

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA  
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 003 - ABRIL DE 2012**

**ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES-**

Procedencia en el caso de reintegro de un miembro de la fuerza pública. **Página 86.**

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA** – El tener la condición de desplazado no implica el estar impedido o imposibilitado para promover la acción de tutela. **Página 22.**

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA** - La ratificación de lo actuado por el agente oficioso debe ser posterior y no previa al inicio de la actuación del agente. **Página 22.**

**AUDIENCIA PREPARATORIA** – Es el momento procesal oportuno para debatir la ilegalidad o ilicitud de los elementos materiales probatorios. **Página 106.**

**AUTO QUE DECIDE NO EXCLUIR UNA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL** – Solo es susceptible del recurso de reposición. **Página 106.**

**CALUMNIA** – Exige, como conducta penal, la imputación falsa de un delito. **Página 126.**

**COMPAÑÍAS ASEGURADORAS** – El pago de los perjuicios se limita a la cobertura establecida en el respectivo contrato. **Página 96.**

**COMPAÑÍAS ASEGURADORAS** – No están obligadas a responder pecuniariamente por una póliza de seguros que no fue enunciada ni incorporada como prueba por quien tenía el interés jurídico para ello. **Página 117.**

**CONCURRENCIA DE RIESGOS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO** – Es menester establecer cuál de ellos produce el resultado jurídicamente relevante. **Página 117.**

**CONDENA EN ABSTRACTO** – No esta prevista para los perjuicios en materia de imposición de servidumbres. **Página 36.**

**CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA** - El juez puede condenar por delito distinto al formulado en la acusación cuando se trate de conductas del mismo género que tengan origen en los mismos hechos y la sanción a imponer sea menor. **Página 126.**

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** – Ninguna entidad pública puede suscribir un convenio interadministrativo que no tenga relación con el objeto para el cual fue creada. **Página 76.**

**COSA JUZGADA** – Del acta de conciliación que contiene la novación de las obligaciones inicialmente contraídas. **Página 27.**

**DEBER OBJETIVO DE CUIDADO** – Del conductor del vehículo frente a la conducta cometida por el ayudante o auxiliar del mismo. **Página 102.**

**DECISIÓN QUE NIEGA LA PRECLUSIÓN** – Sólo es apelable por la Fiscalía. **Página 105.**

**DECLARACIÓN DE PERTENENCIA** – No es poseedor, por haber perdido tal condición de manera definitiva, quien no se opuso a la diligencia de secuestro sobre el bien que pretende prescribir. **Página 33.**

**DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** – El trámite se rige por la norma vigente al momento del comienzo de la investigación correspondiente. **Página 72.**

**DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES DE EDAD** – El desafiliarlos del sistema de salud cuando padecen enfermedades catastróficas es circunstancia que vulnera sus derechos fundamentales. **Página 19.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – La respuesta, además de su claridad y precisión, debe guardar correspondencia con lo solicitado. **Página 30.**

**DIVORCIO** – Incumbe a las partes, y no al juez, probar los hechos que son materia de controversia. **Página 25.**

**DOLO EVENTUAL EN EL DELITO DE HOMICIDIO** - De quien dispara un arma de fuego en cualquier dirección y deja el resultado de su acción librado al azar. **Página 114.**

**ENTREVISTA** – Aunque sea anterior al juicio oral, puede integrarse al testimonio rendido en éste y ser valorada por el juez. **Página 93.**

**ESCRITO DE ACUSACIÓN** – Su presentación impide a la fiscalía celebrar acuerdos que otorguen rebaja de pena hasta del cincuenta por ciento. **Página 84.**

**ESTAFA** – Mediante rifas y loterías. **Página 62.**

**ESTAFA MEDIANTE RIFAS** – Frente al incumplimiento de obligaciones civiles. **Página 62.**

**ESTAFA MEDIANTE RIFAS** – La cuantía se determina por el monto del premio ofrecido y no por el valor de las boletas. **Página 62.**

**EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS** – En el caso del allanamiento consentido por el morador y la omisión de someterlo al control posterior del juez de control de garantías. **Página 58.**

**HOMICIDIO CULPOSO** – Infracción al deber objetivo de cuidado en la conducción de vehículos. **Página 117.**

**IMPEDIMENTO POR HABER CONOCIDO EL JUEZ DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN** – No se afecta la garantía de imparcialidad cuando el funcionario, al negar tal solicitud, no efectúa valoración probatoria de ninguna índole. **Página 81.**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** – La conducta no se justifica porque el obligado perciba ingresos que no sean cuantiosos. **Página 56.**

**INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL** – La expedición de la ley 1395 de 2010 no acarrea la nulidad de las actuaciones adelantadas según las normas vigentes al comienzo de su trámite. **Página 117.**

**INDAGACIÓN PRELIMINAR** – El término para adelantarla no es indefinido, pero sí debe ser razonable. **Página 88.**

**INFORMES PERICIALES** – No configuran prueba por sí solos, y por lo tanto no pueden ser excluidos. **Página 58.**

**INJURIA** – Imputaciones que menoscaban la honra y el buen nombre de las personas. **Página 126.**

**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA** – Para inferir la causal de posesión notoria del estado de hijo. **Página 4.**

**IRA E INTENSO DOLOR** – Provocación grave e injusta originada en la infidelidad de la pareja. **Página 109.**

**JUICIOS DE FILIACIÓN** – La ausencia de la prueba de ADN no es motivo para no dictar sentencia. **Página 4.**

**NULIDAD** – La demora en la asignación del turno para el uso de la palabra no implica violación de garantías o de la estructura del proceso. **Página 133.**

**NULIDAD** – La formulación de la imputación es un acto de comunicación donde no existe descubrimiento probatorio. **Página 133.**

**NULIDAD** Los defectos formales de la cadena de custodia conducen, a lo sumo, a la exclusión del elemento material probatorio, pero en manera alguna a la nulidad del proceso. **Página 133.**

**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** – Entre la imputación y la sentencia únicamente debe existir correspondencia fáctica. **Página 40.**

**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN** – Es necesario privilegiar también el interés de las víctimas. **Página 40.**

**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**- Los testimonios aquejados por tal irregularidad no fueron el fundamento exclusivo de la sentencia. **Página 40.**

**ORDEN DE ARCHIVO DE LA INVESTIGACIÓN** – No hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es motivo de nulidad el ordenar su reapertura sin contar con nuevos elementos materiales probatorios. **Página 62.**

**PERSONAS JURÍDICAS** – Son sus miembros y representantes legales, y no ellas, quienes pueden cometer delitos. **Página 126.**

**POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO** – Su demostración no depende exclusivamente de la prueba testimonial. **Página 4.**

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA** – Al procesado corresponde, cuando la fiscalía ha cumplido con la carga probatoria necesaria, desvirtuar la fuerza demostrativa de dicha evidencia. **Página 49.**

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - La sentencia no puede considerar una circunstancia de agravación que no fue imputada al allanado. **Página 104.**

**PROCESO EJECUTIVO DE ALIMENTOS** – La proyección de las cuotas alimentarias futuras por dos años es una medida no arbitraria y que consulta el interés superior del menor. **Página 17.**

**RECONCOMIENTO FOTOGRÁFICO** - El hecho de haber visto al imputado de manera previa a la diligencia no afecta la validez de la misma. **Página 49.**

**RECUSACIÓN POR HABERSE FORMULADO DENUNCIA PENAL O QUEJA CONTRA EL JUEZ** – Si la denuncia o la queja se presentaron después de la formulación de imputación, es necesario que el funcionario haya sido vinculado jurídicamente. **Página 81.**

**RESPONSABILIDAD CIVIL** – De las empresas transportadoras en los procesos penales. **Página 117.**

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** – Al banco intermediario en la venta de un vehículo no le corresponde averiguar si la matrícula del mismo es legal o no lo es. **Página 15.**

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** – La culpa existe cuando el agente tiene la obligación legal o contractual de actuar, o cuando teniendo la posibilidad de evitar la producción del daño, no lo hace. **Página 15.**

**RESPONSABILIDAD PENAL** – No siempre recae sobre quien, al causarse un daño antijurídico, asume la posición de garante. **Página 102.**

**RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO** – No trae, como consecuencia inevitable, la imposibilidad de proferir sentencia condenatoria. **Página 93.**

**SERVICIO DE AMBULANCIA** – Las cargas administrativas necesarias para su prestación corresponden a las entidades del servicio de salud, y no a los usuarios del mismo. **Página 75.**

**SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO** – El monto de la indemnización no se limita al valor comercial del predio sirviente. **Página 36.**

**SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO** – Su finalidad no es la de imponer únicamente el paso de personas o de animales. **Página 36.**

**SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO** - Puede coexistir con la sociedad patrimonial entre compañeros, con la sociedad conyugal o con cualquiera otra asociación universal. **Página 10.**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** – En el análisis del factor subjetivo el juez, dentro de su discrecionalidad, debe situarse en el marco de la racionalidad y el buen juicio. **Página 126.**

**TESTIMONIO** – El mero vínculo del testigo con el procesado o la víctima no afecta, por sí mismo, la credibilidad de su declaración. **Página 96.**

**TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA DE ATROPELLOS SEXUALES** – Su dicho adquiere especial confiabilidad. **Página 42.**

**VALORACIÓN PSICOLÓGICA** – No es la “prueba reina” en los procesos de abuso sexual. **Página 42.**

## **SALA CIVIL-FAMILIA:**

**JUICIOS DE FILIACIÓN** – La ausencia de la prueba de ADN no es motivo para no dictar sentencia/**INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA** – Para inferir la causal de posesión notoria del estado de hijo/**POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO** – Su demostración no depende exclusivamente de la prueba testimonial.

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

Constitución Política, artículo 228; Ley 721 de 2001; Ley 75 de 1968, artículos 6, 9 y 10; Código Civil, artículo 399; Código de Procedimiento Civil, artículo 4.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 31 de agosto de 1983, del 14 de abril de 2000, con ponencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles, y del 27 de febrero de 2001 (sentencia 028).

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Con el advenimiento de la ley 721 de 2001, se instó a los jueces para que en aras de conocer la verdadera filiación de las personas, se valieran de la prueba de ADN, pues en su artículo primero estableció que *“en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.* **PARÁGRAFO 1o.** Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales. **PARÁGRAFO 2o.** Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo”. **ARTÍCULO 2** *“en los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad”.*

Claro está, sin que ello implique que se esté ante la presencia del régimen de tarifa legal, pues la citada prueba científica no es prueba única, sino que debe ser valorada en su conjunto con los demás medios probatorios dentro del proceso, así en palabras de la Honorable Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 214 numeral 2 del Código Civil expuso que *“no puede afirmarse válidamente que el legislador optó por un regreso a la tarifa legal de pruebas para*

*imponerle al juez certeza legal en lugar de la certeza judicial, como tampoco resulta de recibo concluir que se le impide al juzgador apreciar la prueba científica que se ha aludido con exclusión de las demás pues, al contrario, si esa prueba avanzada y de alto valor científico llega a establecer tan solo un alto “porcentaje de certeza” que constituye “índice de probabilidad” que incluso podría ser muy cercano al ciento por ciento, la práctica y la valoración de otros medios de prueba permiten una recta administración de justicia que no resulta violatoria del debido proceso ni en desmedro de la autonomía judicial”.*

Ahora, si bien es cierto, la prueba de ADN es de vital importancia dentro de un proceso donde se investigue la filiación de un hijo extramatrimonial, pueden existir circunstancias que ocasionen la imposibilidad de practicar dicha prueba, pero ello no debe convertirse en un obstáculo de tal magnitud, que impida al juzgador emitir el fallo que en derecho corresponda, ya que como se indicó la prueba de ADN no es considerada prueba única, pues de ser así, no tendría razón de ser la intervención del juez dentro de un proceso de este talante, en tanto la sola prueba científica establecería el vínculo filial.

Entonces, siendo una prueba trascendental para establecer la filiación natural, la ley 721 de 2001 obliga a que el juez así sea de oficio ordene su práctica, no obstante, en los eventos de que no sea posible el artículo tercero de la precitada ley reza *“Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”.*

Sobre el punto la Honorable Corte Constitucional ha establecido que:

*“¿Cómo hacer entonces para definir una controversia cuando no es posible contar con la prueba genética, pero está latente la necesidad de adoptar una decisión de fondo?*

*Aunque la pregunta sugiere un debate en apariencia complejo, lo cierto es que el propio ordenamiento acoge una postura que armoniza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y sin dilaciones injustificadas cuando falta el diagnóstico de ADN. En efecto, lo cierto es que existen otros medios de prueba a los cuales puede recurrir el juez para valorarlos al amparo de las reglas de la sana crítica y con fundamento en ellos determinar la existencia o no de ciertos hechos y el consecuente éxito o fracaso de las pretensiones. En consecuencia, la ausencia de dicha prueba no constituye un motivo para no dictar una sentencia de fondo por lo que, sin desconocer el altísimo grado de certeza que ofrece la prueba de ADN, el artículo 3º de la Ley 721 de 2001 autoriza al juez para recurrir a los demás elementos probatorios cuando no es posible contar con aquella información (...) (negrillas de la Sala)*

Revisado el caso de autos, observa la Sala que por proveído de fecha 21 de abril de 2005, la juez de primera instancia ordenó la práctica de la prueba científica de ADN, además durante todo el trámite procesal hizo uso de los mecanismos que le ofrece la ley para propender a la concurrencia de las personas llamadas a la práctica de dicha prueba, sin que fuera posible su comparecencia, aunado a ello se efectuó la exhumación de los cadáveres de los señores Ana Rita Durán de Sánchez y José Joaquín Sánchez –padres del señor Álvaro Sánchez Durán-dictaminándose por parte del Instituto de Genética Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia S en C que “La

*muestra de restos óseos código 117280 arrojó un perfil femenino con el marcador amelogenina, presuntamente perteneciente a José Joaquín Sánchez. La muestra 117281 arrojó un perfil masculino (XY) presuntamente perteneciente a Ana Rita Durán de Sánchez. Estos resultados indican que no existe certeza sobre el origen de cada una de las muestras tomadas tal como se registró en el acta de exhumación”.*

No obstante, pese a las diligencias que adelantó la juez de primera instancia para efectos de practicar la precitada prueba de ADN, ello no fue posible, pues el padre y uno de los hermanos de la demandante, requerido para la reconstrucción del perfil genético fueron cremados, a la sazón que una tía y su hija residentes en París, no colaboraron con la práctica de dicha prueba.

En efecto, del demandado OSCAR MAURICIO SÁNCHEZ AZCARATE, fallecido, en el curso del proceso, no existió colaboración por parte de los familiares en la toma sanguínea o exhumación del cadáver, contrario sensu, su cuerpo fue cremado; en lo que hace a la toma de muestras de sangre a las señoras LUZ AMPARO SÁNCHEZ VELASCO y CECILIA VELÁSICO CASTAÑO, residentes en la ciudad de París – Francia-, la primera de las mencionadas se presentó al consulado sin documento de identificación, aspecto que de suyo imposibilitaba la práctica de la prueba, y la segunda no compareció; por último los demandados ALVARO SANCHEZ VELASCO y MARTHA LUCIA SANCHEZ VELASCO, aunque su apoderada aportó las direcciones donde podían ser ubicados, no fue posible su comparecencia a los laboratorios acreditados para la práctica de la prueba de ADN.

En este orden de ideas, y como quiera que para la práctica de la prueba de ADN, y para reconstruir el perfil genético era necesario tomar pruebas de sangre de: (i) los padres biológicos del presunto padre (ii) tres hijos biológicos reconocidos del presunto padre y de sus respectivas madres biológicas (iii) de alguno de los padres biológicos del presunto padre y de por lo menos tres hermanos (tanto de padre y madre) del presunto padre, notándose renuencia por parte de los familiares del señor ALVARO SANCHEZ DURAN, para la toma de las muestras de sangre, tal como viene de verse, deviene indiscutible, que los demandados dilataron e imposibilitaron la práctica de la prueba.

Frente a dicha situación, se podría sostener, que menester resultaría insistir en segunda instancia, ordenando la respectiva prueba de oficio; más resulta, que como tratándose de prueba científica, el tema de la libertad probatoria queda limitada al escudriño no tanto del resultad probatorio, sino a establecer si se ha aplicado con rigor la metodología científica estándar para el caso concreto, volviendo los ojos al caso que convoca la atención de la Sala, se detecta, tal como advirtiera el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el oficio visible a folio 224 del cuaderno principal, que la reconstrucción del perfil genético a partir de toma de muestras de familiares cercanos no es la más recomendable “ debido a que obtener una probabilidad elevada de paternidad a partir de un perfil genético deducido de familiares del occiso es muy difícil, además que existe el riesgos (sic) que si algún familiar que se estudie no provenga biológicamente, es decir, es adoptado o se supone proviene biológicamente y no lo es, esto ocasiona errores graves en los resultados emitidos. Por lo tanto, solo se procesarán estos casos donde se descarta totalmente la posibilidad de obtener muestras biológicas del supuesto padre y el laboratorio no se compromete con los errores que se puedan ocasionar a partir de la información suministrada por los familiares con respecto al parentesco...” ya que siendo la muestra más apta para el estudio del perfil genético

la del presunto padre, “en las reconstrucciones de perfil genético, no se puede garantizar que las muestras allegadas sean suficientemente informativas para emitir un resultado...”.

Ahora, si para este especial asunto: (i) está descartada la toma de muestras para reconstruir el perfil genético de los padres biológicos del presunto padre, tal como lo consignara el laboratorio de genética SERVICIOS MEDICOS YUNHIS TURBAY Y CIA S. EN C INSTITUTO DE GENETICA; (ii) existe imposibilidad de tomar la prueba con el padre presunto por estar cremado; y (iii) la parte interesada expuso, que se fallara con la prueba existente porque no fue posible evacuar la prueba de ADN, es palmario que a estas alturas, y por el paso inexorable del tiempo la aplicación de la metodología científica estándar a través de la toma de muestras a familiares cercanos del presunto padre, no puede ofrecer fiabilidad, amén del peregrinaje a que se tendría que someter la actora en orden a dicho fin, razones que llevan a la Colegiatura a valorar las restantes pruebas dentro del proceso para definir el asunto, como bien lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-973 de 2003, citada ut supra, sin que se torne reprochable, el proceder del fallador a quo, en el ejercicio de la valoración probatoria en la que se adentró ante el fracaso de la tan socorrida prueba de ADN, ya que por lo consignado estaba perfectamente habilitado para emprender dicho ejercicio.

Así pues, como quiera que la situación no puede quedar indefinida en el tiempo acertó la juez de primera instancia al finiquitar la instancia con base en las pruebas oportunamente recaudadas, las cuales deberá ser analizadas por esta Sala a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

(...)Dentro de la demanda, no se determinó de forma específica cuál de las presunciones contenidas en el art. 6 de la ley 75 de 1968, alega la demandante para encontrar probada la referida paternidad del señor ALVARO SANCHEZ DURAN, no obstante, sin llegar a distorsionar el verdadero querer de las partes, el juez puede hacer uso de su labor interpretativa para determinar este aspecto.

Tal como se ha venido sosteniendo en algunos pronunciamientos, considera la Sala pertinente memorar, que la interpretación de la demanda, es un laborío que no está prohibido ni vetado para el Juzgador, en tanto que por disposición constitucional y legal le asiste el deber jurídico de proveer al derecho sustancial (art. 228 de la C.N), para cuyo efecto, debe desentrañar el contenido de las demandas, cuando quiera que aquellas se presten a cierta confusión o ambigüedad, claro está, que dicha tarea no puede avanzar a suplir pretensiones ni el querer del actor, puesto que para ello existe un límite que como bien lo ha trazado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria al decir que: *“so pretexto de la interpretación no puede el juez alterar ni sustituir la pretensión deducida, ni los hechos sobre los cuales se funda, lo cual nos llevaría a reformas o sustituciones oficiosas del escrito rector, y en el peor de los casos a la comulación misma de la demanda por parte del juez, situación a todas luces inaceptable en un sistema procesal como el nuestro en el que campea el principio dispositivo por lo menor en cuanto se contrae al escrito introductorio del proceso”*.

Plegándonos a una buena hermenéutica del escrito rector, se advierte, que de las manifestaciones realizadas por la demandante, al resaltar las expresiones de ayuda y afecto por parte del señor ALVARO SANCHEZ DURAN y revisadas cada una de las presunciones descritas en el artículo 6º de la ley 75 de 1968, no cabe duda que la

paternidad pretendida se ubica en el numeral sexto, esto es, *“cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial”*, la cual de encontrarse demostrada, daría lugar a la declaratoria pretendida.

Tan diamantinas resultan estas expresiones, que a juicio de la Sala no se requiere abundar en mayores razonamientos de tipo dialéctico para colegir, tal como lo expuso el juzgador de primer grado, que lo pretendido por la demandante, no halla venero distinto al de la declaratoria de la filiación extramatrimonial con base en la presunción 6º del artículo 6º de la ley 75 de 1968, máxime cuando el debate probatorio y la defensa de la parte demandada, giró en este punto, interpretación válida de acuerdo a los postulados del esquema del Estado Social de Derecho y la eficacia del derecho sustancial (artículo 228 Constitución Nacional y 4 C. de P.C).

