ellas, pues dos personas tuvieron tiempo para acercarse al motociclista después de la caída y hacerle señas al procesado para enterarlo del evento; sin embargo aquél pese a tratarse de una vía recta, de un tiempo seco y de contar con las luces del rodante, solo atinó a pasar por encima sin darse cuenta ex ante de la presencia de ninguno de ellos en el sitio, situación que sólo da lugar a derivar con certeza que maniobraba el automotor sin la debida atención, omisión que se concretó en la lesión a la vida del señor Uriel de Jesús Ocampo Osorio, resultado atribuible entonces al vinculado a título de culpa. Y como no le asisten causales que lo eximan de responsabilidad penal de las descritas en el artículo 32 del Código Penal, la Sala procederá a revocar la sentencia absolutoria para en su lugar condenarlo por el cargo de Homicidio Culposo.

**Sentencia de segunda instancia (AC-464-13) del 9 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.**

**EXTORSIÓN – No existe tal comportamiento cuando no media coerción sobre la víctima, sino la gratificación ofrecida por esta para recuperar sus documentos extraviados.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 28 y 29; Ley 906 de 2004, artículo 334, numeral tercero.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Por su parte el delito que se le imputó a la adolescente D.D.G., es el de extorsión cuya conducta consiste en: constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero.

Así que es preciso, evaluar los hechos jurídicamente relevante de cara a determinar si los mismos se subsumen en el dispositivo penal mencionado, dado que, se aprecia además, la vulneración del principio y derecho fundamental de la legalidad de los delitos y de las penas.

De los elementos materiales de prueba allegadas a la actuación, se extracta lo siguiente:

- i) La presunta víctima el señor Diego Wilson Peralta Monar se dirigió a la discoteca denominada “Punto Aparte” de propiedad del tío de la adolescente D.D.G., donde ésta aquella noche se halló laborando, ingirió licor (tres a cinco) cervezas y en ese espacio, tiempo y circunstancias no esclarecidas, extravió sus documentos personales.
- ii) De lo sucedido aquella noche, no se infiere explícita ni implícitamente, algún comportamiento de la adolescente D.D.G., con ribetes de hechos penalmente relevantes; en otras palabras, no se aprecia ningún comportamiento activo u omisivo de la adolescente encaminado o dirigido a la realización del reato que se le imputó.
- iii) Así que, la primera conclusión a la cual racionalmente se llega es, a la ausencia de conducta de la niña D.D.G., encaminada a propiciar, realizar, actuar, omitir o en fin participar de alguna manera en el extravío de los documentos personales del quejoso.

- iv) Ahora bien, una vez, extraviados los documentos, sin conocerse las circunstancias de tal pérdida, el quejoso con el indeclinable propósito de recuperarlos, colocó “...una cuña de radio, de la pérdida de los documentos en la Voz de los Robles...”. Según la ampliación de denuncia “ofreciendo gratificación y esperé ocho días...”.
- v) Por consiguiente, desde la versión del propio quejoso, fue él quien inicialmente ofreció una recompensa dineraria al público en general a través de una emisora que sería cancelada a la persona que le restituyese sus documentos extraviados.
- vi) En ese discurrir de los sucesos, al parecer la (s) persona (s) que hallaron los documentos atendieron su llamado de recompensa por su entrega, tal como paladinamente lo ofreció la presunta víctima.
- vii) Desde la propia versión del quejoso se aprecia al rompe que la reclamación del pago, por la entrega de los documentos extraviados, obedeció en principio, al ofrecimiento dinerario que realizara el quejoso, al público en general; por lo tanto, es desatinado sostener que la solicitud del dinero tuviese origen en la actividad criminal de la adolescente D.D.G., u otras personas, se observa que fue el ejercicio de su libre albedrío al decidirse a realizar tal propuesta al público.
- viii) Cuestión diversa es que una vez los tenedores de los documentos le informaron de su hallazgo, el quejoso se retractara de cumplir con la palabra empeñada, con el compromiso asumido públicamente y, decidiera en cambio no cancelarles a quienes encontraron tales documentos.
- ix) En ese orden de ideas, se desvertebra la teoría de la exigencia indebida de dinero por parte de la adolescente D.D.G., y al parecer otras personas.
- x) Asimismo, respecto de otros elementos de la naturaleza y estructura del delito de extorsión como lo son el constreñimiento, se le preguntó: “manifieste al despacho si en algún momento se sintió constreñido, Contestó: NO, preguntado.- ¿Si usted no se sintió constreñido por la adolescente, qué lo motivó hacer la denuncia? Contestó: “que no era ella la que tenía los documentos, sino los tres amigos, entonces, por medio de ella podían a los otros”.
- xi) De gravedad suma que la presunta víctima le formulase una denuncia penal por hechos tan graves a la niña, con el baladí argumento que así se lograría dar con el paradero de las personas que tenían sus documentos.
- xii) En definitiva, al no subsumirse el comportamiento de la adolescente DDG, en dispositivo penal alguno del estatuto represor y ante la imposibilidad absoluta de eliminar las dudas existentes se impone la preclusión de la acción penal.
- xiii) Máxime, que la niña es amiga del quejoso y nunca ocultó su individualidad e identidad, para la realización del presunto delito, lo cual va en contravía de las reglas de la experiencia que enseñan como los autores o partícipes de este reato occultan siempre su identidad para garantizarse la impunidad del delito.
- xiv) Finalmente, se trata de una niña, de familia humilde, excelente estudiante y de conducta irreprochable; que por cierto, según informó ella y el propio quejoso implícitamente lo admite, la venía asediando con el objeto de obtener prestaciones sexuales,- según dijo ella -, comportamiento que al parecer ya realizó con otra niña y, que de todas maneras tal conducta no se atempera al correcto obrar con una niña, dado que hace tres meses la viene trasportando en su motocicleta a la niña al colegio según él y ella lo confirmó; pero, bajo la condición de requerimientos de tipo erótico - sexual, lo cual deberá averiguar el ente acusador.