A tono con el artículo 399 del Código Civil *“La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse”*.

Podría pensarse del texto estricto de la norma, que el único medio probatorio para demostrar esta causal, es la prueba testimonial, pero la doctrina y la jurisprudencia han determinado que *“... por la naturaleza de los hechos que componen la posesión notoria, es natural que la legislación haya aludido en forma especial al testimonio, pero que (sent. 6 agosto 1969) “no excluye en manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y por ende para constituir el conjunto de testimonios a que se refiere el artículo 399 del Código Civil”, y admite que otros medios demostrativos corroboren el dicho de los testigos para llevar la convicción al juez y lograr “...el propósito del legislador de que la posesión notoria del estado de hijo haya sido establecida de un modo irrefragable”*.

Sobre el particular la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que:

*“De conformidad con el artículo 6º de la ley 45 de 1936, ‘la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento’.*

*“Con sujeción al artículo 9º de la ley 75 de 1968, sustitutivo del artículo 398 del C. C., ‘para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos’, precepto este que resulta aplicable a la filiación extramatrimonial por mandato del artículo 10 de la ley 75.*

(...) .- La posesión notoria no surge de improviso, no es situación que sobrevenga en el sentido de presentarse inopinadamente, es una posición fáctica que sólo se va moldeando y definiendo con el paso incesante y prolongado de los días y con la reiteración pública, no secreta, de comportamientos que deudos y amigos, o del vecindario del domicilio en general, van grabando en la conciencia popular la certidumbre de que el beneficiario de esa posesión de estado tiene que

ser hijo extramatrimonial de quien así provee a su subsistencia, educación y establecimiento' (Cas. civ. 31 agto. 1983, G. J. t. CLXXII, pp. 165-166).

“Conviene, sí, insistir en que ese justo medio en la apreciación del acervo probatorio por el que se propugna, debe contar, de manera indefectible, con los hechos como esencial punto de referencia: Hechos que, narrados por los testigos, le permitan al fallador llevar a cabo la indispensable confrontación con la previsión abstracta de la norma para ver si se caracteriza o no la posesión notoria. No son, pues, en ningún momento, los meros conceptos o apreciaciones subjetivos de los testigos los que le dan forma a esta causal. Los testigos, por supuesto, deben haber adquirido la convicción en torno al estado civil. Pero esa convicción, por su lado, tuvo que haber surgido de la apreciación de ciertos hechos, siendo estos los que han de ser puestos en conocimiento del juez a fin de que éste, al definir la cuestión, determine si se acomodan o no al trato, tal como la ley lo prefigura”.

Fieles a la jurisprudencia en cita, y revisadas cada una de las declaraciones rendidas dentro del proceso, se tiene, que la mayoría de los deponentes relatan situaciones que no fueron percibidas de forma directa, sino con fundamento en la información que la demandante les suministraba respecto a su relación con el presunto padre; además, tampoco narran hechos constitutivos que lleven a la convicción del juez de que en realidad existía la mentada posesión notoria, sino meras apreciaciones subjetivas que se desprenden de lo que la demandantes les decía, particularidad, que delanteriormente permite colegir, que la decisión de instancia no luce desacertada.

(...)Puestas así las cosas, La Colegiatura es del criterio, que la referida reseña probatoria, es indicativa, de que si entre el señor ALVARO SANCHEZ DURAN y PIEDAD CARMEN MORALES existió algún acercamiento como padre e hija, ello acaeció en los años 1965 a 1967, época en la que la demandante estuvo interna en un colegio en Fontibón, según los hechos relatados por ésta y por el señor JHON JAIRO PEÑA RODRIGUEZ, novio de la actora para esa calenda; ya que, con ulterioridad los testigos sólo relatan lo que les consta a partir de la información suministrada por la misma señora PIEDAD CARMEN MORALES, con todo que como quedara develado, ni siquiera la señora LIGIA MORALES, en calidad de progenitora, tenía conocimiento de los hechos que narra la actora en su demanda y en el interrogatorio de parte.

Tampoco de acuerdo a la definición antes traída por la jurisprudencia en punto de la posesión notoria del estado civil de hijo, obra en el presente caso, prueba de que el señor ALVARO SANCHEZ DURAN haya tratado como hija a la señora PIEDAD CARMEN MORALES, proveyendo por su subsistencia, educación y establecimiento; contrario sensu, el causante no estuvo presente, ni en el embarazo de la señora LIGIA MORALES, ni después de aquel; las ayudas que supuestamente prodigó fueron esporádicas, pues ninguno de los testigos presencié que ello fuere así; es más, la relación padre e hija no fue pública entre sus amigos y el vecindario en general, pues ninguno de los deponentes tuvo relación directa con los hechos expresados en la demanda, ni siquiera la progenitora de la demandante.

Frente a dicho panorama, deviene irrefragable, que la valoración probatoria vertida por la juez de primer grado, no conllevaba a conclusión distinta, que la plasmada en

la parte resolutive de la sentencia apelada, que por lo mismo, debe ser confirmada íntegramente.

**Sentencia de 2ª instancia (16834) del 15 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO - Puede coexistir con la sociedad patrimonial entre compañeros, con la sociedad conyugal o con cualquiera otra asociación universal.**

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

Código de Comercio, artículos 98 y 498.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 05 de octubre de 2001, del 25 de marzo de 2009 (2002-00079-01) con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena, y del 24 de febrero de 2011 (2002-00084-01), con ponencia de William Namén Vargas.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Vale apuntar que si bien, la sedicente conformación y desarrollo de la sociedad comercial de hecho cuya declaración y disolución se implora en este juicio, no enmarcó el actor en la existencia de una unión marital de hecho, no deja de ser menos cierto que, en el desarrollo de la controversia si salió a relucir y fue un hecho admitido por la parte demandada, y aún más, antes declarado judicialmente, que la señora MARTHA ISABEL REINA ESCOBAR y el señor GERMÁN SAAVEDRA PALOMEQUE compartieron su vida como marido y mujer desde mayo de 1996 hasta el 27 de abril de 2007. Esa circunstancia, la acuñó el juez de primera instancia para aseverar que la decisión mediante la cual se obtuvo ese estado civil y a la vez declaró prescrita la acción respecto de la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial derivada de tal unión, impedía el reconocimiento de la asociación mercader –ver folio 160 Cdno 1º-, además de concluir que no se configuraba unos de sus elementos esenciales para la existencia de ese tipo societario irregular, respecto del negocio de comercio que se denunció en la demanda.

Tesis que se limitó a reprochar el demandante insistiendo, en que de conformidad con los testimonios de LUIS EVELIO DÍAZ RUÍZ, MARIA LIDA DE LA CRUZ VELEZ, WALTER ARIAS REYES e ISMEDA MARQUEZ LONDOÑO los bienes de marras se consiguieron dentro de la sociedad comercial de hecho.

Se ofrece pertinente, amén que necesario, estampar algunas breves apostillas preliminares en derredor del contrato de sociedad, especialmente en su tipología irregular de hecho, que es la invocada por el demandante, y la incidencia que en esta figura tiene la unión marital de hecho, todo ello para propiciar pues la resolución de la alzada.

Entiéndese que existe contrato de sociedad, cuando dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo, o en otros bienes apreciables en dinero

para distribuirse entre sí las utilidades obtenidas de la actividad social –Art. 98 C. Co.-.

Del precepto arriba citado se desgaja que toda sociedad debe tener como condiciones que marcan la existencia de la misma las siguientes:

-Pluralidad de socios o accionistas.

-Aportes de los socios.

-Distribución de utilidades.

-Objeto.

-*Affectio societatis*, que es de la esencia de la sociedad y lo que permite distinguirla de otras figuras como una comunidad organizada, un grupo de interés económico o la asociación temporal para un propósito circunstancial. Viene siendo la misma *“intención de los contratantes de asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad social”*. Dicho en otras palabras, es la motivación personal para asociarse con un propósito lucrativo.

A tenor de lo previsto en el Artículo 498 del C. de Co., la sociedad comercial será de hecho, cuando no se constituya por escritura pública, circunstancia que le impide producir su personalidad jurídica, por lo que su existencia se demuestra por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la Ley. Pese a esta característica que la diferencia de las demás, también deben reunirse las condiciones de existencia de toda sociedad, arriba precitadas, y no se requiere el cumplimiento de especiales solemnidades legales, aceptándose para la declaración de su existencia, cualquiera de los medios probatorios que la Ley contempla.

De antaño la jurisprudencia vernácula, apoyada en genuinos dictados de justicia empezó a reconocer la posibilidad que la vida en pareja como marido y mujer, o como en otrora se denominaba concubinato, rebasara las relaciones meramente afectivas y familiares, e incursionara en el campo de la economía. Fue así como:

A partir del fallo de 30 de noviembre de 1935, justificado por elementales postulados de equidad, la doctrina de la Corte ha venido admitiendo la conformación de sociedades de hecho entre concubinos, reconociendo que paralelamente a la cohabitación y trato afectivo, propios de la unión concubinaria, se puede gestar otra relación de carácter netamente patrimonial, constitutiva de una sociedad de tal naturaleza, nacida de la conjunción de esfuerzos de los concubinos en el desarrollo de una actividad económica que les reporte beneficio común.

Es que cuando el hombre y la mujer, además de compartir techo, mesa y lecho, formando una familia, en comunión, desde los distintos papeles que en la dinámica familiar desempeñen, se entregan al propósito de emprender una verdadera empresa, realizando aportes en dinero, en especie o en industria, con el fin de producir y distribuirse este producto de la forma que mejor atienda sus propias necesidades y las del grupo familia, no de otra manera puede calificarse tal discurrir, sino como una sociedad, sociedad de hecho por cuanto su constitución y existencia la determinan la cotidianidad de los acontecimientos, más que las formalidades que exige la ley para una asociación de derecho.

Ahora, desde 1967 viene sosteniendo invariablemente el órgano de cierre de la justicia ordinaria como condiciones para que surja un contrato social del de la naturaleza en tratativa:

“1. Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2. Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3. Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios”.

Pero atendiendo a los altruistas fines de la institución en comento, y fundamentalmente al formato de desarrollo de una vida de pareja, la jurisprudencia ha morigerado o dulcificado la exigencia y el criterio de interpretación de los hechos cotidianos de cara a los requisitos que la normativa establece en materia de sociedad de hecho al establecer:

Siendo ello así, no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, que la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y la *affectio societatis* surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar o estimular dicha especie de unión, pues, por el contrario en uniones concubinarias con las particularidades de la aquí examinada no puede escindirse tajantemente la relación familiar y la *societaria*, habida cuenta que sus propósitos económicos pueden estar inmersos en esa comunidad de vida como aconteció en este caso, tal como emerge de la prueba reseñada por la censura. –las negrillas son del Tribunal-

Tomando pie en los reseñados antecedentes jurisprudenciales, se puede concluir sin temor a equívocos que en la unión marital de hecho puede igualmente formalizarse una verdadera empresa, siempre y cuando se materialicen los requisitos que la Ley exige para tal fin, especialmente tratándose de una sociedad comercial de hecho, en la cual se debe revelar el ánimo de asociarse con un propósito lucrativo y la ulterior repartición de utilidades o pérdidas, tal como se ha venido insistiendo, reconociéndose para su surgimiento, manifestaciones, conductas, ejecución de las prestaciones y toda expresión idónea de sus elementos estructurales. Esta tipología societaria originada en los hechos es de carácter singular, distinta y por tanto puede coexistir con la sociedad patrimonial entre compañeros, con la sociedad conyugal o con cualquiera otra asociación universal.

(...)Lo que viene de decirse hace perder piso al primer argumento del *a quo* que soportó la desestimación de las pretensiones, habida consideración que ningún

valladar representa para el buen éxito de un propósito de declaración de existencia de una sociedad de hecho, la coexistencia presente o pasada de otro tipo societario universal como la patrimonial entre compañeros o la conyugal, teniendo en cuenta que por lo que la ley propugna, es por evitar la presencia simultánea de dos asociaciones universales. Tampoco lo impide la decisión judicial que se haya asumido en torno a una sociedad patrimonial entre compañeros, puesto que como se vio son de distinta naturaleza sin que una obste la otra y, fue precisamente por ello que la excepción previa de cosa juzgada resultó frustránea.

Ahora, en lo que respecta a la acreditación de los elementos axiológicos de la sociedad de hecho, es de verse lo que se demostró a saber:

I) Que entre las personas en contienda se formó una unión marital de hecho con acomodo a la Ley 54 de 1990, la cual inició el 6 de mayo de 1996 y culminó el 27 de abril de 2007. Así brota inconcuso de la prueba testimonial recogida en este plenario, incluyendo la que se trasladó del proceso que cursó en el Juzgado Promiscuo de Familia de Roldanillo en donde se falló el proceso de unión marital de hecho. En efecto, todos los testigos sin excepción –WALTER ARIAS REYES, MARIA LIDA DE LA CRUZ VÉLEZ, LUIS EVELIO DÍAZ RUÍZ, ORFA LUCÍA BOLIVAR TABARES, ISMELDA MÁRQUEZ LONDOÑO y NHORA CECILIA MONDRAGÓN ROBAYO-, declararon al unísono y en forma detallada, explicando la ciencia de sus dichos, que GERMÁN SAAVEDRA PALOMEQUE y MARTHA ISABEL REINA ESCOBAR formaron un hogar, es decir, fueron marido y mujer en unión que se prolongó por más de una década. Igualmente así lo confesó la demandada REINA ESCOBAR ante el Juez Promiscuo de Familia de Roldanillo y así se declaró en este mismo despacho en sentencia de 30 de marzo de 2009; instrumentos todos obrantes en copia, como prueba trasladada –codno. 7-.

II) Que en el discurrir de esa vida marital también se desarrollaron actividades comerciales que dieron con la consecución de unos bienes, según lo confesó la demandada cuando al responder a la pregunta de si durante la unión marital con el señor GERMÁN SAAVEDRA PALOMEQUE adquirieron bienes dijo: *“Una casa en el barrio Buenos Aires, esa la compramos en septiembre de 1995, la compramos entre los dos, existe una casa que él se ganó la cual se encuentra en la vereda la Tulia, la cual escrituró a mi nombre, no recuerdo en qué fecha, yo monté un almacén en la calle 9 No. 5-68 con una rifa de \$ 5.000.000, el compró una máquinas (sic.) para gimnasio que le costaron más o menos \$ 12.000.000,00 y otra casa en el barrio Buenos Aires que está a nombre de él, y yo tengo un lote que me regaló mi papá en la calle 6ª, el carro Spark modelo 2008, lo compré por financiera eso en octubre de 2007.”* –folio 4 cdno. 7-.

Ello indica que el demandante no fue ajeno al proyecto económico de la pareja, por cuanto el hecho admitido por la demandada consistente en haberle trasladado a su nombre un inmueble que se ganó en una rifa, coincide y corrobora lo que los testigos citados por éste –WALTER ARIAS REYES, MARIA LIDA DE LA CRUZ VÉLEZ, LUIS EVELIO DÍAZ RUÍZ e ISMELDA MÁRQUEZ LONDOÑO - declararon en ese mismo sentido, advirtiendo que tal negocio se realizó para que la señora REINA ESCOBAR pudiese arbitrar recursos económicos para el establecimiento de comercio que había abierto al público; y que SAAVEDRA PALOMEQUE realizó préstamos para esa empresa e hizo remodelaciones o mejoras al local en donde funciona el Almacén Fashion, cual es el nombre que le dieron al negocio.

**LUIS EVELIO DÍAZ RUÍZ**, constructor de profesión, testimonió: *“cuando ellos vivían juntos German compró una rifa, y se ganó una casa en la Tulia, y como ellos no tenían problemas, lo sé porque yo permanecía mucho en la casa de ellos, entonces montaron un almacén, y él le colocó la propiedad a nombre de ella, para que ella pudiera hacer préstamos para surtir el almacén y en la casa donde está el almacén que era de los suegros yo le arreglé muchas cosas...”* –folio 10 cdno. 7-.

A su turno **MARIA LIDA DE LA CRUZ VÉLEZ** expresó: *“...un día llegué y encontré a Martha Isabel en la casa y me dijo que se había organizado con German y con su niño que es de otra persona, el señor German veía por ellos, es muy responsable y organizado. Posteriormente se pasaron ellos se pasaron a vivir a otro lado, después de (sic.) las hermanas de ella se fueron para España, y luego se pasaron a la casa paterna de Martha Isabel debido a que los padres se fueron a una casa nueva, allí ella tiene un almacén, y él mismo se lo decoró y además organizó el patio con unas orquídeas. Luego ella estuvo muy enferma y él estuvo ayudándole en todo y siempre estuvo pendiente de ella, hasta que ella se mejoró. Ellos no tuvieron hijos, pero el niño de Martha lo entró a estudiar aquí en Roldanillo, y siempre estaba pendiente de él como su verdadero padre. Posteriormente German se ganó una rifa de una casa campestre en tulia (sic.), pero German le cedió eso a Martha que para surtir el almacén...”* –folio 8 cdno. 7-. En muy parecidos términos declararon los demás testimoniante.

Esas probanzas acreditan que entre **GERMÁN SAAVEDRA PALOMEQUE** y **MARTHA ISABEL REINA ESCOBAR** se estableció y promovió un verdadero proyecto de vida que superó en el tiempo la década y sobrepasó los linderos de lo afectivo para incursionar en el terreno de lo económico, escenario en el cual ambos compañeros a la par con el cultivo de su relación marital, desarrollaron actividades que redundaron en su engrandecimiento económico al cual contribuyeron conjuntamente, el que no se puede escindir y escrutar al margen de la vida de pareja, en cuyo seno se disfruta de los triunfos en todos los campos, pero de contera también padece las dificultades, no solo en las relaciones interpersonales, sino también las que brindan los negocios y el manejo de la economía doméstica.

El testimonio de **ORFA LUCÍA BOLÍVAR TABARES** arrimado a pedido de la demandada, lo que hace es afianzar el restante material probático en cuanto confirma la existencia de la vida de pareja entre los aquí litigantes, más cuando se le interrogó acerca de si conocía algún otro tipo de vínculo entre ellos, dijo no saber y, si bien da cuenta de algunos de los bienes conseguidos por los compañeros, no se encuentra en esa testificación la afirmación de hecho alguno que señale total desinterés, ajenidad o distanciamiento del señor **SAAVEDRA PALOMEQUE** en la economía familiar y en los negocios de su compañera, como para pensar en una independencia tal que desvirtúe el aporte personal y material de este a la sociedad. El ingreso que la señora **REINA ESCOBAR** registra como beneficiaria de la seguridad social –sustitución pensional-, debe mirarse cualitativamente como equivalente al que el señor **SAAVEDRA PALOMEQUE** percibía como empleado del Hospital de Bolívar, de tal suerte que ambos aportaban a una causa común, esto es, a las cargas filiales que impone la vida en familia, todo lo cual en un mismo fondo contribuye, no solo a subvenir los requerimientos personales, sino también al crecimiento económico.

Así las cosas, nítido aparece que los elementos acuñados por la doctrina para la configuración de la sociedad de hecho, están presentes en este asunto, como que se trató de una serie de hechos paralela, simultánea, en plano de igualdad de explotación común tendiente a la consecución de beneficios de distinto orden. No obra prueba en el expediente que diga vinculación de dependencia laboral u otra contractual entre los citados compañeros o que se trate de una relación de simple indivisión, tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes.

Las anteriores argumentaciones sirven también para desestimar las excepciones de mérito promovidas por el extremo demandado, a través de las cuales se alegó que no existió la pretendida sociedad de hecho y un supuesto fraude por haberse antes decidido por la Jurisdicción de Familia el otro juicio alusivo a la unión marital de hecho entre compañeros y consecuente sociedad patrimonial. Quedó explicado que la existencia de sociedad patrimonial, ni la decisión sobre la misma, obstan la presencia de una sociedad por los hechos.

En consecuencia, la decisión recurrida habrá de ser infirmada con la consecuente condena en costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

**Sentencia de 2ª instancia (2009-0195-02) del 16 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: revoca la sentencia apelada.**

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – La culpa existe cuando el agente tiene la obligación legal o contractual de actuar, o cuando teniendo la posibilidad de evitar la producción del daño, no lo hace/RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Al banco intermediario en la venta de un vehículo no le corresponde averiguar si la matrícula del mismo es legal o no lo es.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 1984 y 2341 a 2356.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 047 de 1996.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue se declare civil y extracontractualmente responsable al Banco demandado de la “*venta fraudulenta de la tracto mula*” de placas NKL303, ya que los documentos de importación del automotor eran falsos.

Luego, en este evento corresponde a esta instancia determinar si como lo sostuvo la Jueza de primera instancia ¿La conducta del Banco demandado fue culposa? y ¿si en verdad ella fue la causa determinante de los daños sufridos por el demandante con ocasión de la inmovilización y posterior decomiso administrativo de la tracto mula de placas NKL 303?

Para resolver tal cuestionamiento, es necesario precisar en primer lugar que la venta del rodante efectuada por la señora NUBIA MARINA DUQUE a ORLANDO HOYOS SUÁREZ y en la que actuó como intermediario el Banco fue legal, ya que el traspaso

fue inscrito por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Buga, situación distinta es que la cosa con posterioridad a la venta resultara evicta y por esta razón se produjera su pérdida total.

Clarificado lo anterior no hay duda de la existencia de un hecho dañoso en virtud de que la DIAN ordenó el decomiso administrativo de la tracto mula que había sido adquirida por el aquí actor, lo que implicó que éste perdiera la posesión jurídica y material del automotor en cuestión.

Ahora bien, en cuanto a la conducta culposa que se le atribuye al Banco en la labor de intermediación que desarrollo, se advierte de la certificación emitida por la Secretaría de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Buga (Valle) que el tracto camión de placas NKL 303 fue matriculado el 8 de abril de 1994 a nombre de STELLA ENRIQUE DE DÍAZ, quien el 1º de septiembre de 1995 lo transfirió a NUBIA MARINA DUQUE VEGA, vehículo embargado dentro del proceso ejecutivo que se tramitaba en contra de la citada señora por el BANCO DE OCCIDENTE en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo; dentro de éste trámite la señora NUBIA MARINA ofreció en dación en pago el rodante por lo que el banco ofreció el vehículo a quienes estuvieran interesados en adquirirlo siendo uno de ellos, el señor HOYOS quien finalmente lo compró. Igualmente, es de resaltar que la venta fue autorizada por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo como da cuenta el proveído del 16 de abril de 1998.

No es materia de discusión que el automotor fue inmovilizado el 30 de abril de 1999 y que dentro de la investigación realizada por la DIAN –Regional Noroccidente – y que finalizó mediante la Resolución 83 A 11-064 0300 de 11 de febrero de 2000 se declaró de contrabando y se dispuso el decomiso administrativo con sustento en que no se aportó declaración de importación ya que la presentada no reposa en los archivos de la entidad y además el registro de importación aportado no correspondía al citado vehículo.

De lo hasta aquí expuesto no cabe duda que en la venta realizada al señor HOYOS SUÁREZ se presentaron hechos de evicción que impidieron que el adquirente pudiera explotar el automotor pero de allí no se puede deducir una conducta culposa del BANCO DE OCCIDENTE que lo lleve a ser civilmente responsable ya que la actuación de éste se limitó a servir de intermediario entre el comprador y la vendedora y por tanto, no era de su carga averiguar si la matrícula del rodante era legal o no como equivocadamente lo sostiene la *a quo*, en este sentido no se comprobó que tal obligación se haya asumido por la entidad demandada ni se determinó que ella emane de un mandato legal.

Recuérdese que cuando se pretende derivar responsabilidad por la omisión de una conducta, ella se genera siempre y cuando el agente tenga la obligación legal o contractual de actuar o cuando teniendo la posibilidad de evitar la producción del daño no lo hace. En este caso no se demostró que tal obligación emergiera de la convención o que por mandato legal correspondiera al Banco demandado, ni mucho menos que éste tuviera el conocimiento de la situación objeto de reproche para que fuera de su resorte evitar el daño.

Es más, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Buga matriculó el rodante en cuestión por lo que es claro que la señora NUBIA MARINA y el BANCO DE OCCIDENTE actuaron con la conciencia de estar traspasando un bien amparado en la legalidad, desconociendo el hecho que estaba prohibida la importación de vehículos tractores de segunda, aunado a que la retención del automotor se realizó el 30 de abril de

1999, data posterior a la que se realizó el traspaso antes referido, y por ende, su actuar está amparado en la confianza legítima que de dicho proceder se desprendía y de la buena fe registral, que consiste en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quién pretende resguardarse en la protección registral, de que la persona de quién adquirió el bien de que se trata era dueño y podía transmitirle su dominio; y en sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante o el registro, lo cual deviene del principio de la fe pública que permite contratar o celebrar negocios jurídicos adquisitivos fundándose en la confianza que el registro inspira.

En resumen, no habiéndose demostrado que el banco demandado en su condición de intermediario en la venta del vehículo de placas NKL 303 haya tenido conocimiento de que el rodante se había matriculado con documentos espurios, no puede derivarse respecto de él actuación culposa, ya que se itera no era de su carga averiguar si la matrícula del rodante era legal o no como equivocadamente se concluye en el fallo apelado.

**Sentencia de 2ª instancia (2009-00004) del 01 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca parcialmente la sentencia apelada.**

**PROCESO EJECUTIVO DE ALIMENTOS – La proyección de las cuotas alimentarias futuras por dos años es una medida no arbitraria y que consulta el interés superior del menor.**

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

Ley 1098 de 2006, artículo 129; Código de Procedimiento Civil, artículo 498.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-001 de 1999, C-590 de 2005, T-102 de 2006 y T-887 de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) La discusión se centra en la posible vulneración al derecho del debido proceso dentro de una actuación judicial, lo cual es apreciable de las manifestaciones de la accionante, quien reprocha del juzgado accionado no haber aceptado la proyección de las cuotas alimentarias futuras presentada por ella y sólo limitarla a dos años.

Por lo tanto, debe la Sala examinar ¿si en este caso se cumplieron las exigencias de procedibilidad necesarias para la viabilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales? Y determinado ello ¿si dicha actuación se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia constitucional ha establecido como una vía de hecho?

(...)Ahora bien, Para comprobar la existencia de las causales específicas de procedencia de la acción de Tutela frente a la actuación judicial surtida por la falladora de instancia, especialmente la que se refiere al numeral segundo del auto

1944 de noviembre 09 de 2011, es necesario hacer un recuento de la actuación adelantada, así:

- Mediante proveído del 10 de agosto de 2011, el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE TULUA (Valle) libró mandamiento de pago a favor de la accionante en representación de la menor LUNA VALENTINA ARIAS OSORIO y en contra del señor HERIBERTO ARIAS SARMIENTO.
- Se decretó la medida de embargo del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 384-41795 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tulúa (V), ordenando acumular esa medida a los embargos dispuestos sobre ese mismo bien.
- El 16 de septiembre de 2011, se realizó diligencia de notificación personal y traslado al demandado, quien dentro del término concedido no efectuó el pago de la obligación ni presentó excepciones.
- Posteriormente la apoderada judicial de la demandante presentó reforma, pretensión a la cual accedió el juzgado de conocimiento.
- A través de auto No. 1944 de noviembre 09 de 2011, el despacho ordenó seguir adelante la ejecución y en el numeral segundo de esta providencia dispuso: *“Líquidese el crédito de acuerdo a lo contenido en el artículo 521 del código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 32 de la Ley 1395 de 2010, sobre dicha liquidación realícese una proyección a dos años más para efectos de garantizar los alimentos para la menor LUNA VALENTINA ARIAS OSORIO”*, decisión que fue recurrida.
- La jueza con providencia de noviembre 29 de 2011, negó la revocatoria impetrada y declaró improcedente el recurso de apelación.

Pues bien, en el *sub-lite*, de entrada debe precisarse, que la autoridad judicial actuó dando estricto cumplimiento y celeridad al procedimiento y normatividad establecida para este tipo de asuntos, además en consideración al interés superior del niño, ordenó realizar sobre la liquidación del crédito una proyección a dos años más de las cuotas alimentarias futuras, para garantizar los alimentos de la menor.

No obstante, el Juez Constitucional, en virtud del interés superior del niño, no puede endilgarse la facultad de inmiscuirse en la autonomía e interpretación judicial de los jueces de conocimiento, ni mucho menos desnaturalizar los procesos previamente establecidos, más aún cuando como ocurrió en el presente caso, la decisión se profirió sobre bases ajustadas al ordenamiento legal y constitucional que en ningún momento pueden calificarse como una vía de hecho.

La Corte Constitucional, ha manifestado que no hay que perder de vista que la resolución de un caso específico corresponde al juez competente ordinario, quien goza de independencia para interpretar las disposiciones legales aplicables y para valorar las pruebas allegadas. Es él quien adopta las decisiones a que haya lugar en el proceso y quien finalmente dicta la sentencia que decida el asunto. La autonomía del juez es un principio que debe respetarse; no obstante, excepcionalmente se puede afectar si ocurre una vía de hecho...

Significa lo anterior que no todas las irregularidades que existan en un proceso judicial son vías de hecho para que ello sea así, se itera, es necesaria la incursión de un defecto orgánico, sustantivo procedimental o fáctico, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente constitucional o violación directa a la constitución, lo que en el evento que se revisa no aconteció.

La accionante pretende que se realice una proyección de cuota alimentaria hasta que su menor hija cumpla 22 años de edad, invocando la protección del interés superior de la menor, pretensión que la *a-quo*, por analogía y buscando salvaguarda de los intereses de la menor extendió por el lapso de dos años, puesto que al no existir norma que en forma imperativa ordene tal proceder, dio aplicación a lo establecido en el artículo 129 del Código de la Infancia y Adolescencia, el cual determina que si se garantiza las cuotas alimentarias por el término de dos años siguientes el embargo se levantará, decisión que en consecuencia resulta acorde a los parámetros legales y constitucionales vigentes.

Por lo tanto, dentro del trámite surtido en el proceso ejecutivo de alimentos la JUEZA SEGUNDA DE FAMILIA de TULUA (Valle), no incurrió en una vía de hecho ni transgredió el ordenamiento jurídico, antes por el contrario en su decisión veló por la protección del interés superior de la menor y se ajustó a las prescripciones propias del proceso coercitivo en cuya regulación si bien el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil permite incluir las sumas debidas por alimentos que en lo sucesivo se causen no extiende tal orden a la pretensión de la accionante, por tanto, dicha petición debe plantearse dentro de un proceso de conocimiento por exceder el ámbito del proceso de ejecución cuyo derrotero está delimitado por las prestaciones insatisfechas que constan en el título ejecutivo y aquellas que por mandato legal se deben disponer.

En consecuencia, y al no configurarse ninguna de las causales señaladas por la Corte Constitucional como vía de hecho dentro de la decisión tomada por la juez accionada, la tutela reclamada será negada.

**Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00042-00) del 05 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES DE EDAD – El desafiliarlos del sistema de salud cuando padecen enfermedades catastróficas es circunstancia que vulnera sus derechos fundamentales.**

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

Constitución Política, artículos 44, 49; Decreto 488 de 1996.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-088 y T-657 de 2008.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) El problema jurídico a resolver se centra en determinar ¿si la desafiliación del Sistema de Salud de un menor de edad que padece de una enfermedad catastrófica lesiona sus derechos fundamentales?

La Constitución del 1991 estableció en su artículo 49 la obligación por parte del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en cuanto a la salud se refiere. Por ello, las entidades que prestan este servicio se encuentran obligadas a brindar, orientar y facilitar a sus afiliados de forma pronta y eficiente los servicios que ofrecen.

Tanto el derecho a la salud como el derecho a la vida, cuya protección se reclama en este asunto, hacen parte de la gama de los derechos fundamentales.

Además, por mandato del artículo 44 de la Constitución Política, el derecho a la salud y a la seguridad social se constituye en fundamentales *per se* cuando de menores se trata.

Ahora bien, el Decreto 488 de 1996 por medio del cual se aprobó la modificación a los servicios de Salud del Fondo Social de Ferrocarriles de Colombia, en su artículo 26 consagra:

Los servicios médicos a cargo del Fondo serán cancelados a los beneficiarios por una de las siguientes causas:

1. Por muerte del pensionado (salvo lo anotado en el parágrafo de este artículo).
2. Por cambio de dependencia económica, es decir, cuando el beneficiario esté trabajando, y adquiera derecho a los servicios en una Entidad Promotora de Salud, EPS.
3. Hijos mayores de dieciocho (18) años que no estén estudiando.
4. Hijos mayores de veinticinco (25) años aunque dependan económicamente del pensionado y se encuentren estudiando.
5. Por matrimonio del hijo(a).
6. Por voluntad del pensionado en el caso del cónyuge o compañera(o).

Para la desafiliación del cónyuge o compañera(o), el pensionado(a) deberá dirigir esta petición directamente al Fondo; señalando los motivos de su decisión.

**PARÁGRAFO. En el caso de muerte del pensionado se continuará la prestación de servicios a:**

- a) La esposa(o) o compañera(o) siempre y cuando al momento del fallecimiento del pensionado cuente con el respectivo carné;
- b) Hijos menores de dieciocho (18) años que al momento del fallecimiento del pensionado cuenten con su respectivo carné;**
- c) Hijos mayores de dieciocho (18) años y menores de veinticinco (25) años que se encuentren estudiando, dependan económicamente del pensionado y que al fallecer éste, cuenten con el respectivo carné;
- d) Padres del pensionado, siempre y cuando por falta de esposa(o) o compañera(o) e hijos se entiendan que heredan el derecho de sustitución pensional al causante; de lo contrario automáticamente se les suspenderá el servicio.

Estas personas deberán radicar los documentos requeridos para adelantar los trámites de sustitución pensional en un plazo máximo de treinta (30)

días a partir de la fecha de fallecimiento del pensionado(a) o de lo contrario serán suspendidos los servicios.

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha dejado en claro la prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia:

**“El primer inciso del artículo 48 de la Constitución establece tres principios respecto a la seguridad social: *“(...) eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”*. De igual forma, en dicha disposición, además de caracterizar la seguridad como un derecho irrenunciable, se plasmó el deber del Estado, con la participación de los particulares, de ampliar progresivamente el servicio. Concatenado a lo anterior, el artículo 49 de la Carta estableció la garantía *“(...) a todas las personas [de acceder] a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.**

**De igual forma, de dichos principios debe inferirse el derecho a la continuación de la prestación del servicio, pues *“constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud”*.**

De esta manera, existen obligaciones consistentes en prestar el servicio de salud de manera continua, así como brindarlo sin restricciones de orden administrativo y/o reglamentario a grupos de especial protección constitucional. De dichas obligaciones se desprende la prohibición de desafiliación del sistema cuando esta situación implique, (i) no respetar la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional.

Corolario a lo anterior, es evidente que junto a la prohibición de desafiliación va aparejada la obligación de las EPS de informar al usuario las alternativas con las que cuenta para no ser desvinculado del sistema y de reestablecer una afiliación cuando (i) no se ha respetado la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) se ha dejado sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucionales.

Luego, como en el presente caso es un menor de edad que sufre una patología denominada *Leucemia Linfoblástica Aguda*, considerara como catastrófica o ruinosa, paciente que ha sido atendido y se le ha dado el tratamiento respectivo por parte de COSMITET Ltda, de acuerdo con la normatividad y precedentes citados no existía razón válida para que ésta entidad niegue la calidad de beneficiario del menor y se sustraiga de sus obligaciones constitucionales dado que no podía interrumpir el tratamiento que viene brindándole.

Frente a este tópico, no es de recibo excusar dicho deber por la omisión de la representante legal del menor al no adelantar los trámites de sustitución pensional una vez se presentó el fallecimiento del cotizante por cuanto ni esa ni ninguna otra situación administrativa excusa o releva a la entidad de terminar un tratamiento médico con mayor razón cuando el usuario es un sujeto de especial protección Constitucional, como aquí ocurre.

Es más, el retiro de PEDRO STEVEN del Sistema General de Seguridad Social en Salud por la muerte de su padre, el señor PEDRO ANTONIO BARAHONA no podía ordenarse porque la Corte Constitucional ha señalado en forma enfática que *“en virtud del principio de continuidad en el servicio público, esta Corte ha dado un máximo alcance en el sentido de que las empresas promotoras de salud tienen la obligación de culminar los tratamientos que le han iniciado a un paciente bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, aunque haya expirado el término fijado en las normas anteriormente mencionadas (Subrayado fuera del texto).*

Por tanto, tratándose de la continuidad de un procedimiento necesario para la recuperación de la salud de un menor de edad que padece de una enfermedad catastrófica, la desafiliación verificada, vulnera sus derechos fundamentales, razón suficiente para amparar los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social deprecados, y en consecuencia, se ordenará a la accionadas reactivar la afiliación mientras en sede administrativa se define lo relativo al derecho a la pensión de sobreviviente, y especialmente a la sociedad COSMITET Ltda, continúe de manera inmediata con la prestación de los servicios de salud y el tratamiento integral requerido por aquél.

**Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00044-00) del 07 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: concede la protección solicitada.**

**AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA – El tener la condición de desplazado no implica el estar impedido o imposibilitado para promover la acción de tutela/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA - La ratificación de lo actuado por el agente oficioso debe ser posterior y no previa al inicio de la actuación del agente.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 10; Código de Procedimiento Civil, artículos 63 y 65.

#### 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 de quien reclama protección constitucional e intenta, de acuerdo con el escrito de tutela y sus anexos, actuar como agente oficioso de Nanci Odila Narváez Agreda, Blanca Irene Ramos Enríquez, María Fernanda Ramos, Doralba Arenas Gaviria, María Rubiela Bastida, Gladys Montaña García, Zoila Dominga Hurtado

Alegría, Nora Maribel Oviedo Ordoñez, Socorro Ramos Enríquez, Álvaro Vanegas Vargas, Concepción Ruiz Angulo, Jacqueline Arboleda Sánchez, María Balbina Hurtado Rojas, Hilda Ofelia Agreda Narváez, Orlando Ramos Enríquez, Francisca Hurtado Hurtado, Liliana Maldonado Henao, Vicente Asprilla, Maritza Martínez Montaña, María Ismelda Narváez Prieto, Floripa Ordoñez Palomino, Nectario Oviedo Delgado, Silvia Rocío Álvarez Gonzales, Ana Milena Valencia Valencia, Juan Martin Hurtado Rojas, Segundo Félix Narváez Arboleda, Rigoberto Méneses Catuche, Graciela Medina Medina, Cesar Augusto Montaña Hurtado, Mónica Gissela Barrio Balanta, María Eugenia David Pineda, Luz Dary Rosero, Edgar de Jesús Ramos, Martha Isabel Ibarguen, Emetaria Gomez Renteria, Ernesto Urquina Villa, Amalia Rodríguez Tabares, María Amparo Cortez Portocarrero, Alexander Ospina Rodríguez, María Marleny Calderón, Fabiola Riascos Alegría, Ernesto Albeiro Narváez, Martha Lucia Obando, Marina Osorio Calle, Guillermo Muñoz Gómez, Noelia Cáceres Inarguen, Cruz Elena López Bueno, Alfonso Loaiza García, Lida Esnela Pérez Rivera, José Arbey Astudillo Quina, Luz María Cuenu Riascos, Leonila Obando cuero, Orfa Toro Valencia, Abel Quintana Medina, Héctor Fabio Carmona Ortiz, Ángel María Colorado, Miriam Palomino, Luz Elena Galvis Arias, Marianis Palomino Hurtado, Alba Yolanda Cortes, Martha Lucía Perenguez Mueses, María Aurora Duque, María Hurtado Hurtado, Alejandro Gómez Agredo, Benito Meneses Rodríguez, Blanca Nidia Álvarez Giraldo, María Teresa Gómez Camilo, Claudia Lorena Núñez Alegría, Domitila Edelvilda Hurtado Alegría, Rosa Elena Cáceres Ibarguen, Enriqueta Hurtado Arboleda, Orlando Hurtado Montaña y Yaneth Hurtado Alegría?.

Dada la informalidad que reviste la acción de Tutela, por regla general debe ser interpuesta por el titular del derecho y solo excepcionalmente se acepta su presentación a través del agente oficioso cuando se cumplan las circunstancias del inciso 2º del artículo 10 del decreto 2591 de 1.991, es decir, el que actúe en dicha calidad 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 ver afectado 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 dignidad humana, 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 a dicho:

Luego, para admitir la procedencia de la agencia oficiosa es necesario constatar la presencia de los siguientes requisitos:

- El actor actúa en nombre de otra persona.
- De la exposición de los hechos resulte evidente que el agenciado se encuentre imposibilitado para interponer la acción por su propia cuenta.

- Demostrar la imposibilidad en que se encuentra el titular del derecho para ejercer su propia defensa y.
- Ratificación de lo actuado por el agente oficioso.

Descendiendo al caso puesto en consideración, encuentra la Sala que dichos requisitos no fueron satisfechos por el accionante por cuanto no demostró que los presuntos titulares del derecho amenazado o vulnerado se encontraran en imposibilidad de promover su propia defensa, pues en gracia de discusión, si bien pudiera pensarse que las personas enlistadas por el demandante son desplazadas, tal circunstancia por si sola, no hace presumir que ellos no puedan ejercer la acción de manera directa, o a través de apoderado judicial e incluso por intermedio del personero municipal.

Es innegable que las personas víctimas de desplazamiento tienen una protección reforzada, sin embargo, no se puede aceptar, como lo pretende el reclamante que terceros no autorizados por la ley, exijan en su nombre los derechos que sólo a ellos les corresponden. En materia tal delicada la exigencia aumenta porque la protección de la población desplazada no está diseñada para la intervención de intermediarios como aquí se solicita sino que por el contrario ella enmarca al beneficiario en una regulación que reconoce su especial condición y le permite actuar con el acompañamiento requerido, luego se itera, no requiere para tal efecto de otras personas y menos aún de quien no tiene la investidura ni el reconocimiento legal para proceder de tal forma.

Tampoco es admisible otorgar *“poder para que actúe en mi representación como agente oficioso”* porque lo poderes solo tienen cabida cuando se confieren a quien tiene la calidad de abogado inscrito como lo determina el artículo 63 en concordancia con el canon 65 del Código de Procedimiento Civil, condición que el reclamante no ostenta y que le impide actuar en como representación de aquellos.