En conclusión, desde las versiones bajo la gravedad del juramento que rindiera el quejoso emerge diamantina la inexistencia del hecho investigado o en su defecto la atipicidad del comportamiento de la niña D.D.G., toda vez que, la conducta que se le atribuyó no existió, jamás medió exigencia dineraria diferente

a la promesa realizada por el quejoso, definitivamente, descartó que hubiere sido constreñido por la niña, no se aprecia ninguna conducta desplegada por ella que tuviere la virtualidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal. Por consiguiente, constituye un imperativo ético y jurídico revocar la decisión del a quo y en su lugar disponer la condigna preclusión de la acción penal en las presentes diligencias.

Auto de segunda instancia (2013-00198-01) del 12 de diciembre de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el auto apelado.

**VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN POR EL CAMBIO DE JUEZ-** Es necesario demostrar el daño grave y sustancial derivado de tal circunstancia y la afectación potencial de la valoración de las pruebas que se practicaron bajo la disciplina del anterior.

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 29 y 250; Ley 906 de 2004, artículo 454.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencias C-591 de 2005, C-059 de 2010 y C-250 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 38512 del 12 de diciembre de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Conforme a la tesis propugnada por el recurrente, se trata de establecer si en el presente asunto, la Corporación opta por apartarse de la última postura de la Corte Suprema de Justicia en materia del respeto del principio de Inmediación y prefiere la línea de pensamiento anterior que daría lugar a decretar la nulidad para que se repita la prueba practicada por el titular anterior del Juzgado del primer nivel.

A nivel de la dogmática procesal los argumentos del señor defensor merecen todo el respeto, en cuanto comulgan con la posición anterior de la honorable Corte Suprema de Justicia en relación con el alcance del último inciso del artículo 454 de la Ley 906 de 2004 que gobierna la ritualidad de este proceso, cuando demanda:

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

El principio de inmediación es uno de los pilares del sistema procesal penal acusatorio, unido al principio de oralidad, y a la concentración de la prueba cuya práctica por regla general, debe llevarse a cabo en la audiencia del juzgamiento, que marca una diferencia basilar con el sistema procesal mixto, donde existía el fenómeno de la permanencia de la prueba en cuanto era inexigible la repetición ante el director de la causa, de la ya practicada por la Fiscalía en la fase de investigación, e incluso en una etapa preliminar, sin ningún ejercicio de

contradicción, misma susceptible de legítima valoración por el sentenciador en el estudio probatorio sobre la responsabilidad penal del acusado.

La regla general en el nuevo procedimiento es que el Juez que dicta sentencia, dirija, presencie y tenga contacto directo con la prueba al instante de su práctica, en la cual, tiene la contradicción como obligada facultad de la contraparte, para conseguir una determinada apreciación por parte del juzgador.

Dicho principio, constituye una garantía para la aplicación de la justicia material, pues el Juez de conocimiento, tiene la oportunidad además de escuchar al testigo, de leer o captar su lenguaje gestual derivado del llamado “comportamiento en la silla”, de realizarle preguntas aclaratorias y así, de tener mayores elementos de juicio al momento de evaluar la credibilidad de sus afirmaciones, y decidir el fin del proceso penal frente a los derechos enfrentados, tanto del acusado como de las víctimas; es decir de tener un conocimiento integral sobre la verdad fáctica que se intenta reconstruir de acuerdo con los intereses de las teorías del caso para optar por una de ellas, en su sentencia.

Por tanto, no es una garantía absoluta para el acusado, en algunos eventos podría convenirle la falta de intermediación por el juez con alguno de los testimonios allí practicados; por ejemplo, por el carisma del testigo de cargo que transmite honestidad a través de su expresión corporal; o por la falta de habilidad del delegado del ente acusador para concretar ciertos aspectos nucleares que guardan relación con uno de los presupuestos de la teoría del delito y que originan o permiten sustentarle una duda al nuevo juzgador quien no tuvo la oportunidad de dilucidar algunos aspectos, inadvertidos por el anterior.

Por ello, en tratándose de garantías predicadas para el acusado, al momento de postular la nulidad de parte de la actuación procesal, el abogado defensor está obligado a sustentar la trascendencia en el caso concreto, es decir, el daño grave, sustancial, acaecido del hecho del cambio del juzgador y la afectación potencial de la valoración de las pruebas que se practicaron bajo la disciplina del anterior; nada de esto dijo el recurrente. Se limitó a señalar de manera vaga y general en contra del aserto del señor Juez de tratarse de testigos a través de quienes se había introducido prueba técnica y prueba documental de fácil acceso pese a no haber presenciado las declaraciones, -que también habían hecho juicios de responsabilidad penal en contra de sus patrocinados-. En qué consistieron? No lo dijo, ni siquiera los individualizó; en tal sentido pareciera pretender privilegiar la forma; la nulidad como si se tratara de un vicio de estructura en el proceso penal y no de una exención ausente, cuyos efectos dependen del caso en concreto.

(...)Lo anterior, para señalarle al Censor que el principio de intermediación, en verdad no es absoluto; que en el caso objeto de estudio, dejó de atacar la importancia otorgada por el A-quo, al evento de tratarse de un juicio, donde falta por practicar gran parte de la prueba testimonial decretada a la Fiscalía y por supuesto toda, la de la Defensa, sindéresis con la que le restó importancia a su ausencia en esas declaraciones, para negar la nulidad. Estaba el juzgador ponderando las consecuencias de tal conculcación en este específico proceso, propia de la relativización de esta garantía.

Por lo tanto, inane resulta emprender un análisis para desatender si es posible, el cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el pronunciamiento de marras, (12-12-2012, rad. 38.512) donde morigeró al máximo,

la forma de resolver las vulneraciones al principio de inmediación; de una u otra forma, siempre atendió el criterio de trascendencia en cada asunto; de ahí que llegara a considerar impropia la nulidad cuando quien había presidido la práctica de la prueba había alcanzado a anunciar el sentido del fallo y el nuevo juez desarrollaba el mismo en su sentencia; o cuando la prueba no inmediata tampoco fincaba la motivación de la sentencia por parte del nuevo titular del despacho judicial.

Por consiguiente, quedarnos en el campo de la retórica, cuando para el recurrente pasó inadvertida la obligación de sustentar la trascendencia a la conculcación del principio de inmediación, es afectar el pragmatismo de la solución del caso concreto y aquí no se evidencia cuál puede ser el motivo en términos de –afectación relevante- para anular la prueba practicada por la anterior Jueza Segunda Penal del Circuito Especializada, que lleve a la colegiatura a considerar como un yerro, el fundamento de la decisión que se revisa, al punto de desautorizar al nuevo funcionario judicial en la denegatoria de la nulidad perseguida por la Defensa.

Por las razones anteriores, la Sala confirmará el auto interlocutorio impugnado.

**Auto de segunda instancia (AC-492-13) del 12 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.**

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS – Reglas sobre la valoración psicológica de los menores.**

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 32863 del 3 de febrero de 2010, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz; Tribunal Superior de Buga, decisión AC-209 del 24 de enero de 2012, con ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo con los argumentos de la recurrente, debe la Sala revisar si la prueba pericial basada en la entrevista de la víctima, confrontado con la prueba de la Defensa, da lugar a considerar una duda insuperable acerca del hecho y/o de su autoría, que desvirtúe la conclusión del juzgador del primer nivel, para en su lugar, absolver al procesado.