Además, de la interpretación del contenido del artículo 10 del decreto 2591 de 1.991 y precedente jurisprudencial anteriormente anotado, es evidente que la ratificación de lo actuado por el agente oficioso debe ser posterior y no previa al inicio de la actuación del agente, siendo entonces inadmisibles, como lo pretende hacer valer el accionante, que con antelación se hubiera ratificado lo que no se había realizado y ello tiene su razón de ser en que la agencia oficiosa procede siempre y cuando *“el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa”*, es decir, sólo cuando exista una situación de apremio que no permita al individuo actuar de manera inmediata y tenga que hacerlo un tercero en su nombre a efecto de proteger sus derechos fundamentales, situación que en el *sub examine* no se acreditó, pues como se dijo anteriormente, no se demostró probatoriamente que los agenciados estuvieran imposibilitados para interponer la acción personalmente y/o solicitar la defensa de sus derechos.

Nada impedía que los agenciados acudieran ante entidades como la Defensoría del Pueblo o Personería Municipal para que allí fueran asesorados idóneamente y en su favor se hubiera elaborado o iniciado la acción en el evento de que no contaran con los recursos económicos para designar un abogado de su confianza que los representara.

Así las cosas, el sólo hecho de tener la condición de desplazado no comprueba el impedimento para presentar por sí mismos o a través de apoderado judicial la respectiva acción, en otras palabras, tal eventualidad de modo alguno evidencia que hayan perdido la libertad de expresarse o de reclamar sus derechos, como erradamente se pretendió dar a entender en el escrito cartular, con mayor razón cuando a la fecha de interposición de la acción no se demostró sumariamente que los agenciados a pesar de ser unas personas mayores de edad no pudieran ejercer su propia la defensa.

Luego, no es posible entrar a examinar de fondo el asunto planteado debido a la falta de legitimidad de quien incoa la acción de Tutela pues al no cumplirse con las exigencias de la agencia oficiosa por la falta de prueba de la imposibilidad para interponerla directamente por los interesados resulta inadmisibile el amparo deprecado, sobre todo si se tiene en cuenta que los agenciados pueden acudir bien sea directamente o a través de apoderado judicial constituido para el efecto, el defensor del pueblo o el personero municipal, ante el Juez Constitucional en aras de lograr protección incluso si no estuvieren de acuerdo con la decisión que aquí se adopte, lo que indudablemente el legislador constitucional prohibió, al no permitir la duplicidad de acciones en defensa de los mismos derechos.

**Sentencia de tutela de 2ª instancia (2011-00212-01) del 08 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DIVORCIO – Incumbe a las partes, y no al juez, probar los hechos que son materia de controversia.**

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

Código Civil, artículos 154. 176 y 178; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 04 de abril de 1990 y 1998-00467-01 del 25 de mayo de 2010, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el *Sub lite*, como fluye del compendio de los antecedentes, se negaron las pretensiones de la demanda por falta de pruebas que sustenten la causal invocada, y aunque se imploraron dos, las contempladas en los numerales 2º y 8º del artículo 6º de la ley 25 de 1992, esto es *“El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”* y la *“La separación de cuerpos, judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos (2) años”*, lo cierto es que dentro de la argumentación del fallo censurado nada se dijo sobre la primera, falencia que no puede enmendarse en esta instancia por cuanto el recurso de apelación se concretó a controvertir el fundamento para configurar la separación de hecho por más de dos años sin reclamar por tal omisión. Luego el límite de la impugnación impone enmarcar la definición del litigio frente a la causal octava como en efecto se hará.

Así las cosas, la resolución de la alzada se centra en examinar ¿si las pruebas incorporadas al proceso demuestran la separación de hecho entre los cónyuges por más de dos años?

La causal octava, esto es, la *“Separación de Cuerpos Judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”* por ser objetiva puede invocarse conjunta o separadamente por los cónyuges e impone en su definición la exclusión de las circunstancias subjetivas por la que se produjo el alejamiento de la pareja pues su fin es remediar la situación anómala del vínculo conyugal y no emitir juicios de valor con efectos sancionatorios.

En este sentido y acorde con el principio de la carga de la prueba previsto en el artículo 177 del estatuto procesal civil, incumbe a quien la invoca probar el supuesto de hecho que la norma exige, es decir, la separación y en el caso de ser de hecho, su prolongación en el tiempo por más de dos años.

Para lograr tal propósito el demandante aportó el registro Civil de Matrimonio donde denota como fecha de celebración del matrimonio civil, el 25 de abril de 2007 en la Notaria Tercera del Municipio de Palmira (Valle).

Además, se recibieron las declaraciones de las señoras HANNE CRISTINA CRIOLLO Y OLGA STELLA MAYORGA CESPEDES, que aunque inicialmente fueron solicitadas como pruebas de la parte demandante, ante su falta de comparecencia en la audiencia programada, fueron decretadas de oficio por el juzgado de instancia.

La primera de las citadas, hija del demandante manifestó que al poco tiempo del matrimonio de su padre con la señora CLAUDIA MERCEDES, éste viajó a España y no había transcurrido un año cuando su cónyuge también se traslado a ese país a encontrarse con él, encuentro que no se produjo porque la demandada nunca llegó a la residencia del señor JORGE ELICER CRIOLLO RUIZ, y desde ese momento se encuentran separados. Aclaró que es conocedora de la situación por las manifestaciones que le ha hecho su padre sin tener más detalles puesto que como ella misma lo asevera *“mi papá vive en España desde esa época de recién casado, el vino como en junio de 2010, y nos comento el caso porque el era muy reservado”*

La segunda testigo, expuso los mismos hechos e igualmente explicó que conoció de ellos por la versión del señor CRIOLLO RUIZ y sus hijas, al indicar que *“ya que no he viajado a España, lo que se, es porque me lo han contado JORGE ELICER”*

De donde se concluye, como bien lo analizo la *a-quo*, que al debate judicial no se allegaron los elementos probatorios necesarios para demostrar que los cónyuges se encuentran separados desde el mes de mayo del año 2007, como se advirtió en la demanda, puesto que quienes testificaron no tienen conocimiento directo de los hechos. Incluso HANNE CRISTINA hija del aquí demandante advirtió que su padre es muy “reservado”, y por ello no brindó mayores detalles frente a los hechos objeto de controversia. Es más, ambas testigos manifiestan que la pareja se fue para España, primero el señor CRIOLLO RUIZ, quien posteriormente mando por su esposa CLAUDIA MERCEDES. Las declarantes aseveran que JORGE ELICER envió por su cónyuge pero no tienen certeza de lo sucedido en ese País, narración que contradice lo aseverado en el 4º de los hechos de la demanda. Por lo tanto,

incumplida la carga probatoria por quien tenía el deber de demostrar los supuestos de hecho aducidos no es posible decretar el divorcio por esta causal.

Finalmente, y respecto a la carga probatoria como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

El artículo 177 del C. de P. C. cuando establece en forma perentoria que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Esta, desde luego, no representa una obligación de la parte, ni un mero derecho, sino una verdadera carga procesal, o sea, “el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho. Desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés...” (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, págs. 211 a 213

Y en este caso no hay duda que quien corría con las consecuencia adversas de la falta de diligencia probatoria era la parte demandante porque era dicho extremo procesal el llamado a incorporar todos aquellos medios para lograr la convicción de la juzgadora sobre el hecho alegado, en este caso, la separación por más de dos años, lo que evidentemente no se demostró; fue tal su negligencia que incluso los testimonios recaudados se decretaron de oficio por la Jueza de conocimiento ya que correspondiendo al apoderado actor lograr su comparecencia en la diligencias programadas no comprobó haber hecho el mínimo diligenciamiento con tal fin.

**Sentencia de tutela de 2ª instancia (2010-00323-02) del 12 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**COSA JUZGADA – Del acta de conciliación que contiene la novación de las obligaciones inicialmente contraídas.**

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

Ley 446 de 1998, artículo 66; Código Civil, artículo 1693.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 23 de enero de 1992 y del 22 de noviembre de 1999, radicación 5090, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Está fuera de discusión: en el decurso del proceso penal que ante denuncia formulada por JORGE FELIPE CASTILLO VILLOTA [deudor] cursó contra el aquí demandante en la FISCALIA 48 LOCAL de Cali, denunciante y denunciado CONCILIARON las obligaciones instrumentadas en las dos letras de cambio que son objeto de cobro ejecutivo en el presente proceso ejecutivo.

En virtud de dicho acto, las obligaciones dinerarias representadas en los mentados títulos valores [\$46.000.000.00 y \$7.000.000.00 respectivamente, con sus respectivos intereses], fueron sustituidas por una nueva obligación (ó “deuda”, como ellos mismos la rotularon) que las partes acordaron en la suma de \$50.000.000.00, misma que el deudor se comprometió a cancelar al acreedor así: “...la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) como cuota mensual abonando al capital de la deuda que son \$50.000.000.00 de pesos, los cuales comenzará a pagar el día 27 de octubre de 2004 hasta finalizar la totalidad de la deuda, y en las primas de junio y noviembre cancelará la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) más, es decir millón seiscientos mil pesos (\$1.600.000.00) en total, para cada uno de los meses anteriores...” (folio 3 fte. cdo. 1o).

Dicho acuerdo fue aprobado por el funcionario penal competente, y con fundamento en el mismo profirió “...resolución INHIBITORIA, dentro de la presente investigación...” (folios 100 y 101 cdo. 3. “pruebas de la parte demandada”).

A términos del artículo 66 de la Ley 446 de 1998, “...el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo...”

Para ésta Sala, el arreglo conciliatorio al que arribaron las partes en relación con las obligaciones dinerarias instrumentadas en las dos letras de cambio cuyo recaudo ejecutivo se pretende en el presente proceso tuvo un claro propósito novatorio, pues en esa conciliación no solo se dio paso a una nueva obligación [también dineraria, pero de cuantía diferente], sino que adicionalmente se acordaron unas condiciones de pago totalmente diferentes a las primigeniamente contraídas.

En otras palabras: acreedor y deudor, a través de la prenombrada conciliación, sustituyeron las dos obligaciones anteriores [representadas en los referidos títulos valores] POR UNA NUEVA [la plasmada en el acta de conciliación], lo cual constituye evidente exteriorización de su “*animus novandi*”, elemento fundamental en la configuración de la novación que el inciso primero del artículo 1693 del Código Civil exige -y define- en los siguientes términos: “...Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua...”.

De los términos, pues, como las partes ajustaron la conciliación que se examina, es claramente deducible su intención de cambiar o trocar las dos obligaciones anteriores por una nueva (creación *ex novo*), materializándose así un prototípico relevo volitivo en virtud del cual se sustituyó un débito nuevo por los dos anteriores (*aliqui novi*). A éste propósito no sobra memorar que -como de antaño lo ha

precisado la Corte- “...[Q]uerer los efectos de la nueva obligación es, entonces, condición fundamental de la novación, ya subjetiva ora objetiva, bien sea porque así lo declaren expresamente las partes o porque sea circunstancia claramente deducible de la intención de las mismas” (casación civil, 23 de enero de 1992)

Acertó entonces el juez de primera instancia cuando a vuelta de hallar configurada la novación de las obligaciones cambiarias cuyo cobro compulsivo pretende la parte actora, procedió a reconocer el efecto liberatorio que el demandado planteó expresamente a través de la excepción de COSA JUZGADA, lo que no otra cosa traduce, cual lo dejó asentado el juez *a-quo* en la sentencia opugnada, que “no podrá seguirse la ejecución” con fundamento en las dos letras de cambio exhibidas por el demandante como base de recaudo ejecutivo.

Ahora bien: la parte actora cuestiona tanto los efectos novatorios de la conciliación tantas veces citada como la eficacia ejecutiva de la nueva obligación surgida de dicho acuerdo, aduciendo que el acta correspondiente no es clara, y por ende no presta mérito ejecutivo, porque si bien en ella “...se anotó la condición de mi mandante de hacer efectiva la obligación si el señor Castillo Villota incumplía los pagos periódicos, (...) no se expresó si esa obligación sería la anterior, o la que se acabada de conciliar, inconsistencia que repito, mi mandante no puede asumir porque solo son atribuibles a la autoridad que llevó a cabo la diligencia...”. A lo cual agregó que “...como se trató de conciliar el valor de la obligación que pagaría el demandado a mi mandante, pero nada se dijo sobre la validez o invalidez de los títulos firmados por él, lógico es aceptar que la obligación conciliada por los cincuenta millones de pesos siga vigente, pero que por la ineptitud del acta, mi mandante solo puede cobrar a través de los títulos valores que portaba, que gozaban de las características de ser claras, expresas y exigibles al momento de ser presentadas, y no con base en el acta de conciliación, la cual no sería de recibo por el juzgado ...” (las subrayas son de la Sala; folio 87 fte. cdo. ib.).

En relación con lo anterior basta reiterar lo ya expresado en párrafos anteriores, acerca de que (i) en los términos como las partes ajustaron la conciliación, claramente se deduce que su intención fue la de cambiar o trocar las dos obligaciones anteriores [que aquí se cobran ejecutivamente] por una nueva, la contraída en la conciliación, lo cual deja ver su clarísima intención de sustituir un débito nuevo por los dos anteriores; y que (ii) como de vieja data lo ha precisado la Corte, esa intención de novar puede anidar no solo en el texto mismo del acuerdo de voluntades, esto es, “...porque así lo declaren expresamente las partes...”, sino también porque ello sea “...claramente deducible de la intención de las mismas” (casación civil, 23 de enero de 1992).

Por modo que cuando en la plurimentada conciliación el acreedor dejó constancia en torno a que si el deudor incumplía la obligación allí pactada “...hago efectiva la obligación...”, obviamente se estaba refiriendo a la única obligación emergente del acuerdo conciliatorio, y no a las dos que ésta sustituyó, de donde sobraba la precisión que la censura echa de menos [a saber, que “...no se expresó si esa obligación sería la anterior, o la que se acabada de conciliar...”], prédica que igualmente cabe frente a la restante glosa del recurrente [conforme la cual, en la conciliación “...nada se dijo sobre la validez o invalidez de los títulos firmados por él (el acreedor)...”], toda vez que atendida la claridad de la voluntad de las partes, rayaba en lo redundante que éstas se ocuparan de indicar expresamente la suerte

de las dos obligaciones novadas, y la de los documentos que las instrumentaban. A la sazón, es la ley la que se ocupa de ello, al señalar que frente a las obligaciones que fueron objeto de conciliación opera el fenómeno liberatorio de la COSA JUZGADA, que justamente fue uno de los mecanismos exceptivos propuestos por el demandado, y que el juzgado *a-quo* acogió en la sentencia apelada.

Definida como ha quedado la suerte de las dos obligaciones que fueron allegadas por el demandante como base de recaudo ejecutivo, y no sin antes memorar el carácter accesorio de la hipoteca, se impone dejar puntualizado, a manera de acotación final, que es innecesaria cualquier consideración adicional en torno a la eficacia o no de la garantía hipotecaria que aquel pretendió hacer valer en el presente juicio.

**Sentencia de 2ª instancia (2005-0003-01) del 16 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO DE PETICIÓN – La respuesta, además de su claridad y precisión, debe guardar correspondencia con lo solicitado.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Contencioso Administrativo, artículo 6; Decreto 4062 de 2011, artículo 7; Resolución 0048 de 2012, artículo 1º.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-377 de 2000, T-609 de 2003. T-259 de 2004 y T-705 de 2010.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) Luego, atendiendo las afirmaciones de la accionante y la respuesta emitida por una de las entidades accionadas, el análisis a realizar se enfoca en determinar ¿si la respuesta proferida por las entidades accionadas cumple con las exigencias de claridad y precisión, propias del derecho de petición?

Al efecto debe precisarse que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental de petición y su ejercicio frente a las autoridades que tienen la obligación de satisfacerlo, enfatizando que este no se logra con el simple acuse de recibo de la petición, sino que debe dar una respuesta que comprenda el fondo del tema sometido a su consideración, requiriéndose además, su notificación de manera oportuna al interesado

En este orden de ideas, se tiene que el derecho de petición comprende la facultad de obtener una respuesta y que, por supuesto, ella se emita en condiciones idóneas que permitan su conocimiento por parte del petente, y que guarde correspondencia con lo solicitado, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable; desde luego, aquel se contrae a que la petición se tramite y resuelva oportunamente.

Ahora, respecto del término para resolver el derecho de petición, la Corte Constitucional ha precisado:

...por regla general, se aplica lo estipulado en el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, el cual señala que son 15 días siguientes a la fecha de su recibo, los que se tienen para resolver las solicitudes. Ahora bien, de no ser posible otorgar una respuesta, antes de que se cumpla el término mencionado, la autoridad o el particular deben explicar los motivos que generan el incumplimiento y determinar la fecha en que se le dará la resolución correspondiente. De no presentarse una explicación previa al incumplimiento del término de contestación se entenderá vulnerado el derecho fundamental de petición

En el caso que nos ocupa, el accionante adjunta una contestación a las quejas presentadas ante la entidad accionada, afirmando que no ha recibido respuesta al derecho de petición remitido al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES el día 08 de febrero de 2012. Por su parte LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA en su escrito de contestación, informa que desde el pasado 21 de febrero de 2012, se dio respuesta al derecho de petición incoado.

Por lo que examinado con detenimiento el contenido de la petición formulada y las respuesta emitidas, puede concluirse lo siguiente:

La inconformidad del accionante radica en dos aspectos, a saber: a) el procedimiento llevado a cabo por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACION COLOMBIA al momento de tramitar su cédula de extranjería, considerando la vulneración de sus derechos fundamentales al no expedir ningún tipo de documento que permita su identificación en el territorio nacional y b) el incumplimiento de leyes y plazos vigentes, además de peticiones subsidiarias de concesión de visa y residencia permanente.

Ahora bien, frente al primer tópico es preciso aclarar que con la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, mediante decreto 4062 de 2011 se creó la Unidad Administrativa Especial, como un organismo civil de seguridad, denominada Migración Colombia, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual tiene dentro del marco de sus funciones de conformidad con el numeral 7° del artículo cuarto del decreto de creación:

Expedir los documentos relacionados con cédulas de extranjería, salvoconductos y prórrogas de permanencia y salida del país, certificado de movimientos migratorios, permiso de ingreso, registro de extranjeros y los demás trámites y documentos relacionados con migración y extranjería que sean asignados a la entidad, dentro de la política que para tal efecto establezca el Gobierno Nacional.

De igual forma mediante la Resolución 0048 de 2012, se dispuso en el artículo primero:

Expedir el documento denominado “CONTRASEÑA” como documento de identidad provisional para los ciudadanos extranjeros mayores de 18 años registrados en la República de Colombia, expedición que se hará hasta el día 02 de julio de 2012.

PARAGRAFO. El término de expedición del documento denominado “CONTRASEÑA” podrá ser prorrogado mediante la expedición de una nueva Resolución por parte de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Así las cosas, observa la Sala que efectivamente se encuentra vulnerado el derecho de petición al accionante, porque a la fecha han transcurrido más de 15 días desde que solicitó la expedición de un documento de identificación dentro del territorio nacional a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACION COLOMBIA, sin que se haya efectuado la entrega de la cédula de extranjería o para el caso de la “CONTRASEÑA”, como documento de identidad provisional idóneo, punto que reconoce una de las accionadas al manifestar en la contestación allegada al plenario que sólo después del 26 de marzo enviará el documento de identificación solicitado a la regional Occidente para que se efectúe la entrega del mismo.

Por otra parte, frente al derecho de petición adiado febrero 08 de 2012, remitido al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, en el cual se solicita la expedición del documento de identificación y se realiza una petición subsidiaria de conceder visa y residencia permanente, no se ha dado una respuesta coherente y completa a lo reclamado por el petente, toda vez que como se reseñó anteriormente la contestación se limita a informar la posible fecha de entrega de la “CONTRASEÑA” y ninguna manifestación se hace frente a los otros pedimentos, lo que da lugar a la protección suplicada en sede de Tutela como en efecto se ordenará.

Si bien es cierto, la entidad accionada en la contestación de la tutela manifestó que envió comunicación al accionante poniéndole en conocimiento la información que reposa en la base de datos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA, también lo es que la simple manifestación de la administración no satisface el derecho de petición, pues en realidad, se trata de una respuesta *simplemente formal o evasiva* que persigue distraer el cumplimiento de su deber constitucional y, por ende, en abierta contradicción con el principio de eficacia que inspira la función administrativa, de conformidad con el artículo 209 Superior.

En consecuencia, se impone conceder a CARLOS NUÑEZ CARRION el amparo constitucional invocado, disponiendo que el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de contestación clara, precisa y concreta al derecho de petición presentado el 08 de febrero de 2012 por el accionante y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA, el término de cuarenta y ocho (48) horas, entregue al solicitante de tutela su correspondiente “CONTRASEÑA” de identificación como extranjero dentro del territorio Nacional.

|                                                                                                                                                                                                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00058-00) del 28 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela el derecho fundamental de petición.</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

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

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

FUENTES FORMALES: Código Civil, artículos 673, 762, 764, 972, 2518, 2528 y 2532; Código de Procedimiento Civil, artículos 687 y 686, parágrafo 2º.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2003-00103-01 del 13 de diciembre de 2010, con ponencia del Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 16171 del 13 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

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

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

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

Para tal efecto cabe recordar que la posesión es definida por el artículo 762 del Código Civil como *“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.”*, y, que el término de la posesión, para el caso de la prescripción extraordinaria, que es el invocado por la demandante, es de 20 años, a voces del artículo 2532 ibídem.