Sea lo primero establecer, que la duda con la entidad para conseguir la absolución del acusado, debe ser aquella que no permita su resolución a través de la racionalidad, pues en la mayoría de los procesos penales, imposible resulta conseguir testigos directos, presenciales *in factum*, del acontecimiento típico. Por ello, el análisis, la crítica de los diferentes medios de conocimiento, primero en forma individual y luego en conjunto, deberá procurar una labor de convergencia a través de las cuales se llega a conclusiones sobre lo ocurrido, y de contera respecto de la responsabilidad penal del acusado.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien es cierto la progenitora de la menor ha podido estar resentida con el acusado por la ruptura de su relación amorosa, también lo es que la regla de la experiencia no es absoluta para considerar que por este motivo prefiere involucrar a su hija en una situación de

tal naturaleza y exponerla a entrevistas psicológicas, donde un experto podría dejar en evidencia su manipulación para lograr una atribución falsa de una conducta sexual en contra de su libertad y formación, al punto que habría consecuencias penales en su contra.

Empero, nótese como a pesar de la obsesión por la cual considera la recurrente, la madre determinó una mentira tan grave de parte de la menor, aquélla no se presentó al juicio oral a declarar contra el procesado, cuando igualmente podría estimarse que quien tiene la perversión para manipular a su propia descendiente y someterla a exámenes físicos sexológicos y entrevistas dentro de un entorno judicial, fácilmente acude a un estrado a sostener circunstancias, para probar por ejemplo, la oportunidad para la ejecución del delito por parte del enjuiciado y no lo hizo.

Pero lo anterior, igual queda en el campo de la elucubración, como varios de los asertos de la Defensa, cuando le da posibles significados distintos al otorgado por el señor Juez al gesto de la menor de taparse el rostro cuando la sicóloga pretendió dibujar al procesado. Importa en este asunto es la pericia psicológica, que no fue atacada por la disidente en forma razonable de acuerdo con el método de la sana crítica, a través del razonamiento lógico ni usando otros medios de conocimiento practicados a su solicitud en el juicio oral con el fin de debilitar la experticia o disuadir al juzgador en relación con su valor probatorio.

Las explicaciones dadas por la profesional de la psicología, para creer en el testimonio de la menor como una verdad narrada en forma espontánea, tiene asidero en argumentos que se pueden constatar a través del audio contentivo de la entrevista realizada a la víctima. Se tienen por ejemplo, las descripciones sensoriales realizadas por la infante cuando denota las uñas largas del acusado y a nivel de símil dibuja en su brazo la manera como el enjuiciado manipulaba su órgano genital con las mismas, de tal modo, que muchas veces quedaba con sensibilidad en esa región anatómica de su cuerpo al realizar una necesidad fisiológica.

Igualmente, narra detalles tangenciales en la misma entrevista cuando aporta que el procesado se cobijaba con ella para hacerla objeto de tales actos sexuales y el modo como reaccionaba para decirle desde su condición de mayor vulnerabilidad para sin violencia hacerle comprender que sabía estaba siendo violentada en su formación sexual.

La evocación de tantos detalles unidos a su espontaneidad para describirlos, supera la crítica realizada por la recurrente acerca de aspectos aislados que terminan siendo nimios cuando desde todo el contexto, es improbable que una niña con tan corta edad pueda recrear una mentira ante un extraño con tantas acotaciones circunstanciales de la conducta típica.

Relacionado con el testimonio de la menor víctima de un delito sexual y de la ausencia de cambios en su comportamiento significativos de la existencia de una agresión de esta índole, aspecto al cual se refiere la disidente para disuadir de su credibilidad, nos permitimos citar apartes de una decisión anterior, sobre este mismo tópico para insistir en:

“La psicología es una disciplina experimental y como tal tiende a establecer diversas concepciones por ello no podemos cerrar la brecha a determinada postura si existen otras que divergen sobre el mismo asunto.

Los psicólogos han denominado a ciertas reacciones de estas víctimas como los efectos latentes del abuso sexual infantil. Es atinente tener en cuenta los estudios realizados entre otros por la doctora NOEMÍ PEREDA BELTRÁN de la Universidad de Barcelona:

*“Los trabajos publicados al respecto demuestran la no existencia de un patrón de síntomas único, así como la presencia de una extensa variedad de síntomas en estas víctimas e incluso la ausencia total de síntomas en algunas de ellas, impidiendo establecer un síndrome que defina y englobe los problemas emocionales, cognitivos y sociales que se relacionan con la experiencia de abuso sexual (Kendall-Tackett, Meyer y Finkelhor, 1993).*

*Son diversos los autores que constatan la existencia de víctimas asintomáticas, estableciéndose que entre un 20% y un 30% de las víctimas de abuso sexual infantil permanecerían estables emocionalmente tras esta experiencia (López, 1994)*

*Sin embargo, estas víctimas podrían llegar a presentar problemas posteriormente, configurando los llamados efectos latentes del abuso sexual infantil (Kendall-Tackett, 1993)”*

En efecto, tratándose de delitos donde las víctimas son los niños, el papel de las autoridades judiciales cobra especial importancia en defensa del interés superior del menor pues así lo exige el ordenamiento jurídico colombiano el cual otorga protección especialísima a la niñez y la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 en la cual se contemplan derechos que por mandato expreso del artículo 44 de la Carta están incorporados al orden constitucional vigente, donde se conceptúa el interés superior del menor como un principio fundamental, que debe ser observado y acatado por las autoridades al momento de tomar decisiones que involucre a menores.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.

Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus investigaciones lo siguiente:

*“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es*

*importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información”*

Uno de los aportes más importantes de los últimos años de la psicología forense al derecho penal es sin duda alguna los análisis frente a las versiones de los menores y se han desarrollado unos criterios muy especiales para valorar su credibilidad, elementos que han dado mucho más confiabilidad, que las simples suposiciones como las expresadas en este caso y que más adelante mencionaremos.

Es así como los estudios de Steller y Koehnken (1994), empezaron a determinar una serie de criterios que son traídos y adaptados en España por Masip J., y Garrido E., (2001) en el Anuario de Psicología Jurídica, páginas 93-131.

A la vez en nuestro medio estos elementos son tenidos en cuenta por las psicólogas Luz Alejandra Clavijo y Ángela Tapias

Dentro de los criterios establecidos están la estructura lógica, cantidad de detalles relevantes, descripción de interacciones, complicaciones inesperadas, detalles superfluos, admisión o falta de memoria, asociaciones externas relacionadas, relatos del estado mental subjetivo, perdón al autor del delito, incompreensión de detalles resaltados con precisión, atribuciones del estado mental del autor del delito, elaboración inestructurada, engranaje contextual, reproducciones de conversaciones, detalles característicos, auto desaprobaación, correcciones espontáneas y duda del propio testimonio”.

Descendiendo al caso en concreto, el hecho que desde la observación de quienes ostentan la autoridad escolar, la menor víctima continúe con el mismo comportamiento sin cambios que den lugar a inferir un daño psicológico por la conducta atribuida al procesado, no da lugar a desvirtuar su testimonio, pues conforme a las predicaciones anteriores, la ausencia de tales patrones es posible en algunos sujetos pasivos; máxime si como en este caso se quedó en el campo de los actos sexuales. Con todo, no obstante, la perito dio cuenta desde su conocimiento de la sintomatología posterior de dicha afectación, que ha requerido su asistencia profesional, pese a no ser conocida en su detalle porque se impidió el ingreso de dicho informe, al juicio.

El peritazgo practicado en este asunto, se vale precisamente de las reglas mencionadas en la doctrina atrás citada, como la coherencia del relato de la menor, los efectos sensoriales que puede evocar ya también destacados en este estudio, los estadios fácticos intrascendentes pero denotativos de la manera como registró el suceso como que sucedía en su cama y el encausado usaba su misma cobija, sus palabras para disuadir al agresor y la manera de tomar distancia con él después de delatarlo, cuando le dice a la profesional que se refiera al mismo como “Don Jairo”.

Desde esa óptica de la percepción directa de la menor como víctima del comportamiento realizado por el acusado, de las características de su relato, mismas que son el fundamento de la pericia psicológica que a su vez soporta el fallo de condena, esta colegiatura considera que debe confirmarse la sentencia

condenatoria en contra del acusado, pues la ofendida aporta abundantes datos que descartan un falso testimonio por determinación de su progenitora, hipótesis presentada por la Defensa por medio de la cual no logra configurar una duda de la entidad requerida para la aplicación del principio del in dubio pro reo.

**Sentencia de segunda instancia (AC-277-13) del 24 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - El imputado o acusado, independientemente de su condición de abogado, no tienen la facultad de ejercer su propia defensa.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 de 2004, artículos 118 y 344.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia C-210 de 2007.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico radica en determinar si i) se reúnen los requisitos de PROCEDENCIA de la acción de tutela contra providencias judiciales y de ser así ii) establecer si los Jueces Cuarto Penal Municipal, Tercero Penal del Circuito de Cartago y la Fiscalía Diecisiete Local de la misma ciudad, están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del señor Leonardo Rodríguez Barco, A) por haberse decretado la nulidad de la audiencia preparatoria, en la que al ser profesional del derecho, ejerció su propia defensa y B) no excluirse unos elementos materiales probatorios solicitados por el ente acusador, en su sentir ilícitos e ilegales.