Pues bien, para esta Sala de decisión, la posesión invocada no fluye de manera diáfana en el caso de marras. En efecto, revisadas las copias que se anexaron a la demanda del proceso ejecutivo hipotecario adelantado por el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO contra el señor LUIS HEBERT ERAZO MONTENEGRO, adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Guadalajara de Buga, se establece que el día 6 de abril de 1990 se practicó diligencia de secuestro sobre el inmueble objeto de usucapión, sin que la señora BLANCA INÉS MONTENEGRO DE ERAZO, quien estuvo presente en su realización, hubiera hecho oposición en calidad de poseedora, en los términos del parágrafo 2º del artículo 686 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco dentro de los 20 días siguientes, tal como lo prevé el numeral 8º del artículo 687 ibídem.

En dicha diligencia de secuestro, al finalizarse se dejó la siguiente constancia: *“En este estado, la suscrita Inspectora declara legalmente secuestrado el bien antes descrito y procede a hacer entrega del mismo en forma real y material al señor Secuestre, quien manifiesta recibirlo a entera satisfacción en la forma descrita... la suscrita inspectora deja expresa constancia de que no se presentó oposición alguna al momento de la diligencia”*. (Subrayado fuera de texto).

Lo anterior significa, que a partir del momento en que se practicó la diligencia de secuestro, la señora MONTENEGRO DE ERAZO perdió la posesión del inmueble que afirmó en la demanda mantenía desde el momento en que su hijo la llevó a vivir en el inmueble, esto es, cuando lo adquirió mediante escritura pública del 17 de febrero de 1984, pues el secuestre la despojó de la posesión, situación que aún persiste ya que el proceso hipotecario aún está vigente, y se encuentra pendiente de que se solicite fecha para diligencia para practicar la almoneda, tal como lo informó el Juzgado Primero Civil del Circuito de Guadalajara de Buga.

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

Lo anteriormente expuesto es apenas lógico, pues mientras el registro del embargo es una situación eminentemente jurídica que impide la comercialización del bien, la diligencia de secuestro es física y tiene como fin sustraerlo de quien lo detenta como tenedor o poseedor.

Así, si al momento de la diligencia el bien está en manos de una persona que se reputa como poseedor, si éste quiere mantenerse en tal situación, no le queda más remedio que ejercer la oposición legal, so pena de no poder continuar seguir portándose como señor y dueño, pues el secuestre lo desplaza físicamente o en otras palabras lo despoja del bien. Claro está, no debe entenderse que el auxiliar de la justicia se apodera del bien con la intención de hacerlo suyo, ya que es apenas un depositario o tenedor, pero tal tenencia no la hace en nombre de quien estaba ocupando el bien, sino por disposición de un juez y con el fin de asegurar a quien se le adjudique en una eventual subasta, le sea entregado sin oposición alguna.

Pensar lo contrario conllevaría a que una persona que en pública subasta adquiere un bien, a pesar de que esté embargado y secuestrado, no tenga seguridad sobre su entrega física, pues al momento de la diligencia respectiva, el bien podría estar ocupado por personas que se reputan como poseedoras. Por ello, precisamente se creó la figura del secuestro que permite dar seguridad a quien remata que sin ningún obstáculo el bien le será entregado por el secuestre.

Desde otro punto de vista, puede decirse que al no haber presentado la señora MONTENEGRO DE ERAZO oposición a la diligencia de secuestro, simplemente aceptó que el inmueble era de otra persona -su hijo-, pues de lo contrario, se habría comportado como una verdadera poseedora, rechazando cualquier clase de perturbación a su posesión oponiéndose en forma férrea a ser despojada de la tenencia del inmueble, no permitiendo que su tenencia pasara a manos del secuestre, haciendo incluso uso de las acciones posesorias de que tarta el artículo 972 del Código Civil, las cuales *“tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos”*, de tal manera, que no pude pretender por la vía de la acción de prescripción adquisitiva de dominio recuperar el derecho perdido debido a su propia incuria.

De acuerdo a lo anterior, la medida de secuestro no afecta la posesión siempre y cuando quien se reputa poseedor no se haya enterado de la diligencia de aprehensión, como en el caso expuesto en la citada demanda de casación, en la que se efectuó el secuestro sin que nadie la hubiera atendido, luego era lógico que mal podía exigirse oposición a la misma. Pero en el caso que ahora ocupa la atención de esta Sala, la diligencia de secuestro efectuada el día 6 de abril de 1990, fue atendida por la señora BLANCA MONTENEGRO DE ERAZO, es decir, la diligencia para ella sí era oponible, bien en el momento de su práctica o dentro de los 20 días siguientes, pero no lo hizo, lo cual desvirtúa la posesión que ahora alega tener.

Para finalizar, no sobra observar que el hecho de que la demandante, mediante contrato de cesión de derechos del crédito, hubiere adquirido la calidad de litisconsorte de la entidad bancaria demandante en el proceso hipotecario, no significa -como lo entendió el *a quo*-, que hubiera al momento de suscribir tal contrato o cuando fue reconocida como tal por el Juzgado, aceptado dominio ajeno, pues en realidad lo hizo muchos años antes, es decir, desde el momento en que fue despojada de la posesión cuando se practicó la diligencia de secuestro y no hizo ninguna oposición, aceptando entonces, que el inmueble bien podría ser llevado a subasta para satisfacer la acreencia a cargo del propietario inscrito.

Por lo demás, si bien la demandante puede en su calidad de litisconsorte de la parte actora en el proceso hipotecario, solicitar se le adjudique el inmueble por cuenta del crédito, o participar en la licitación que se haga para subastar el inmueble, no por ello *“es improcedente”* la presente acción, como lo afirmó el *a quo*, sino que simplemente en el presente caso, como antes se estableció, no se cumplen los requisitos para adquirir por tal vía.

**Sentencia de 2ª instancia (2010-00066-01) del 11 de abril de de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO** – Su finalidad no es la de imponer únicamente el paso de personas o de animales/**SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO** – El monto de la indemnización no se limita al valor comercial del predio sirviente/**CONDENA EN ABSTRACTO** – No esta prevista para los perjuicios en materia de imposición de servidumbres.

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 879 y 905; Código de Procedimiento Civil, artículos 177 y 179; Ley 1395 de 2010, artículo 9.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-544 de 2007.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Indica el opugnant que el sentenciador de primer grado realizó una indebida ponderación probatoria de los dictámenes periciales allegados a la foliatura, pues de realizarlo de manera integral, hubiere establecido, que no se podía imponer la servidumbre de tránsito, en razón a que por la topografía montañosa del lugar, es imposible acceder en vehículo automotor.

(...)Ahora si el punto determinante para la imposición de la servidumbre, es el relativo a la ausencia de vía vehicular para comunicar la finca “BELLA VISTA” con la carretera pública que del municipio de Darién va al corregimiento San José, - donde aquella se encuentra ubicada-, cumple decir, que mal se podría sostener como sugiere el opositor, que por existir una vía peatonal, la deprecada servidumbre, se torne innecesaria, toda vez, que un predicamento de tal linaje no solo avasalla el legítimo interés que asiste a los demandantes sobre el específico tema de la contienda, sino que va en contravía del elemental sentido común respecto a lo que implica como bien lo expusiera la Corte Constitucional, en el fallo C-544 de 2007, la función social de la propiedad, en tanto y cuanto no se puede desconocer, que si una de las fuentes del desarrollo de una región y en general de un país, lo es el establecimiento de vías de penetración, para efecto del transporte de los diversos productos o materias primas, no se puede concebir que el desarrollo del predio de los actores quedare reducido a una servidumbre de carácter peatonal, máxime en la época en que nos encontramos, y porque tal como se encuentra el predio en la actualidad, carece de comunicación con la vía pública.

Es por ello, que en este aparte cobra especial relevancia, el hecho de que las servidumbres de tránsito, no pueden quedar reducidas, valga la redundancia, al tránsito de las personas o únicamente de animales, ya que el genuino sentido de su imposición conforme lo consagra el artículo 905 del Código Civil hace referencia a que aquella se establece “en cuanto fuere indispensable para el uso y goce del predio dominante”, de donde se deriva, que el uso y beneficio en virtud de los cuales se establece el tránsito, como bien enseña la doctrina, “abarcen toda clase de explotación, ya sea agrícola, industrial o minera, pues la ley no señala límites al modo de beneficiar los predios; así que el tránsito debe servir para todo futuro desarrollo de la explotación de la heredad dominante”.

En este orden de ideas, si el raciocinio realizado por el A quo, tuvo en cuenta los enunciados aspectos, no se halla reparo en el laborío probatorio que echa de menos el censor, ya que como se acotó, se hizo de una manera lógica, con apego a las reglas de la experiencia, amén de la observancia de las normas rituales que gobiernan la materia.

Decantada la procedencia de la imposición de la servidumbre, se pasará a examinar, si el monto de la indemnización fijado por el juez de primer grado a cargo de los actores y a favor de la parte demandada corresponde a lo que legalmente se debe cancelar, y, si como escribe el recurrente aquella no pudo tomarse en cuenta, porque no reconoció el valor comercial del predio y mucho menos los perjuicios derivados del gravamen.

Enseña la doctrina, que el valor de la indemnización, para esta clase especial de juicios, se debe establecer a partir de “la diferencia que resulte del valor comercial actual del predio, con el valor que tenga una vez gravado, y no simplemente el valor de la zona considerada de forma aislada, pues fácilmente se comprende que una servidumbre de tránsito suele desvalorizar un predio en un valor superior al valor intrínseco de la superficie ocupada”.

Es decir, que el monto de la indemnización a que se contrae el artículo 905 del Código Civil, cuando de imposición de servidumbres se trata, no está determinado únicamente por el valor del predio de manera aislada, sino en consideración al menor valor que va a sufrir el predio sirviente, en donde no sólo se debe limitar a señalar el valor de la zona del terreno que soportará la servidumbre, sino que se debe tener en cuenta otros factores adicionales como: el costo del asiento de la servidumbre, su forma de ejercicio, la afectación de la explotación económica del predio sirviente, etc.

Para el caso que convoca la atención de la instancia, la indemnización establecida por el juzgador de primer grado se apartó de los parámetros a tomar en cuenta para un señalamiento de tal calado, si se memora, que para su determinación, aquel se concretó a solicitar el avalúo del terreno que ocuparía la servidumbre y a que dicho valor se actualizara o el del perjuicio que la servidumbre pudiera ocasionar al inmueble de la demandada”, concluyendo ulteriormente, que el valor a considerar lo era el del metro cuadrado del avalúo comercial del predio LA BALSORA, vertido en la segunda pericia por el auxiliar JAIR DEL CAMPO VASQUEZ, esto es la suma de dos mil trescientos pesos metro cuadrado (\$2.300.00).

El anterior escenario procesal, daría base para sostener, que en principio resultaría menester acudir al ejercicio de las facultades oficiosas a que se contrae el artículo 179 del C. de P.C, empero y por ello se sostiene en principio, dicha prerrogativa no puede ser desplegada en el actual estadio, por estar: (i) de cara al perentorio término del cumplimiento de los seis (6) meses a que hace referencia el artículo 200 de la Ley 1450 de 2011, modificadorio del artículo 9 de la Ley 1395 de 2010 y a su turno del artículo 124 del C. de P.C., cuya teleología como se recuerda, es la definición oportuna de los asuntos sometidos al debate judicial; y, además, (ii) porque sí incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen (Art. 177 C. de P.C.), no debe perder de vista el recurrente que la disconformidad que ahora advierte en punto del valor que se debió signar a la franja de terreno materia de servidumbre, debió exponerla en la

instancia, aportando los elementos probatorios del caso, en el evento de la pertinente objeción, ora aclaración, complementación o adición, que era lo que se imponía frente a las pruebas decretadas de oficio, máxime, que no se acompasa con la realidad procesal, que el fallador no hubiere tomado en cuenta el valor comercial del predio, si se advierte que conforme al dictamen rendido por el ingeniero JAIR DEL CAMPO VASQUEZ, aquel rubro se estableció justamente, a partir del valor comercial de la hectárea por el referido sector, estimada en la suma de \$23.000.000.00.

Ahora, si el disenso del apelante estriba, en la no atribución del valor comercial de la franja de terreno materia de la servidumbre, ha de decirse que su aserto no se acompasa con la conclusión plasmada en la sentencia, dado que inequívocamente quedó consignado el valor del metro cuadrado conforme al valor comercial del predio, que según se expuso partió del método de muestreo empleado por el perito respecto de los precios de terrenos aledaños, de donde se sigue, que no le asistiría razón en punto de ésta alegación.

Pero como no se puede perder de vista, que el mero valor comercial de la franja de terreno objeto de la servidumbre no es el determinante a la hora de establecer el quantum de la indemnización, porque como se acotó para asuntos de este jaez, imperativo se aviene tomar como referente la menor o mayor afectación del predio sirviente, la disminución del avalúo por efecto del fraccionamiento de la heredad, la incidencia en la explotación económica, etc, aspectos que por cierto no se mencionaron por el recurrente, ni tampoco por el fallador de primer grado, y que sólo en alguna medida se tocó por parte del perito CAMPO VASQUEZ, al indicar que “el valor del área a ocupar por efecto de la construcción de la vía solo se puede determinar para esta situación específica cuando se entre a construir la vía...” , La Sala es del criterio que por elementales razones de equidad (Art. 230 de la C. N) el monto de la indemnización debe ser objeto de modificación.

Así se sostiene, porque por las razones referidas líneas atrás, no se puede soslayar, que la imposición de una servidumbre de tránsito vehicular por donde se mire que va a afectar el precio del predio sirviente, y, que es justamente en consideración a dichas particularidades que se debe ponderar el monto de la indemnización que se debe cancelar a quien debe soportar aquel gravamen.

Para el caso de marras, nada se dijo en punto de la afectación de la explotación económica del área que se toma como servidumbre, tanto que inclusive en la sentencia así se dejó consignado, sin que el recurrente ofreciera algún reparo. Es más, frente al vestigio de la senda carreteable por la que transitan los propietarios del predio “BUENA VISTA”, no existe evidencia que la servidumbre mengue o vaya a menguar de manera considerable al fundo “LA BALSORA”, pues mal que bien, desde ya hace muchos años viene soportando dicha servidumbre de tránsito aunque no la modalidad vehicular sino peatonal para transitar de a pie por el predio sirviente, y que por ello, con absoluta imparcialidad el perito de la CVC indicó, que era perfectamente viable su rehabilitación, pues no sólo no interfería sobre ninguna fuente hídrica sino que no implicaba riesgo para los habitantes aledaños, conclusión avalada por el propio juez de conocimiento, quien así lo verificó en el momento de la práctica de la segunda inspección judicial al inmueble objeto de servidumbre.

Frente a dicho panorama fáctico y por lo que implica rehabilitar una vía peatonal a vehicular por un trazado que ya existe, se considera, que bien se puede ajustar el monto de la indemnización, tomando como referente que la finca LA BALSORA se va a afectar al tener que soportar una carretera interna, ya que no existen otros elementos de juicio adicionales para predicar otro tipo de mengua. En orden a dicha dirección se estima, que el valor del metro cuadrado de la servidumbre, no puede ser el atribuido por el dictamen ordenado como prueba de oficio y que fuera acogido por el A quo, en razón a que de manera inexplicable mutó el inicial valor señalado en la suma de \$7.000.00 metro cuadrado a \$2.300.00, cuando vale indicar, que el inicial peritaje, había señalado como valor del metro cuadrado la suma de cinco mil pesos metro cuadrado (\$5.000.00) mediante el sistema de muestreo de predios aledaños, monto que por demás, se compadece con la ubicación geográfica de los terrenos en contienda, pues baste mirar para ello las fotografías adosadas como prueba documental. Acogiendo entonces el valor del metro cuadrado atribuido por el perito CAMPO VASQUEZ –por el sistema de muestreo de terrenos aledaños-, se tiene que dada la extensión de la servidumbre ( 4 metros de ancho por 146.5 metros de largo), la indemnización ascendería a una suma total de dos millones novecientos treinta mil pesos moneda legal (\$2.930.000.00), en cuyo quantum no sólo está incluido el valor intrínseco del terreno aisladamente considerado y que será objeto de la servidumbre, sino el de su afectación, en especial por lo que denota una finca con una carretera interna, en la claridad que los costos por el asiento de la servidumbre serán de cargo de los propietarios del predio dominante.

Finalmente y en lo que respecta a los perjuicios irrogados con la imposición de la servidumbre, es palmario que en la actualidad, y por lo que devela la evidencia probatoria, amén de que tampoco los indicara en concreto el recurrente, quien se limitó a hacer una vaga manifestación de su existencia pero sin singularizarlos, que aquellos no pueden dar base a una sentencia de condena en abstracto, pues si bien contra toda proscripción de dicha clase de condenas existen algunas puntuales excepciones, - artículo 510 numeral 2 C. de P.C.; artículo 339 inciso segundo C.P.C., en el caso de la sentencia que impone condena al pago de mejoras ; y art. 72 del C. de P.C., condena de perjuicios por actuaciones temerarias o de mala fé- lo cierto es, que la de condena en abstracto para perjuicios en materia de imposición de servidumbres no se encuentra prevista, y debe recordarse que si las restricciones o sanciones son de carácter limitativo, mal se pueden analogizar situaciones no previstas, de donde se sigue, que mal se puede imponer una condena en tal sentido, en ausencia de la prueba de su monto, sin perjuicio de que si con el asiento ulterior de la servidumbre se irrogan perjuicios, bien se puede acudir a la senda procesal que corresponda en orden a su reconocimiento.

Con pie en las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo en lo que hace a la imposición de la servidumbre de tránsito vehicular, modificándolo en cuanto al monto de la indemnización a cancelar por parte de los demandantes a favor de la demandada, y la revocando la condena en perjuicios en abstracto.

**Sentencia de 2ª instancia (20006-00065-01) del 12 de abril de de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca el numeral sexto de la sentencia apelada, modifica el numeral cuarto y confirma los numerales primero, segundo y tercero.**

## **SALA PENAL:**

**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN-** Los testimonios aquejados por tal irregularidad no fueron el fundamento exclusivo de la sentencia/**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN –** Es necesario privilegiar también el interés de las víctimas/**NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA –** Entre la imputación y la sentencia únicamente debe existir correspondencia fáctica

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

Ley 906 de 2004, artículo 381.

### **CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 33989 del 09 de diciembre de 2010; Tribunal Superior de Buga, decisión AC-418-11 del 09 de diciembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego.

### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) En el caso concreto, para la fecha en la que se inició el juicio oral, el 21 de abril de 2009, el Juez era el doctor CARLOS HERNANDO ESCOBAR MELO. En esa fecha fueron escuchadas las dos víctimas MIGUEL PEREZ RAMIREZ y OMAIRA LEONOR GUACA MARTINEZ además del agente a cargo del operativo que terminó con la captura en flagrancia según se calificó la misma por el Juez de control de garantías a cargo de su legalización, el agente ARMANDO MORENO MARTINEZ.

En la sesión siguiente (cuando fue posible reanudar la práctica de pruebas) -15 de julio de 2009- ya la titular del Juzgado era la doctora GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ quien practicó el resto y la mayoría de las pruebas con las cuales emitió el sentido del fallo (4 de marzo de 2011) y dictó la respectiva sentencia condenatoria (29 de marzo de 2011).

Al revisar precisamente el proveído de instancia, tenemos que si bien la señora juez valoró los testimonios de los ofendidos en cuya práctica no estuvo presente, la sentencia no se basa exclusivamente en el análisis y la credibilidad otorgada a estos deponentes. En sus consideraciones, destacó las declaraciones de los señores OMAR RODRIGO GUACA y VICENTE BURBANO POTOSI como testigos directos del acontecer típico. Así también fundó la sentencia en las versiones de RUBIELA BUSTAMANTE y LUZ AIDA CASTAÑO JARAMILLO, para concluir en la responsabilidad de los cuatro acusados en la conducta extorsiva por la cual fueron convocados al juicio.

Los señores OMAR RODRIGO GUACA y VICENTE BURBANO POTOSI se presentaron como testigos presenciales de la acción delincencional, el primero hermano de la ofendida LEONOR OMAIRA GUACA quien estuvo presente cuando se le hizo la exigencia económica realizada a través del constreñimiento velado de presentarse dos sujetos como parte de la banda criminal conocida con el

remoquete de Las Aguilas Negras, así también en otra de las oportunidades en las cuales regresaron con el propósito de que cumpliera con el monto requerido y en la última donde estuvieron los cuatro, durante la misma tarde (2:00 y 4:00 pm), en la cual incluso amenazaron a su progenitora.