Descendiendo al caso concreto se tiene que la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Leonardo Augusto Barco Rodríguez, está dirigida a cuestionar la actuación de los Jueces Cuarto Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de Cartago y la Fiscalía Diecisiete Local de la misma ciudad, dentro del proceso penal seguido en su contra por la conducta punible de lesiones personales dolosas, en el que según él, debería permitirse ejercer su propia defensa, teniendo en cuenta que es abogado titulado, que carece de recursos económicos que le permitan pagar uno de confianza y que un defensor público no tendría el tiempo suficiente para preparar una estrategia defensiva.

Asimismo, pretende que se excluyan por ilícitas e ilegales el CD contentivo de una grabación realizada el 3 de enero de 2011 al interior de su domicilio, por carecer de control de legalidad, ni autorización de autoridad competente para ingresar a su residencia, la historia clínica expedida por el Hospital Departamental de Cartago, ya que no tiene firma ni sello del médico tratante, desconociéndose quien lo elaboró y a través de quien se introducirá al juicio oral y la certificación del Otorrino adiada el 23 de enero de 2012, argumentando que no tiene soportes o radiografías que demuestren la deformidad física y la perturbación funcional al parecer padecida por la víctima.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que se cumple con el primer requisito de procedencia, como quiera que las cuestiones que se discuten tienen

relevancia constitucional, en el entendido que para el actor, las determinaciones de los accionados, vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa.

Respecto del segundo requisito de procedencia, que tiene que ver con se agoten todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, considera la Sala que no se cumple, ya que el asunto seguido contra el señor Barco Rodríguez aún está en trámite, teniendo la oportunidad de elevar las solicitudes que considere pertinentes en relación con la designación del profesional del derecho, a través del cual ejercerá su defensa, como quiera que la decisión del Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, la que está revestida de legalidad, debe ser cumplida, por no advertirse contraria a derecho ni vulneradora de las garantías fundamentales del precitado.

Véase, que el artículo 118 de la Ley 906 de 2004 establece que: *‘La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.’*, sin que el legislador hubiese autorizado al imputado o acusado para ejercer su propia defensa, independientemente de que sea profesional del derecho, situación que en palabras de la Corte Constitucional no va en contra de la Constitución Política, por las siguientes razones:

*“El primero, porque la norma se refiere a la defensa técnica y no a la defensa material del imputado, lo que muestra que lejos de afectar el derecho de defensa del investigado lo desarrolla. En efecto, tal y como lo precisó esta Corporación en anterior oportunidad, “la doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado mismo, y la defensa técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo.- La segunda modalidad busca una defensa especializada idónea y plena del sindicado, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional”*

*Además, la diferencia entre la defensa material y técnica del imputado aparece en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004, al disponer que “el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquélla”. Luego, es evidente que la nueva reglamentación penal no impide la propia defensa del imputado y, por consiguiente, los efectos que el demandante da a la norma acusada no son acertados.*

*20. El segundo, porque en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa para establecer las reglas del proceso penal, el legislador tiene la autorización para valorar la oportunidad y conveniencia de la exclusión de la defensa técnica propia, pues es absolutamente razonable que, después de la valoración práctica del tema, encuentre que el sindicado que ejerce su propia defensa no esté en las mismas condiciones que los demás investigados, ni en la situación más adecuada e idónea para ejercer su propia defensa, entendidas éstas no como condiciones intelectuales sino logísticas para ello.*

*(...)*

*21. El tercero, porque la regla general en el actual constitucionalismo colombiano es la garantía de la defensa técnica para el investigado en el proceso penal, de ahí que las medidas legislativas dirigidas a efectivizar dicha garantía no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan. En efecto, el artículo 29 de la Constitución es claro en señalar que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”, por lo que exige que el investigado en un proceso penal, por regla general, cuente con la defensa de un profesional avalado por el Estado para ejercer el derecho y que tenga a su alcance todos los recursos físicos y jurídicos para acceder a una adecuada defensa...”*

De acuerdo con lo anterior, la decisión adoptada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, en relación con la posibilidad de que el accionante ejerciera o no su propia defensa, fue acertada y en nada vulneró las garantías fundamentales que como acusado le asisten, ya que de ninguna manera se limitó el derecho a ejercer su defensa material, el cual puede hacer valer en desarrollo de todas las actuaciones desarrolladas dentro del proceso penal seguido en su contra, de manera mancomunada con su defensor de confianza o el designado por la Defensoría del Pueblo.