El segundo, como empleado de la misma víctima fue quien recibió a los cuatro sujetos, –los mismos que fueron capturados- en una de sus visitas y fue quien les entregó la suma de \$1'000.000 que la profesora les había dejado; les escuchó las quejas por la poca cantidad entregada conforme a la suma exigida, al punto que le dejaron un número de celular para que se comunicara con el comandante Lucho. Los vio en las distintas oportunidades que estuvieron en la finca de la profesora y como pocas veces ocurrió durante las sesiones del juicio oral, se hallaban presentes todos los acusados y los reconoció uno a uno como los coautores de la acción ilícita. Al primero, quien resultó ser JOSE ARNULFO ESTRADA como la persona quien decía ser el comandante “Lucho”; el segundo JAIRO A. PARRA HERNANDEZ; el tercero ALVARO GERMAN PINZÓN quien fue la persona que amenazó en la última oportunidad a la madre de la víctima y al cuarto, JOHNATAN DE JESUS ACEVEDO.

Por lo tanto, el testimonio de LEONOR OMAIRA GUACA no es único o exclusivo como testigo de cargo; pese a su condición de víctima que la hace sujeto de especial protección, si se dejara de lado su testimonio teniéndose como inexistente por no haber mediado en su construcción la juez que emitió el sentido del fallo, el proveído seguiría sustentado en los citados testimonios, en los cuales hace énfasis la juez de instancia.

Significa lo anterior, que carece de trascendencia el antecedente procesal rescatado por el recurrente para efecto de retrotraer la actuación procesal desde la fase investigativa bajo la clara finalidad de obtener por dicho medio, en contra vía con los principios que orientan las nulidades, la libertad de los enjuiciados.

En similar situación, se analizaría el comportamiento calificado jurídicamente como un concurso homogéneo sucesivo del delito pluriofensivo, en tanto también fue sujeto pasivo de la misma modalidad el señor MIGUEL PEREZ RAMIREZ quien declaró bajo la disciplina del anterior juzgador. Empero, su dicho lo respaldan las deponentes RUBIELA BUSTAMANTE MONTOYA y LUZ AIDA CASTAÑO JARAMILLO; además el conjunto probatorio analizado íntegramente reafirma su verosimilitud pues al confrontar los diversos testimonios existe unidad temática en el lugar de los hechos, de acusados, -todos cuatros vistos en ambos predios-, en el modus operandi de la ejecución del injusto. Así, la versión del sujeto pasivo, no es la única en la cual se soporta la condena.

La Sala considera improcedente decretar entonces la nulidad así sea parcial para repetir los testimonios de las víctimas pese a la falta de intermediación con dichos deponentes de la juez que dictó la sentencia porque en primer lugar –insistimos- no es cierto que sean el fundamento exclusivo de la sentencia. Además, porque tratándose de miembros de un grupo delincuenciales pues no se encuentra desvirtuado que efectivamente los procesados hicieran parte de una banda criminal y siendo los sujetos pasivos buscados después de las capturas para efecto de que no rindieran su declaración, aunado a la reiteración de la conducta extorsiva por parte de otros a la profesora Omaira quienes le enrostraron la aprehensión de los

aquí encausados, al punto que junto con su familia ha sido desplazada de su propiedad, el interés de las víctimas debe privilegiarse para no ser sometidas nuevamente a la presión de asistir a un juicio oral, cuando sus dichos están avalados por otros medios de conocimiento practicados por la sentenciadora del primer nivel. De esta forma deben ser protegidas y no exponerlas a conductas contra su libre autodeterminación, su vida, o su integridad personal y las de su familia.

En conclusión no procede la nulidad por violación al principio de inmediación.

Tampoco tiene vocación de éxito la nulidad por falta de congruencia, factor que entre otras cosas desde un punto de vista –normativo- (que tiene en cuenta tanto lo fáctico como la denominación jurídica) se predica es de la acusación con la sentencia. Con la imputación se requiere únicamente la correspondencia fáctica. En el asunto materia de estudio, distinto a lo predicado por el Censor desde la formulación de la imputación, se les hizo conocer a los procesados las sendas acciones que se les atribuían de las cuales fueron víctimas los dos propietarios de las fincas vecinas ubicadas en la vereda San Juan del corregimiento Las Delicias del municipio de Yotoco. Durante la fase investigativa tuvo lugar el aumento de una condición o circunstancia como fue el pago parcial en menor cuantía, que cada una de las víctimas había realizado a los sujetos activos para ajustar el cargo y actualizarles la comunicación durante esta misma etapa, en el sentido de que ya el delito fruto de la adecuación típica no lo era en grado de conato o tentativa, sino consumado. Así se mantuvo en el escrito de acusación con su respectiva formulación oral.

Es factible durante la etapa instructiva que la Fiscalía a través de sus investigadores encuentre elementos materiales probatorios que enseñen o varíen ciertas circunstancias sin modificar el núcleo fáctico de la conducta. Ejemplo craso sería que quien ha constreñido a alguien para que entregue cierta cantidad de dinero, posteriormente se verifique que si bien no se accedió a su requerimiento plenamente si hubo una entrega parcial que afectó el bien jurídicamente tutelado, entre otro, el patrimonio económico. De ahí que la calificación jurídica ante este nuevo aditamento también debe modificarse de la forma vista sin que ello implique que se le esté imputando una nueva conducta; por el contrario es un estadio eventual de la misma, que se justifica del producto investigativo de la Fiscalía durante esa primera fase del proceso. Por otro lado, el disidente ni siquiera concreta en qué consistió la modificación fáctica y jurídica que impide la reclamada consonancia con la sentencia.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-169-11) del 18 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA DE ATROPELLOS SEXUALES – Su dicho adquiere especial confiabilidad/VALORACIÓN PSICOLÓGICA – No es la “prueba reina” en los procesos de abuso sexual.**

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

Código Penal, artículo 216; Ley 1098 de 2006, artículos 199 y 200.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 26 de enero de 2006, con ponencia de Marina Pulido de Barón; Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004.

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Los argumentos planteados por la fiscalía imponen el estudio integral de todo el debate realizado en el juicio oral, escudriñando con más esfuerzo la versión de la menor, del acusado y de la medio hermana de la ofendida quien fuera por dos años compañera permanente del sujeto agente, padres de un menor fruto de esa unión.

El representante de la fiscalía sobre este tópico advierte si ¿no es una consecuencia adversa el hecho de parecerle normal a esos once años el tocamiento por parte de un tercero de sus zonas genitales y si no es una perturbación ese despertar libidinoso a tan temprana edad? Si no es alarmante lo expuesto en el dictamen sexológico rendido por el perito JULIÁN OSORIO CÁRDENAS el 3 de julio de 2009 y que fuera estipulado por fiscalía-defensa, cuando indica entre otras cosas actividad sexual positiva iniciada a los diez años, compañeros sexuales dos, última relación hace dos semanas, posible contaminación venérea, descartar embarazo, etc.

Razón le hallamos al confutante en este cuestionamiento.

La sicología 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 sicólogos 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 sicología 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 Sicología Jurídica, páginas 93-131.

A la vez en nuestro medio estos elementos son tenidos en cuenta por las sicólogas 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 desaprobación, correcciones espontáneas y duda del propio testimonio.

Respecto al agravio sexual de aquel 31 de diciembre de 2006 narrado por la sujeto pasivo de este asunto, nadie ha contradicho la información acerca de que muchas

veces la menor I.M.M.N se quedaba a pernoctar en la casa de habitación donde ocurrió este insuceso. Es la misma hermana, YENY MUÑOZ ENRIQUEZ, compañera sentimental para el 2006 del acusado quien lo corrobora:

*“Cuando dormimos donde la mamá de él, la niña a veces se iba a quedar a dormir allá, yo dormía con él y ella en su cama en la misma habitación, nadie más dormía allí”*

Así I.M.N.N. ante el contrainterrogatorio de la Fiscalía cuando intervino como testigo directo de la defensa manifestara que le gustaba lo que el acusado le hacía o lo que al parecer le contaron al acusado: *“dicen que tiene sus embarraditas , pero no me consta”* cuando fue interrogado en forma directa por su abogado.

Sea lo uno o sea lo otro, el consentimiento de la menor es viciado por ser menor de catorce años.

Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de esta norma no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento.

Lo anterior implica que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de las relaciones sexuales consentida con menores, por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quienes no han cumplido catorce años se configuraría un delito de acto sexual violento agravado en razón a la edad de la víctima.

Una cosa es la edad en que alguien desarrolla su aparato reproductor en el plano fisiológico y otra muy distinta es el momento en que atesora las facultades necesarias para sostener como a bien tenga relaciones sexuales con otros de su especie.

Es una presunción de pleno derecho irrefutable, establecida en función de la protección especial del menor frente a actividades sexuales ilegales.

Razón le asiste al censor cuando resalta que la narrativa de I.M.M.N fue uniforme en las entrevistas efectuadas por el defensor de familia y lo expuesto en el juicio oral.

Lo que aconteció y es apenas obvio que en el fragor y el desarrollo del juicio oral muchas situaciones se ampliaron pero lo sustancial siempre continuó incólume: El 31 de diciembre de 2006 el señor FERLEY CARTAGENA HERMIRA aprovechando que su compañera dormía en horas de la madrugada le tocó sus partes íntimas (senos y vagina) e hizo que le tocara el asta viril.

Ante una pregunta aclaratoria del Ministerio Público la infante indicó que recuerda en particular esa fecha porque *“ese 31 salimos al pueblo, estuve hasta las doce y de ahí nos fuimos a quedar en la casa de mi hermana”*

Ese episodio quedó grabado por siempre en su memoria.

Tan así que lo registró tal cual en el interrogatorio directo de la Fiscalía:

*“había gente bailando, se escuchaba música, en la pieza estaba oscuro, silencio... Ese 31 fue la primera vez, no grité ni le dije nada...”*

El testimonio de la hermana de la menor y ex compañera del acusado hay que analizarlo con sumo cuidado y prudencia ya que lo considera libre de toda responsabilidad: *“en mi conciencia para mí él es inocente”* hay un aparte donde recuerda que para ese específico 31 de diciembre estaba toda su familia: papá, madrastra y todos los niños incluyendo a I.M.M.N en la plaza del pueblo San Antonio y que luego se fueron a acostar. Lo extraño es que de un momento a otro no recuerda a qué hora se acostaron ni quienes durmieron en su casa.

En un recodo del interrogatorio directo del defensor reseñó:

*“Lo que yo pienso es que ella en el momento se sentía en embarazo, para mí ella miente, de pronto ella tuvo relaciones con su novio, tuvo un atraso, mi papá es muy estricto, no encontró a otra persona a quien iba a adjudicarle eso, yo estaba separada de él, fue de susto...”*

¿Por qué razón, motivo o circunstancia necesitaba adjudicarle una paternidad cuando aún no era confirmado su embarazo?

¿Si ese era su afán por qué no le enrostró un acceso carnal dado que con simples caricias o tocamientos no iba a quedar en estado de gravidez?

Otra situación digna de comparar es en relación al tema de la pernoctada del acusado ese 31 de diciembre en la casa:

Éste refiere que en esa fecha no se quedó con ellos, *“nunca he pasado un 31 en familia, ni amigos, a mí no me gusta el pueblo, sino en las veredas, la pasé en la Finca Vereda Canoas con mis patrones y compañeros de trabajo, nunca me ha gustado pasar un 31 de diciembre en San Antonio, estuve desde las siete de la noche hasta las cuatro de la mañana, nunca en la vida he pasado un 31 de diciembre con ellos”*

Pero es su ex consorte quien lo desmiente cuando se refería a que no recordaba si su hermana y demás hermanitos se quedaron a dormir la última noche decembrina del año 2006, pero deja claro que pasó la noche con él:

*“No me recuerdo a qué horas nos acostamos, no me acuerdo donde durmieron, ellos en su casa y yo con él donde la mamá”*

Otro dato digno de tener en cuenta es lo relacionado a los supuestos motivos de venganza de la familia de I.M.M.N con el acriminado:

Este señala que al parecer le tienen bronca porque se separó de Yenni y se consiguió otra, pensando que no iba a responder por el niño.

Pero la propia YENNY expresa que la relación se terminó de buena forma ya que ella deseaba compartir con la madre y cuando se separaron FERLEY no tenía ninguna otra mujer.

Lo que se acaba de anotar permite concluir que en lo esencial de su testimonio la niña fue totalmente clara y contundente.

Su dicción se ajusta cabalmente a los criterios de apreciación de la prueba testimonial previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 porque:

A.- Es espontáneo: Manifestó de manera tranquila que ese 31 de diciembre de 2006 se quedó con sus hermanitos en casa del compañero de su hermana.

B.- Es natural: Se expresó con palabras que corresponden a su edad a pesar que al parecer ya tiene precoz experiencia sexual.

C.- Es categórica: De manera precisa y sin dubitación alguna indica la forma de la acción que soportó, el lugar donde se produjo el hecho y la época del suceso.

D.-Es reiterativa: sin ninguna evidencia de preparación, cuando se le explicó que narrara lo sucedido en las entrevistas y en sus diferentes intervenciones del juicio oral siempre contó la misma historia.

E.- Es consistente: Pues su contenido encuentra respaldo en las aseveraciones de sus padres y hermana sobre la época de los hechos; el lugar y la cama donde durmió.

F.- La personalidad del testigo: Ya se dijo párrafos atrás que así consintiera o le gustara los tocamientos lascivos efectuados por el acusado en nada demerita o resta credibilidad pues el consentimiento o aquiescencia de la niña es viciado. De otro lado, la ofendida es una persona que por su edad y el entorno familiar y social al que pertenece puede calificarse como una niña sana, normal y, por ende incapaz de idear o concebir la idea perversa de causarle daño a quien seguía tratando y saludando.

G.- La capacidad objetiva y subjetiva del testigo eran óptimas y dentro del proceso no se postuló prueba orientada a poner en duda la sanidad mental de los sentidos de la niña; por ende no se pudo sostener que tuvo percepciones irreales o que confundió la realidad con la fantasía. Tampoco que existiera entre víctima y victimario una enemistad previa que la llevara a una acusación falsa de tanta gravedad.

H.- La relación entre el sujeto y el objeto permite asegurar que la menor sí tuvo la experiencia negativa que relató pues lo que evocó no tiene ninguna dificultad para ser percibido sensorialmente y, además para esa época no hacía parte de las experiencias de la misma.

I.- La declarante, por la ingenuidad propia de su edad, carece de capacidad de daño y –si la tuviera- no tenía motivo para causárselo al aquí implicado por lo analizado párrafos atrás.

**J.- El contenido de sus afirmaciones se ajustan a las características meta jurídicas de la prueba testimonial pues entra en el ámbito del ordinario lógico; es posible, en cuanto es susceptible de ser o de existir en el mundo físico, y es perceptible fácilmente por los sentidos.**

**La juez de primer orden deja entrever la falta de la pericia psicológica a la menor ya que con su realización el margen de duda se hubiera superado.**

**De entrada es dable decir que la tarifa probatoria desapareció hace muchos años de nuestro ordenamiento procesal.**

**La valoración psicológica no es la “prueba reina” en los procesos de abuso sexual.**

**No puede pasarse por alto que la psicóloga analiza únicamente la versión de la niña, mientras que el juzgador tiene la obligación de confrontar la que la víctima presenta en su testimonio vertido en la audiencia pública con las otras probanzas que se alleguen legalmente.**

**Los métodos o protocolos a los que acuden los peritos para realizar su labor profesional son sólo instrumentos a los que recurren para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos, dirigidos además, a concretar las observaciones pertinentes relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del deponente; sin embargo, de allí no es dable inferir que la credibilidad del testigo esté ligada de manera fatal a los referidos protocolos o métodos utilizados, por el contrario, en claro debe quedar que para discernir el valor probatorio cuenta el juzgador con el ámbito de discrecionalidad propio de aquella labor jurisdiccional encaminada a la evaluación probatoria cuyo límite está dado por los postulados de la sana crítica.**

**Es insistente esta Corporación en advertir que la valoración probatoria debe hacerse principalmente sobre el testimonio y ella corresponde exclusivamente al juez, siendo el dictamen pericial un criterio auxiliar que no releva al funcionario judicial de su obligación.**

**Nuestro ordenamiento claramente establece que la prueba se ha de analizar en conjunto y de acuerdo con los criterios de la sana crítica, sin que existan pautas exactas sobre la importancia de un dictamen o su privilegio con relación a las demás pruebas practicadas en el juicio, por lo que corresponde al juez en el estudio que realice explicar los motivos por los que se aparta del concepto del perito, si ese fuere el caso o porque la opinión del experto lo lleva a desechar las demás probanzas, si ello es lo que acontece.**

**Se ha observado en esta clase de procesos la tendencia a dejar de lado la valoración del testimonio de los menores de edad para hacer mayor énfasis en el análisis de los dictámenes psicológicos que suelen practicarse para acreditar su credibilidad. En esas condiciones se distrae de lo que debe ser aspecto central de valoración (el testimonio) para otorgar mayor importancia a lo que resulta ser un criterio auxiliar para su ponderación (el dictamen pericial)**

**Es que el dictamen pericial no puede suplir la valoración del testimonio, que corresponde finalmente al juez y no al perito, quien presta un valioso auxilio, pero**

no es el encargado de definir el mérito probatorio de las declaraciones de los niños, el que solo puede ser determinado por el juez, se insiste, al analizarlas en conjunto con los demás medios de prueba aportados debidamente.

Si hay algunas imprecisiones en el testimonio de la víctima respecto a circunstancias o tardanza en la información del desafuero sexual del acusado en nada desvertebran la existencia del hecho o la responsabilidad del señor Cartagena Hermira debido a que en las diferentes intervenciones procesales de la menor pues emerge claro, nítido, preciso y categórico en relación a la intervención lasciva de éste el 31 de diciembre de 2006.

Tal como lo ha sostenido el Tribunal de cierre, se le debe dar valor probatorio a dos testigos que coinciden en lo principal, aunque diverjan en lo secundario como es el caso que nos ocupa:

El acusado la noche del 31 de diciembre durmió con su esposa en su cama y en el otro lecho la menor.

Así en definitiva, la Sala encuentra certeza sobre la existencia de los presupuestos legales para proferir un fallo de condena previa revocatoria del proveído del A-quo, tal como lo demanda el representante de la Fiscalía aclarándole que el agravante deprecado no procede por tanto se trata ya de un elemento integrante del tipo penal y se sancionaría dos veces entonces la circunstancia de ser la víctima menor de catorce (14) años. Además ni siquiera en gracia de discusión el punto anterior, pues téngase en cuenta que el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006 comenzó a regir 6 meses después de la promulgación de la misma (8 de noviembre de 2006) por lo tanto no estaba vigente para la época del insuceso.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-209-11) del 24 de enero de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.**

**RECONCOMIENTO FOTOGRÁFICO - El hecho de haber visto al imputado de manera previa a la diligencia no afecta la validez de la misma/PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – Al procesado corresponde, cuando la fiscalía ha cumplido con la carga probatoria necesaria, desvirtuar la fuerza demostrativa de dicha evidencia.**

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

Código Penal, artículos 104, numeral 7º, y artículo 365; Ley 890 de 2004, artículo 14.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 31147 del 13 de mayo de 2009, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 27850 del 09 de febrero de 2011, con ponencia de la Dra. María del Rosario González de Lemos.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Se sabe que los hechos ocurrieron en un supermercado de propiedad del señor José María Naranjo Fandiño, ubicado en la transversal 5E No 7-11 del barrio San José de Palmira, local al que se hicieron presentes dos sujetos quienes aparentaron estar interesados en comprar unos pañales y luego de haber permanecido algunos minutos en el establecimiento, esgrimieron armas de fuego y le dispararon repetidamente, causándole varias lesiones que posteriormente le generaron la muerte.

Al respecto, la señora Luz Dary Libreros Pérez, testigo presencial de los hechos, quien hacía varios años laboraba en el citado establecimiento y que para esa fecha desempeñaba como cajera, expuso que entre las 12 y 12:10 del día llegaron dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, uno ingresó y el otro se quedó en la puerta pero momentos después también entró al local, luego aquel cogió unos pañales y los dos se acercaron a la caja donde estaba José María, quien les dijo que pagaran en la que atendía la testigo, y en ese momento los dos individuos comenzaron a disparar, lo que hizo que aquella saliera corriendo hacia la segunda bodega y luego que cesaron las detonaciones regresó y observó que su empleador estaba herido.

Al ser interrogada sobre las características físicas de los victimarios señaló que eran de tez trigueña, altos, delgados y de cara fina y al ser indagada sobre si les había visto sus rostros, reiteró que (00:37:56) *“si señor porque yo fui la que los atendí... ambos entraron, uno entró y el otro se quedó en la puerta, después uno llamó al otro y ya se acercaron ambos a la caja mía”*, y al preguntársele quien había disparado, señaló que fueron los dos individuos, los que permanecieron cerca de seis minutos en el local y que eran los únicos que estaban allí en ese momento.

Al ser interrogada nuevamente la testigo sobre porque estaba tan segura que el procesado era una de las personas que había ingresado al local y le había disparado a su empleador, reiteró que (00:40:31) *“si porque yo fui la que los atendí yo fui la que los tuve frente a mí”*, lo que ratificó nuevamente al ser indagada sobre ese aspecto (00:46:14) *“si señor”*, deponente que al referirse a la vestimenta que llevaba el acusado, indicó que tenía un buzo esqueleto, pantalón corto que le llegaba más abajo de la rodilla y llevaba un maletín, sin que le notara ninguna característica especial.