De igual manera, el actor puede reiterar la solicitud de exclusión de los elementos materiales probatorios de la fiscalía, los que en desarrollo del juicio puede desvirtuar a través del contrainterrogatorio o hacer ver esa supuesta ilicitud manifestada en la demanda de tutela y de hallar nuevos medios de prueba no conocidos al momento de la audiencia preparatoria, puede pedir su admisión en el juicio oral, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Para la Sala no es posible ni necesaria la intervención del juez constitucional, ya que el señor Leonardo Augusto Barco Rodríguez debe agotar todos los mecanismos con los que cuenta al interior del proceso, en lugar de acudir a éste mecanismo de protección que se caracteriza por ser residual y subsidiario.

Es pertinente resaltar que la acción de tutela no es una instancia adicional, ni puede ser considerada como un instrumento paralelo o alternativo que suplante los procedimientos ordinarios, pues de lo contrario se desconocería la independencia de la actividad judicial, el principio de juez natural y las formas propias del juicio.

No se puede dejar de lado, que lo que tiene que ver con la exclusión de elementos materiales probatorios por ilícitos, se puede debatir no solo en la preparatoria, sino que la parte puede oponerse a su introducción en el juicio, demostrando la afectación de garantías fundamentales.

En consecuencia, la Sala negará por improcedente el amparo solicitado, pues no se puede pasar por alto el carácter subsidiario de la acción de tutela, lo que impide que pueda ser utilizada para reemplazar los procedimientos que han sido señalados en la ley, además, que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera necesaria y urgente la intervención del juez constitucional.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2014-00003-01) del 28 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara la improcedencia de la tutela reclamada.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La redosificación de la pena debe solicitarse por medio de la acción de revisión y no ante el juez de ejecución de penas.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 906 De 2004, artículo 192; Ley 600 de 2000, artículo 220.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Los problemas jurídicos planteados radican en determinar si i) se reúnen los requisitos de PROCEDENCIA de la acción de tutela contra providencias judiciales y de ser así ii) si el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso del señor Reinel Gil Parra, al revocar el auto a través del cual había redosificado la pena impuesta, con fundamento en un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, no tiene competencia para modificar las sentencias.

En cuanto al primer requisito de procedencia, esto es, que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, observa la Sala que se cumple, pues se alega la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso, al haberse revocado el auto a través del cual se redosificó la pena impuesta al señor Reinel Gil Parra, a pesar que ya se había declarado pena cumplida y se le había concedido la libertad.

El requisito de la inmediatez, se encuentra satisfecho, puesto que el auto a través del cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, revocó el auto interlocutorio No. 422 del 19 de abril de 2013, data del 18 de septiembre del mismo año, en tanto que, la acción de tutela se interpuso el 26 de noviembre siguiente, esto es, dos meses después.

Ahora bien, en lo atinente al agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa dentro de la actuación demandada, se observa que el accionante cuenta con otro medio para solicitar la redosificación de la pena impuesta en su contra, como lo es la acción de revisión, conforme a lo señalado en los artículos 220 y 192 de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, respectivamente.

Según el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, *“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)”*

Precepto del que se extracta que la acción de tutela resulta improcedente cuando el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, como

sucede en el presente asunto en el que el señor Reinel Gil Parra, bien puede solicitar la redosificación de la pena impuesta, a través de la interposición de una acción de revisión, en la que puede solicitar que se proceda conforme al nuevo criterio jurídico planteado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la aplicación de los incrementos punitivos contemplados en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, ya que el juez de ejecución de penas carece de competencia para ello.

La Sala no puede desconocer que el asunto ya fue resuelto y los argumentos expuestos en la decisión atacada se basaron en un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el juez de ejecución de penas no tiene competencia para redosificar la pena, ya que ello modificaría la sentencia, debiendo acudir a la acción de revisión, situación que obligaba al funcionario accionado a dejar sin efectos las decisiones en las que redosificó la sanción y declaró la pena cumplida, ya que estaban viciadas, al igual que sus efectos.

En el caso que nos ocupa era procedente que el a quo revocara de oficio lo resuelto en el auto interlocutorio 422 del 19 de abril de 2013, toda vez que desde su emisión se cometió el error de redosificar la sanción impuesta, declarar pena cumplida y conceder la libertad al señor Reinel Gil Parra, careciendo de competencia para ello.