Tal como se dijo en la providencia del 29 de noviembre de 2011, *“la Sala no encuentra motivo alguno para dudar de las manifestaciones de la señora Luz Dary Libreros Pérez, no sólo porque fue testigo presencial de los hechos, ya que laboraba en el establecimiento de propiedad del ofendido, sino también porque fue quien atendió a los dos individuos, los cuales permanecieron por espacio de varios minutos en el local y eran las únicas que en ese momento habían ingresado al mismo, de modo tal, que no existe duda alguna que aquella los pudo ver con absoluta claridad, circunstancia que se hace más evidente si se tiene en cuenta que la testigo describió paso a paso lo que hicieron los dos individuos desde el instante en que ingresaron hasta el momento en que hicieron los disparos, que fue cuando salió corriendo a esconderse”*.

Reitera la Corporación que la testigo pudo observar detenidamente a los dos sujetos que ingresaron al establecimiento de comercio, pues no se presentó ninguna situación que le impidiera hacerlo, era pleno medio día, había perfecta

visibilidad, no habían más compradores en ese momento, la deponente se encontraba totalmente lúcida, por lo que podía ver todos sus movimientos, características físicas y su vestimenta, sin que tampoco se pueda dejar de lado, que estaba presente en el instante en que hicieron los disparos, y el hecho que hubiera corrido hacia una de las bodegas para protegerse y que esas detonaciones pudieran afectar su estado emocional, pues cualquier persona siente temor cuando ve a otro disparando, ese cambio repentino en manera alguna distorsiona, nubla o hace olvidar lo que el testigo percibió momentos antes.

El testimonio de la señora Luz Dary Libreros Pérez es claro, coherente, detallado, sincero, no vacilante ni contradictorio, coincide con lo expuesto en la entrevista que meses antes había rendido ante la policía judicial, la que fue leída en el juicio oral, lo que permite darle más crédito a su testimonio, pues cuando una persona relata hechos en forma diferente a los que presencié, con el paso del tiempo olvida o distorsiona lo inicialmente relatado, así tenga una memoria prodigiosa.

Advierte la Sala que no se demostró que existiera enemistad o diferencias entre la testigo y el acusado o las personas cercanas a este, o que tuviera algún interés en los resultados del proceso, por lo que carecía de motivo para querer mentir en una situación de tanta gravedad como es señalar a una persona de haberle dado muerte a otra y más en su presencia, sabiendo de las consecuencias que le podían generar no sólo al acusado, sino a ella misma, quien podía verse vinculada a una actuación judicial por falso testimonio, además, la sindicación que hizo en contra de aquel como una de las dos personas que ingresó al local y disparó contra el señor José María Naranjo Fandiño, fue clara, contundente y reiterativa.

El a quo consideró que fue momentánea la fijación que la testigo tuvo sobre el rostro de los victimarios, pues aquella debía estar pendiente de la caja, argumento que no comparte la Sala, ya que en ese momento las únicas personas que se encontraban en el local diferentes al hoy occiso y a la testigo, eran los dos sujetos, siendo apenas lógico que las personas que atendían allí, fijaran toda la atención en los recién llegados, y prueba de ello es que Luz Dary relató coordinadamente todo lo que hicieron los agresores, desde el momento en que descendieron de la motocicleta e ingresaron al local, pues señaló que uno se quedó a la entrada y el otro escogió unos pañales y luego aquel se le arrimó y cuando José María les dijo que se dirigieran a la otra caja, observó que comenzaron a disparar, sin que tampoco se puede dejar de lado que se trataba de un establecimiento pequeño lo que le facilitaba más a la testigo establecer las características físicas y movimientos de las dos sujetos, quienes se arrimaron a la caja que ella atendía.

Aunque la Sala coincide en que la descripción de las características físicas de los victimarios dada por la señora Luz Dary Libreros Pérez, esto es, que eran de talla alta, piel color trigueño y con *“cara fina”*, y que uno de ellos tenía *“parpado caído”* son afines y compatibles con un número importante de individuos en Palmira, lo que no se puede pasar por alto, es que cinco meses después de haber ocurrido el homicidio, la testigo se hizo presente al palacio de justicia de esa ciudad, donde observó dos personas que habían sido capturadas sindicadas de un hurto a un establecimiento de comercio y logró constatar que uno de ellos era el mismo que había disparado contra su anterior empleador, circunstancia última que suple cualquier omisión sobre la descripción que hiciera de la morfología de los victimarios.

A la vez, el hecho que la testigo hubiera comparecido al palacio de justicia de Palmira, para observar a las dos personas que fueron capturadas en noviembre de 2010 y que ello se considerara irregular, en manera alguna deja sin efecto la sindicación clara, directa y contundente que hizo, en el sentido que uno de los individuos que observó en esas instalaciones, fue el mismo que meses antes ingresó al lugar donde ella trabajaba y disparó contra su empleador.

La Sala reitera lo expresado en la providencia que revocó la sentencia de primer grado, en que *“el hecho que la deponente hubiera observado al acusado días antes del reconocimiento que hizo a través de fotografías, no invalida ni le resta mérito a esa diligencia, ni tampoco a la sindicación que en su contra hizo en el juicio oral, en donde nuevamente y en forma reiterada lo señaló como uno de los coautores del homicidio del señor José María Naranjo Fandiño.*

*Admitir la tesis que si con el paso del tiempo un testigo de un hecho delictivo, vuelve a ver al autor, coautor o partícipe del mismo, se afecta la validez del reconocimiento que haga posteriormente a través de fotografías o en fila de personas, es absurdo, pues nadie está exenta de encontrarse con quien ha visto cometer un delito; además, generaría verdadera impunidad, pues bastaba sólo que se presentara esa circunstancia para que se afectara su validez, llegando, incluso a que fuera el propio delincuente él que buscara al testigo para que lo observara y de esa forma blindarse de cualquier reconocimiento o sindicación posterior, antes por el contrario, la Sala considera que situaciones como la ocurrida en el presente caso, lo que le permitió a la testigo fue tener la claridad necesaria de que la persona capturada cinco meses después del homicidio era una de las que había participado en el mismo”.*

Además, el hecho que la señora Luz Dary Libreros Pérez, hubiera visto nuevamente al procesado tiempo después de haber ocurrido el homicidio y que luego lo reconociera mediante fotografías, sólo sirvió para identificarlo, pero la sindicación en su contra como autor de la conducta punible, fue la que realizó en el juicio oral en el que en forma clara, certera, insistente y contundente, no sólo en el interrogatorio, sino también en el contrainterrogatorio, lo señaló como una de las personas que había disparado contra el señor José María Naranjo Fandiño.

Aunque es cierto que el acusado tiene una cicatriz notoria en sus miembros inferiores y que a decir suyo sólo usa pantalones largos para que no lo molesten, en tanto que, la testigo de cargo indicó que aquel portaba bermudas o pantalón corto, lo es también que, fue enfática en señalar que iban hasta más debajo de la rodilla, y si las medias generalmente cubren hasta el tercio medio de las piernas, esas circunstancias le impedían detallar con detenimiento si el acusado presentaba alguna deformidad física en los miembros inferiores, sin que tampoco pueda pasar desapercibido que generalmente los cajeros de los supermercados, por la misma ubicación en que se encuentran, generalmente se fijan en el rostro de los compradores y en la vestimenta que llevan puesta, pero casi nunca en las demás partes del cuerpo, excepto que tengan alguna característica especial y muy notoria que les llame la atención.

El a quo consideró que existían contradicciones entre los testigos de la fiscalía, frente a la existencia de las cámaras filmadoras que habían en el local, pues Luz

Dary dijo que estaban en funcionamiento y que después de los hechos ella había visto el video, en tanto que, el investigador Víctor Alfredo Peña señaló que no grababan y Gabriel Naranjo Fandiño hermano de la víctima, expuso que desconoce si grababan o no.

Sobre el particular, la Sala reitera que a pesar que en el redirecto la señora Libreros Pérez dijo que los registros se encontraban en la tienda y al preguntársele si (00:55:28) *“allí usted pudo presenciar a las personas que ingresaron ese día al establecimiento”* habiendo respondido afirmativamente, se trató de una pregunta que generaba confusión en la testigo, pues le daba a entender que si había visto los victimarios en la tienda y por ello fue que respondió de esa manera, duda que quedó dilucidada, cuando el juez le preguntó si posteriormente a los hechos había observado los registros, respondiendo que (00:02:22 segunda sesión) *“no, yo no los vi solo sé que yo fui la que los atendí y los grabe en mi memoria”* y al ser interrogada sobre si la patrona le había mostrado los registros, señaló que (00:02:51) *“no señor...allí no se miró nada”*, lo que permite colegir que no existe contradicción en su testimonio, ya que la deponente en ningún momento aseguró haber visto las grabaciones.

La testigo sabía que habían instalado unas cámaras y presumía que grababan, pero nunca tuvo acceso a ningún video, ya que no era la encargada de las mismas, además, si lo que se pretendía con esos elementos era que los administradores o propietarios desde un lugar contiguo pudieran saber lo que pasaba en el local, lo lógico es que les hicieran creer a sus empleados que todo lo que pasaba allí quedaba grabado, con el fin de que no fueran a intentar realizar cualquier acción para apoderarse de alguna mercancía.

Insiste la Sala en que tampoco se observa contradicciones entre los dichos de la señora Luz Dary Libreros Pérez y Gabriel Naranjo Fandiño, pues este finalmente dijo que no tenía conocimiento si las cámaras grababan o no y que lo único que sabía era que estaban instaladas, testigo que no estaba presente en el instante en que le dispararon a su hermano, pues se encontraba en una panadería cercana y lo que le llamó la atención fueron las detonaciones que escuchó y por eso regresó a su local ubicado en forma contigua al del hoy occiso, logrando observar que un individuo se encontraba sobre la motocicleta, el cual tenía el casco puesto y llevaba un arma en la mano y en ese momento el otro sujeto que llevaba una gorra, salió del establecimiento, subió a la moto y huyeron de allí.

De otra parte, se le recibieron testimonio a los señores María Elena Sánchez, Maura Milena Saa y al acusado, los que coinciden en que para el día del homicidio este último se encontraba en Cali acompañando a la segunda de las nombradas a comprar mercancía, deponentes que además de tener marcado interés en la absolución del procesado, también incurrir en varias contradicciones y no explicaron en forma convincente y clara porque tenían claridad que en esa fecha era que habían estado en esa ciudad.

Al respecto, María Elena quien es tía del procesado, señaló que ese día había salido a las siete de la mañana de su casa y que aquel se había quedado allí pero que se iba para Cali en compañía de Milena Saa, de donde regresaron cerca de las cinco de la tarde, narración de la que extracta que la deponente no supo que actividades estuvo realizando el procesado al momento de los hechos, además, por el

parentesco de cuarto grado de consanguinidad que existe entre estos, bien pudo llevar a la testigo a ubicarlo en otro lugar para sacarlo adelante de la acusación, sin que se pueda dejar de lado que los dos tienen una relación cercana pues a decir de la deponente el acusado vive en su casa.

A la vez, la señora María Elena Sánchez no explicó coherentemente porque recordaba que el día en que ocurrió el homicidio fue la misma fecha en que su sobrino estuvo en Cali, pues aunque dijo que su amiga le había comentado que iba a ir a esa capital, ese no es referente de trascendencia para que meses después pudiera asegurar con certeza que su sobrino se encontraba en la capital del departamento.

La señora Maura Milena Saa expuso que había llegado a la vivienda de Alexander a las 07:50 de la mañana, que se encontró con María Elena y a las 8:00 se fue con aquel para Cali a comprar unas sábanas, que estuvieron en varios almacenes de los que no recuerda su nombre, que compró dos juegos y un tendido, almorzaron y regresaron a las seis de la tarde, y que recordaba que ese viaje lo había hecho el 10 de junio de 2010, porque le fue descontado del salario, lo que le impidió irse a pasear el 14 del mismo mes que era festivo.

Testigo a la que tampoco se le puede dar credibilidad, en razón a la gran amistad con el acusado, a quien conoce desde su infancia, además, no explicó coherentemente porque tenía certeza que fue para la citada fecha que viajó a Cali, y en qué almacenes o en qué sitios de esa ciudad permanecieron todo el día.

A la vez, la Sala reitera que *“Es poco creíble que una persona que trabaja en servicio doméstico en una casa de familia, a mitad de semana y después de un lunes festivo quisiera pedir permiso durante todo un día para trasladarse de Palmira a Cali con el fin de comprar unas sábanas, pudiendo hacerlo el fin de semana anterior o en el siguiente que también era puente, o incluso, comprarlas en Palmira que le salía más barato, ya que si se trasladaba hasta la capital del departamento junto a otra persona debía cancelar los cuatro pasajes y cubrir los gastos de alimentación; además, que no iba a comprar mercancía en una cantidad considerable para tratar de disminuir costos, pues la misma deponente dijo que solo había adquirido dos juegos de sábanas y un tendido.*

*La experiencia enseña igualmente que con el paso del tiempo, la rememoración de detalles sobre actividades que se desarrollan con cierta frecuencia se va desvaneciendo, por lo que no es creíble que casi quince meses después la señora Maura Milena Saa, pudiera acordarse de que fue el 9 de junio de 2010, cuando se dirigió a Cali en compañía del acusado, máxime, que no describió un evento de gran trascendencia que le pudiera servir para recordar esa fecha, y aunque señaló que se acordaba porque ese día se lo descontaron lo que trajo como consecuencia que el fin de semana siguiente no pudiera ir a pasear, ese es un referente de poca trascendencia que después de un año difícilmente le puede hacer recordar a un testigo qué fue lo paso en aquella ocasión o cómo estaba vestida una persona”.*

Tampoco se puede dejar de lado que María Elena Sánchez y Maura Milena Saa, se contradijeron en algunos aspectos, pues mientras la primera indicó que el día de los hechos no se había encontrado con la última, ésta aseguró lo contrario,

divergencia que a pesar de no ser trascendental, aunada a los analizado en precedencia, hacer menos creíbles sus narraciones.

Tampoco se le puede dar crédito alguno a lo manifestado por el señor Alexander Cuero González, en razón al interés que le asiste en los resultados del proceso y porque sus dichos no encuentran respaldo probatorio, ya que cómo se analizó anteriormente, quedó totalmente desacreditado el testimonio de la persona que coadyuva su coartada; a la vez, aunque aquel señaló que no usaba pantalones cortos, en razón a las cicatrices que tenía en los miembros inferiores, se reitera, que de acuerdo a lo relatado por la testigo de cargo, al momento del crimen tenía una bermuda que cubría más hasta la rodilla y si tenía medias muy poca parte de su cuerpo quedaba a la intemperie, lo que hacía difícil notar la deformidad que padece.

Aunque el acusado no debe demostrar su inocencia, pues esta se presume, siendo al Estado a través del órgano de persecución penal al que le corresponde desvirtuarla, cuando esta cumple con la carga necesaria para demostrar su teoría del caso, si la parte contraria quiere sacar adelante su pretensión, le corresponde allegar las pruebas necesarias para desvirtuar la hipótesis planteada por aquella

En el presente caso, se insiste en que la fiscalía cumplió con la carga necesaria para demostrar la ocurrencia de la conducta punible en cabeza del acusado, siendo a este al que le correspondía desvirtuar esa situación, lo que no hizo, pues aunque trajo dos testigos para tratar de probar que para la fecha de los hechos se encontraba en Cali, tal como se analizó anteriormente, se trata de manifestaciones, parcializadas contradictorias e incoherentes, sin que tampoco se pueda olvidar que en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal caracterizado por ser un proceso de partes, exige de cada una de estas una participación activa tendiente a demostrar su teoría.

Las conductas desplegada por el señor Alexander Cuero González, se encuadran en el punible de homicidio agravado por la circunstancia señalada en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, en razón a la circunstancia de inferioridad en que se encontraba la víctima, no sólo porque estaba trabajando, sino que en forma sorpresiva los dos agresores esgrimieron sus armas cortas sin darle tiempo de reaccionar y le dispararon en diferentes ocasiones, en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado, en vista acción que esa acción se realizó utilizando medios motorizados, tal como lo establece el artículo 365 del citado estatuto, modificado por la Ley 1142 de 2007 y aunque a través de la Ley 1453 de 2011 se modificaron las penas para el atentado contra la seguridad pública, los hechos ocurrieron antes de entrar en vigencia, sin que tampoco se pueda tener en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, pues a pesar que la acción delictiva se realizó en coparticipación criminal, esa circunstancia no fue deducida en la acusación.

Acciones que se tornan antijurídicas en la medida en que sin justa causa se vulneraron los bienes objeto de protección por parte de la norma penal, esto es, la vida, que es el derecho de mayor trascendencia para la persona humana, al igual que la seguridad pública.

Conductas que se le debe endilgar a título de dolo directo, pues el señor Alexander Cuero González sabía de la ilicitud de las mismas, pero a pesar de ello y pudiendo actuar de manera diferente, en forma libre, voluntaria y previo acuerdo con otro individuo, quisieron consumarlas, para cual ingresaron al establecimiento de comercio y después de hacerle creer al hoy occiso y a la persona que lo acompañaba que iba a comprar unos pañales, sin mediar discusión alguna le dispararon en varias ocasiones y luego huyeron de lugar en una motocicleta, sin que concurra ninguna de las circunstancias señaladas en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000. Por lo tanto, se condenará al precitado por los delitos antes referidos.

**Sentencia de 2ª instancia (2010-133373-02) del 16 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: impone sentencia condenatoria.**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA – La conducta no se justifica porque el obligado perciba ingresos que no sean cuantiosos.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 381, 447 y 450; Código Penal, artículo 233; Ley 1098 de 2006, artículo 193.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 233 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, establece que: *“El que su sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de treinta y dos a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (30.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.*

La omisión en el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del acusado está claramente demostrada con la prueba testimonial y documental aducida y practicada; véase, como la señora María Libia Castañeda Villegas, depuso que desde que nació el menor W.A.G.C., quien en la actualidad tiene once años de edad, siempre ha estado a su lado, siendo ella la que responde por la crianza del mismo, ya que su hija Luz Adriana Castañeda Villegas quien es la madre del niño y el señor José Wilson Guerrero Jaramillo, nunca han prestado ayuda económica para su sostenimiento.

(...)De otro lado, considera la Sala que la omisión en la entrega de alimentos en que ha incurrido el acusado, no se encuentra justificada, pues está demostrado que percibe recursos como contraprestación de las actividades a las que se dedica y aunque posiblemente no sean cuantiosos, debe, así sea en poca cantidad prestar ayuda para el sostenimiento de su hijo.

Nótese, como la señora María Libia Castañeda Villegas fue clara en señalar que *“el ha cogido café en Alcalá, en otro tiempo estuvo cortando guadua, estuvo también trabajando construcción, esos son los empleos que yo le he conocido”*, y que en la

actualidad está trabajando en una fábrica en Yumbo, y aunque la testigo no indicó el nombre de la misma, el tiempo que lleva laborando allí ni el salario que percibe, no por ello se le puede restar credibilidad a ese dicho, máxime, que está demostrado que en el 2008, estuvo vinculado en calidad de cotizante a la EPS Comfenalco Valle.

A la vez, aunque en el estudio de arraigo efectuado el 17 de septiembre de 2009, la señora Gloria Inés López le informó a la investigadora, que había convivido con el acusado por cerca de siete años y que hacía tres meses se había separado, ya que este no trabajaba, también la precitada le informó que aquel *“sí conseguía un peso se lo jugaba a las maquinitas”* y que nunca mostró interés en ayudarlo con alimentos al menor.

Así mismo, en la actualización del estudio de arraigo socioeconómico, el propio José Wilson Guerrero Jaramillo le informó a la investigadora, que laboraba en una finca y que semanalmente recibía ingresos de \$ 70.000.00, documento cuyo contenido también fue estipulado entre fiscalía y defensa, de donde se extracta claramente que percibe recursos, sin que se requiera de ninguna comprobación adicional como lo consideró el a quo, pues esas manifestaciones fueron dadas por ciertas.

Además, se reitera, el hecho que en el 2008, el acusado hubiera fungido como cotizante a una Empresa Prestadora de Servicios, lo que también fue dado por cierto, implica que percibía recursos pues de lo contrario no tuviera tal calidad, aspectos que aunados a la manifestación clara de la señora María Libia Castañeda Villegas, en el sentido que aquel ha laborado en diferentes actividades, le permiten concluir a la Sala que percibe recursos, así no sea en forma permanente, y que de ellos debe dedicar una cantidad determinada para el sostenimiento del menor W.A.G.C., lo que no ha hecho, habiendo descargado toda la responsabilidad de la crianza en la abuela, pues la progenitora del niño tampoco le presta ninguna clase de ayuda, ya que al parecer se enroló en las Farc.

La señora María Libia Castañeda Villegas, fue clara en señalar que en una ocasión habló con la señora Gloria N., actual compañera del acusado, la que le dijo que si este veía por el niño, ese dinero le iba a hacer falta para el sostenimiento de aquella y que no estaba dispuesta a permitir esa situación, y al ser interrogada la testigo sobre el motivo por el que el acusado no ayuda económicamente al menor W.A.G.C., fue clara en señalar que *“en primera medida porque él no quiere que ella se separe de él y como segunda medida porque no quiere, porque si él quisiera a él no le importaría porque es su hijo”*, lo que en parte coincide con que había relatado en la entrevista que rindiera el 14 de septiembre de 2010.