Procedía en este caso la revocatoria de la decisión atrás aludida, toda vez que el error cometido era ostensible y ante la imposibilidad de redosificar la pena impuesta por carecer de competencia, se tornaba procedente revocarlas.

De otro lado, la acción de tutela no puede ser utilizada para revivir los términos que el accionante dejó vencer, al no interponer los recursos ordinarios que procedían contra la decisión adoptada el 18 de septiembre de 2013, omisión que demuestra que estuvo conforme con la misma, sin que ahora pueda pretender que se deje sin efectos, máxime, que no constituye vulneración de ningún derecho fundamental del actor.

Así las cosas, la acción de tutela impetrada por el señor Reinel Gil Parra, resulta improcedente, pues no puede pasarse por alto el carácter subsidiario de la misma, lo cual impide que pueda ser utilizada para reemplazar los procedimientos que han sido señalados en la ley.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2014-00004-01) del 28 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara la improcedencia de la tutela interpuesta.**

**ACCIÓN DE TUTELA – Improcedencia para ordenar el ascenso de un oficial del Ejército Nacional.**

#### **FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Decreto 2591 de 1991, artículo 26; Decreto 2775 de 2013.

#### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia T-445 de 2010; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tutela 61026 del 10 de julio de 2012, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Descendiendo al caso concreto, se tiene que lo pretendido por el señor Hernando Enrique Peña Ponce, es que se ordene a la Junta de Ascensos conformada por miembros del Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional, que realice una nueva calificación y clasificación, sin tener en cuenta el escrito de acusación presentado en su contra por el delito de homicidio agravado y que en caso de no existir otro criterio excluyente se disponga su ascenso con la antigüedad y novedad fiscal de sus compañeros de curso.

Para la Sala la acción de tutela interpuesta por el señor Hernando Enrique Peña Ponce a través de apoderado judicial es improcedente por las siguientes razones:

De lo consignado en el Decreto 2775 del 29 de noviembre 2013, no se extracta que la razón por la cual el accionante no fue incluido en la lista de oficiales ascendidos de las Fuerzas Militares, sea la existencia de un escrito de acusación radicado en su contra, por la presunta comisión de la conducta punible de homicidio agravado.

El referido decreto fue proferido el 29 de noviembre de 2013, lo que indica que el término para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho aun no ha vencido, siendo éste el mecanismo idóneo para que se debata si la no inclusión del actor en la lista de oficiales ascendidos, desconoció sus derechos fundamentales y si es procedente efectuar un nuevo análisis de su situación, al igual que ordenar su ascenso al grado de teniente coronel con la antigüedad jerárquica y novedad fiscal de sus compañeros de curso.

No es procedente por vía de tutela ordenar al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional, que incluya al señor Hernando Enrique Peña Ponce en la lista de oficiales ascendidos al grado de teniente coronel, ya que se desconocen cuales fueron los motivos para adoptar esa determinación, si efectivamente el precitado cumplió los requisitos establecidos para ascender a ese grado y éste mecanismo excepcional no puede ser utilizado para reemplazar los mecanismos ordinarios establecidos en la ley,

De otro lado, no se observa prueba en el plenario que indique a esta Corporación que el accionante se encuentre padeciendo un perjuicio irremediable, ya que en la actualidad aún pertenece al Ejército Nacional y continúa devengando el salario correspondiente al grado de Mayor, pudiendo esperar a que el juez natural, es decir, el Contencioso Administrativo, defina si es procedente o no ordenar su reclasificación y ascenso al grado de teniente coronel.

En el expediente no están acreditados los presupuestos de inminencia, urgencia y la gravedad, que se requieren para la existencia de un perjuicio irremediable y que hagan necesaria la intervención del juez constitucional, tampoco se infiere afectación al mínimo vital del accionante, de donde se concluye que la acción de tutela no procede como mecanismo transitorio.

En consecuencia, al no configurarse los requisitos de PROCEDENCIA de la acción de tutela y no advertirse la inminencia de un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la intervención del juez constitucional, se negará por improcedente el amparo reclamado por el señor Hernando Enrique Peña Ponce.

De otro lado, la Sala aceptará el desistimiento de la acción de tutela interpuesta por el abogado Iván Darío Díaz Naranjo, en nombre y representación del señor Aramis Yunion Rico Freyle, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que: “...El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente...”.

**Sentencia de tutela de primera instancia (2014-00024-01) del 31 de enero de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara la improcedencia de la tutela interpuesta.**

**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](mailto:relatoriabuga@hotmail.com), [relatoriabuga@gmail.com](mailto:relatoriabuga@gmail.com), o [egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co).