El delito de inasistencia alimentaria se finca sobre dos elementos esenciales; esto es, la necesidad de percibir alimentos por parte del menor, y la capacidad económica del obligado, los que a criterio de la Sala se cumplen a cabalidad en el presente caso, pues el niño W.A.G.C., requiere de la ayuda económica de su padre, ya que los ingresos que percibe su abuela María Libia Castañeda Villegas son mínimos y sólo le permiten suplir en cierta medida las necesidades básicas, como alimentación y vestuario, quedando pendiente de cubrir la educación, vivienda, salud, recreación, entre otros de los derechos, y que han sido birlados por la omisión en que ha incurrido el acusado, quien a pesar de no tener bienes de fortuna, puede prestar su ayuda así sea en mínima cantidad, tal como se dispuso en

la audiencia de conciliación celebrada el 2 de mayo de 2008 en la Comisaria de Familia de Alcalá y luego en la fiscalía, pues ha trabajado en diferentes actividades percibiendo ingresos de los que puede dedicar una parte para cubrir la cuota acordada.

Si el acusado realmente tuviera la intención de cumplir con la obligación alimentaria y no estuviera en capacidad de cubrir la cuota alimentaria, al menos estaría prestando una ayuda menor, pero lo que se extracta de la prueba testimonial es que desde el momento en que nació su hijo, descargó toda la responsabilidad en la abuela del niño, la que se ha visto en la necesidad de trabajar cogiendo café, habichuela y lijando y pintando muebles, para garantizarle al menor algunas de las necesidades básicas.

Tampoco la Sala puede dejar de lado que el señor José Wilson Guerrero Jaramillo es una persona joven que se encuentra en plena edad productiva y no se demostró que presente alguna limitación de orden físico o mental, por lo que puede ocuparse en diferentes actividades, de las que puede percibir recursos y de esa forma cubrir sus gastos, los de su actual compañera y destinar parte de los ingresos para la manutención y sostenimiento de su hijo.

Omisión que ha sido permanente y reiterativa, pues se viene presentando desde que nació el menor, quien en la actualidad tiene once años, y a pesar que el acusado sabe que debe responder por la crianza y sostenimiento de su hijo, y estando en posibilidad de actuar de manera diferente, en forma libre y voluntaria se ha abstenido de cumplir con su obligación alimentaria, sin que tal acción se haya visto precedida de ninguna causal de ausencia de responsabilidad.

En consecuencia, deberá revocarse el sentido de fallo absolutorio adiado el 10 de noviembre de 2011, igual que la sentencia del 30 de mismo mes y año, a través de la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Ulloa absolvió al señor José Wilson Guerrero Jaramillo, para en su defecto emitir sentido de fallo condenatorio en contra del precitado por el delito de inasistencia alimentaria, disponiéndose igualmente devolver la actuación al citado despacho para que se lleve a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia señalada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y luego regrese el expediente a esta Sala para emitir la sentencia de rigor.

De otro lado, como en principio no sería procedente concederle el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor José Wilson Guerrero Jaramillo, por expresa prohibición del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, en razón a que no aparece que se hubiera indemnizado al menor de las consecuencias generadas por la conducta punible que le fuera enrostrada, de acuerdo a lo señalado en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, se librará orden de captura en contra del precitado para hacer efectiva la sentencia a imponer.

**Sentencia de 2ª instancia (2009-00017-01) del 16 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: revoca el sentido del fallo absolutorio.**

**INFORMES PERICIALES – No configuran prueba por sí solos, y por lo tanto no pueden ser excluidos/EXCLUSIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS –**

**En el caso del allanamiento consentido por el morador y la omisión de someterlo al control posterior del juez de control de garantías.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 23, 232, 360, 412, 414, 415 y 455.

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

Corte Suprema de Justicia, decisión 18103 del 02 de marzo de 2005; Corte Constitucional, sentencia C-806 de 2009; Tribunal Superior de Buga, decisión AC-273-10, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego.

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

Debe la Sala señalar en primer lugar, el yerro cometido por el A-quo derivado de acoger en el mismo sentido, el planteamiento realizado por la Defensa, cuando le da un tratamiento diferente a los elementos materiales probatorios que serían introducidos a través de los distintos testimonios solicitados por el ente acusador en la audiencia preparatoria de tal modo que termina excluyendo éstos, empero y contradictoriamente decretándole las pruebas testimoniales a la Fiscalía.

Tanto el informe técnico de PIPH como el informe de Laboratorio los cuales la Fiscalía también equívocamente menciona bajo la naturaleza probatoria de “documentos”, constituyen “base de opiniones periciales”, que tal como las define el artículo 415 de la Ley 906 de 2004 son:

*“Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.”*

Igualmente los artículos 412 y 414 de la Ley 906 de 2004 dan cuenta de la naturaleza de tales informes, los cuales por sí solos no configuran prueba. Lo es, la declaración del perito. En consecuencia la ilegalidad de ese elemento material probatorio tiene efecto en la prueba pericial solicitada que se practica a nivel de testimonio para ser entonces excluida; no como aquí ocurrió, donde se ordenaron los testimonios de los peritos mientras se excluían las bases de sus opiniones periciales.

En efecto contemplan las disposiciones anteriores:

*“Art. 412.- Comparecencia de los peritos a la audiencia. Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con*

*los informes periciales que hubiesen rendido o para que los rindan en la audiencia.”*

*“Art. 414.- Admisibilidad del informe y citación del perito.- Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria del juicio oral y público, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurran a la audiencia con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.”*

Claro debe quedarle al señor Juez y a las Partes, -Fiscalía y Defensa que los elementos materiales probatorios aquí excluidos están supeditados, dependen del testimonio y su ilegalidad repercute en la exclusión de la prueba que no es otra que las declaraciones de los peritos, solicitadas por la Fiscalía.

Esta presidencia, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema específico de la omisión del requisito legal por parte de la Fiscalía de acudir al juez de control de garantías cuando se han obtenido elementos materiales probatorios a través de un registro voluntario bajo el consentimiento de su morador; tal como lo dispone la sentencia de exequibilidad C-806 de 2009, citada por la Defensa para sustentar la pretensión a la cual accedió el señor juez de conocimiento.

Como se trata de asuntos similares con el de objeto de estudio en este pronunciamiento, se trae entonces la cita pertinente:

(...)Descendiendo al caso materia de estudio, el disidente termina en el recurso por catalogar el acta de consentimiento de registro por parte de la arrendataria del inmueble donde se operó la captura de la señora ....tanto de prueba ilegal por no haberse llevado a cabo el control posterior ante el juez de control de garantías, como de prueba ilícita por ser atentatoria al derecho de intimidad.

(...)

Lo anterior importa por la directriz del precedente citado de nuestro superior funcional, cuando al tratar “la prueba ilegal” demanda una revisión para cada asunto en concreto por parte del juez de conocimiento quien deberá determinar “si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.”. Significa en criterio de la Sala, que si al momento de someter a control la captura de la señora ... inherente por hacer parte de las circunstancias que la rodearon se puso de presente el ingreso por consentimiento del morador y así lo avaló el juez constitucional, tal formalidad de que no aparezca en acta separada, no daría lugar a la exclusión del medio de prueba que en todo caso no sería el acta de consentimiento, sino el testimonio del investigador que da fe del hallazgo en esa residencia de ...”

El abogado defensor no demostró lo contrario, tampoco el juzgador consultó la audiencia de control de legalidad de la captura; sin embargo durante la práctica de las pruebas autorizadas cada sujeto procesal puede avanzar en su teoría del caso para al final solicitarle al juez de conocimiento que deje de valorar una u otra prueba, pues ya vimos que el efecto de ambos conceptos: -prueba ilegal vs prueba ilícita- viene a ser el mismo. En este instante es donde el funcionario judicial deberá tener en cuenta igualmente las otras excepciones legales en un momento dado, si se tratara de ilicitud de la prueba: descubrimiento inevitable; vínculo atenuado; fuente independiente entre otras, las cuales no deben ser motivo de este pronunciamiento como no lo fue tampoco de la primera instancia...”

(...)El togado de la defensa no demostró en la audiencia preparatoria, ni siquiera lo edificó a nivel de argumentación una violación del derecho a la intimidad, que no resulta de la presunta omisión de no haber solicitado la Fiscalía una audiencia preliminar para la legalización del registro voluntario. Por el contrario, si existe un acta de consentimiento que en sí misma no ha sido atacada significa que lo hubo de parte del propietario o el tenedor de la vivienda, excepción traída en el artículo 230 para el requisito de la orden, precisamente por no comportar una trasgresión a este derecho fundamental.

Volveríamos entonces a que se trataría de una ilegalidad por la omisión del control posterior exigido a través del fallo C-806 de 2009, donde se requiere el juicio ponderado que a bien trae la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como ya lo vimos, y que incluso de llegar a prosperar el medio de prueba que impediría valorar, -insistimos- no es el acta de consentimiento para el registro, sino el producto del mismo, una vez se hayan superado los estudios sobre las excepciones antes mencionadas.”

Para esa debida ponderación en el caso concreto, la Sala revisa entonces las audiencias preliminares de legalización de captura y de imposición de medida de aseguramiento celebradas el 10 de julio de 2011 por la señora Juez Promiscuo de Bugalagrande con funciones de control de garantías. En la primera, la señora Fiscal da cuenta de las mismas circunstancias aquí alegadas para conseguir la exclusión de los elementos materiales de prueba, inherentes al sitio y al procedimiento en que se operó la captura y la incautación del estupefaciente; por otro lado se hizo el descubrimiento de elementos materiales probatorios, entre otros tales como el informe de policía de captura en flagrancia y el informe pericial de PIPH entre otros; informe ejecutivo; entrevista a la moradora del inmueble donde se le sorprendiera con la sustancia incautada.

La juzgadora se refirió a los mismos y encontró que los elementos materiales probatorios entre ellos el acta de incautación de la sustancia, el álbum fotográfico; el informe pericial de PIPH eran idóneos para justificar la inferencia razonable del ilícito y del estado de flagrancia en que se operó la respectiva aprehensión del ciudadano.

En la segunda audiencia –de imposición de medida de aseguramiento- previo conocimiento de la forma como operó la captura y se obtuvieron los elementos materiales probatorios que daban cuenta de la tipicidad de la conducta atribuida al señor FABIO ELKIN GONZALEZ ARANGO, consideró que los mismos tenían la suficiencia legal para fundar la medida de aseguramiento en su contra.

Significa todo lo anterior, que aún en gracia de discusión conforme a lo expuesto por la Fiscalía, de tenerse que la incautación del estupefaciente se llevó a cabo a través de un registro voluntario del morador del inmueble sin que se adelantara una audiencia denominada –“de control posterior de esa diligencia”- la irregularidad así suscitada en confrontación con la exigencia de la Corte Constitucional deviene insustancial para el caso porque materialmente sí la hubo en la medida que el mismo, (registro voluntario), fue puesto de presente cuando se le enseñaron a la señora juez de control de garantías las condiciones en que se operó la captura; y la razón del estado de flagrancia, al punto que se le exhibió la entrevista de la persona residente en ese inmueble; posteriormente la juzgadora constitucional en dos oportunidades se refirió a dichas circunstancias, empero legalizó tanto la privación de la libertad como igualmente consideró reunidos los elementos mínimos necesarios para imponer medida de aseguramiento. De haber considerado arbitrario el ingreso de los agentes de la policía al inmueble, constitutivos de una transgresión al derecho fundamental de la intimidad se habría quedado sin los elementos materiales probatorios para fundar las dos decisiones que hoy mantienen privado de la libertad al procesado.

En consecuencia, dicha irregularidad no tiene la trascendencia para afectar la presentación como prueba en el juicio oral del objeto material del delito a través de los medios pertinentes como son las declaraciones de los agentes de la policía también en ese sentido con quienes se advirtió se introduciría el acta de incautación de la droga estupefaciente; el álbum fotográfico del lugar donde operó la misma y las pruebas periciales con fundamento en las bases de la opinión consistente en los informes técnicos de PIPH y de perito de Laboratorio.

Sobre la ilicitud como tal de dichos elementos, este no fue un argumento expuesto por la Defensa pues no alega para nada violación de derecho fundamental del procesado pues está claro además que se hallaba en un domicilio ajeno, por ende no le asiste la expectativa de intimidad necesaria.

Por consiguiente, se procederá a revocar parcialmente el auto proferido por el señor juez de instancia en lo concerniente a lo que fue objeto de apelación como fuera lo relacionado con la exclusión de los elementos materiales probatorios para en su lugar ordenar que los mismos sean introducidos a través de los testigos tal como lo solicitó el ente acusador, destacando eso sí, diverso a su postura que revistan la calidad de prueba documental.

**Auto de 2ª instancia (AC-054-12) del 22 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la exclusión de los elementos materiales probatorios decretada por el juez de primera instancia.**

**ORDEN DE ARCHIVO DE LA INVESTIGACIÓN – No hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es motivo de nulidad el ordenar su reapertura sin contar con nuevos elementos materiales probatorios/ESTAFA – Mediante rifas y loterías/ESTAFA**

**MEDIANTE RIFAS – Frente al incumplimiento de obligaciones civiles/ESTAFA MEDIANTE RIFAS – La cuantía se determina por el monto del premio ofrecido y no por el valor de las boletas.**

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

LEY 906 DE 2004, artículos 66 y 79; Código Penal, artículos 246 y 268.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 8355 del 24 de febrero de 1994, con ponencia de Dídimo Páez Velandia y 13839 del 08 de febrero de 2001, con ponencia de Jorge Aníbal Gómez Gallego.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El hecho de que la Fiscalía delegada haya archivado las diligencias pero luego considerara viable el inicio del proceso penal en contra del indiciado a través de la Formulación de la imputación sin que hubiera mediado entre uno y otro acto -nuevos elementos materiales probatorios- no constituye una violación sustancial al debido proceso que comporte trascendencia para que se regrese a ese primer estado, invalidándose toda la actuación.

Lo anterior, porque el legislador no puede prever todas las distintas situaciones que se pueden dar posterior a un archivo de las diligencias. La más lógica a considerar es que se alleguen nuevos elementos materiales probatorios que modifiquen las consideraciones que dieron lugar al archivo. Empero, es factible un error dentro del estudio del tipo objetivo que diera lugar a considerar atípica la conducta denunciada bien sea por el mismo delegado que archivó las diligencias o por uno que lo reemplace. De ahí la importancia de la motivación y de serle comunicada esta decisión tanto al denunciante – querellante y al Ministerio Público. Incluso la víctima, de no disuadir al representante del ente acusador de una postura contraria puede acudir ante el juez de control de garantías para que revise la actuación del señor Fiscal que contraría sus intereses y éste le haga saber de su error y se proyecte al inicio del proceso penal. Así lo demandaron los distintos pronunciamientos de exequibilidad del artículo 79 y los derechos de las víctimas durante la actuación procesal incluida la indagación frente al desacuerdo que les pudiera asistir con una orden de archivo, por parte de la Corte Constitucional, como son la C-1154 y la C-1177, ambas del 2005.

Todo lo anterior aunado a que la “orden” de archivo no hace tránsito a cosa juzgada. (Artículo 79 de la Ley 906 de 2004).

En el caso que nos ocupa, si otra visión dio lugar a considerar la atipicidad de la conducta desde el aspecto objetivo por no reunir los elementos de la estafa ni de ningún otro tipo penal, la víctima ha podido disuadir a ese delegado Fiscal, el Ministerio Público o el mismo u otro que lo reemplazara avizorarlo como un error que debía ser corregido frente a la obligación que tiene la Fiscalía General de la Nación de ejercer la acción penal y realizar la investigación de un hecho que reviste las características de un delito, a cuyo conocimiento llegó de oficio o mediante cualquiera otra de las formas de noticia criminal.

La Fiscalía entonces no quedaba inhibida definitivamente para hacerlo pese a que la norma no lo contemple expresamente por lo ya mencionado; pero de una interpretación sistemática con el artículo 66 del mismo Estatuto que demanda la titularidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal con la naturaleza de una decisión de esa índole, fácilmente se llega a la conclusión de la inexistencia en un caso como éste de una violación sustancial al debido proceso, o a la garantía del derecho de defensa.

En consecuencia, no se accederá a la nulidad solicitada por el Censor.

En el artículo 246 del Código Penal se define el delito de estafa con el siguiente tenor literal:

***“ARTICULO 246. ESTAFA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

***En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.***

***La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”***

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de febrero de 2001 emitida en el Proceso N° 13839, con ponencia del Magistrado JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, dijo lo siguiente:

***“Así, son elementos típicos del delito de estafa, en su correlación temporal y lógica, de acuerdo con el inciso 1° citado: el despliegue de artificios o engaños; la inducción o manutención en error de la víctima; el desplazamiento patrimonial por parte de la misma; la obtención de un provecho ilícito para el sujeto o para un tercero; y el perjuicio correlativo.***

***Como quiera que en el hecho punible de estafa se trata de proteger el poder de disposición de las personas sobre sus bienes, cosas o derechos, sobre todo en relación con maniobras fraudulentas que se orientan a obtener un desplazamiento patrimonial, el tipo penal señalado exige una rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos y en el orden antes indicado. Por ello, el delito se consuma con la obtención de un provecho ilícito para sí o para otro, como consecuencia de una situación de error provocada en la víctima por el ardid que dispone el sujeto activo. El perjuicio correlativo al provecho***

***ilícito determina al sujeto pasivo, como titular del patrimonio que sufrió la mengua; pero el perjudicado puede ser persona distinta del destinatario de la maquinación fraudulenta, que constituye la víctima.***

***La modalidad de estafa prevista en el inciso 2° de la norma en cuestión no comporta el mismo rigor, porque no exige, como lo hace expresamente el inciso 1°, la acción de inducir a otro en error (que es la víctima), dado que los medios fraudulentos para asegurar un determinado resultado (que sí se requieren en su tipicidad) pueden ser tan sutiles o se despliegan tan ocultamente que pasan completamente inadvertidos para los apostadores y aún para los operadores del juego, rifa o lotería. Es lo que ocurre en las loterías o rifas, cuando a distancia se controlan las ruedas por medio de un dispositivo que nadie advirtió ex ante; o en el juego cuando se manipulan los dados por medio de un imán puesto en su interior o debajo de la mesa. En la inducción en error, en cambio, como se trata de llevar, impulsar o provocar un estado de convicción, como acciones materialmente desplegadas sobre una persona, sería necesario contar con el otro que se constituye en víctima, así sea engañado.”***

En consecuencia, la “***rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos***” del delito de estafa es esencial para dilucidar su ejecución en la modalidad descrita en el inciso primero del artículo 246 del Código Penal, pues dicho precepto además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del provecho ilícito, reclama que las mismas ocurran en determinado orden cronológico, así: primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial; además que entre ellas exista encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro, de suerte que si estos requerimientos conductuales no se presentan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa.”

En tratándose de este reato en la modalidad de rifas o juegos, dijo la Corte Suprema de Justicia, en asunto de similar naturaleza en cuanto a la acción constitutiva de engaño, lo siguiente:

***“Las maniobras engañosas del procesado se efectuaron para inducir en error y todas y cada una de las personas a quienes les logró vender boleta para su rifa, como quiera que por razón de los artificios que en cada boleta y volante de propaganda incluyó y que le daban visos de seriedad a la rifa, fue que cada comprador se desprendió voluntariamente del valor de la boleta menguando su propio patrimonio y aumentando ilícitamente el del audaz mentiroso, empresario de rifas, que sin escatimar medio alguno, esquilmo a quienes le creyeron”.***

En efecto, el documento impreso donde se consigna la expectativa del premio constituye el engaño por el cual se persuade a la sujeto pasivo a la compra de la boleta, es el premio allí consignado e incluso el registro de los datos como el nombre y el teléfono del responsable que la hace incurrir en el error y proceder a la adquisición del mismo. No se requería por tanto que el señor JUAN CAMILO VALENCIA desplegara una conducta directa de convicción hacia la víctima; baste con

que fue éste el responsable de su venta, por consiguiente igualmente el beneficiario de la defraudación económica hacia el tercero.

La inducción en error para la víctima según la descripción típica no requiere exclusivamente del artificio como medio, denominación que describe una escena elaborada para persuadir al sujeto pasivo; igualmente contempla el “engaño” el cual lo puede constituir una simple mentira siempre y cuando tenga la idoneidad para disuadir a una persona de inteligencia mediana conforme a su regla de experiencia y no contribuya eficazmente un acto de torpeza, de ingenuidad o de extrema negligencia de parte de la víctima.

Ahora bien, en tratándose de comportamientos que se encuentran dentro de los linderos de un “incumplimiento de contrato” situación que debe ser resuelta por la jurisdicción civil y no importa a la penal, es necesario establecer como ocurre en los casos de ciertos negocios incluso de tipo “aleatorios” como éste, si el sujeto activo al momento que convence al sujeto pasivo, le asistía la capacidad económica para cumplir con el posterior pago; para el caso concreto si al momento de la venta de las boletas tenía la posibilidad y la intención de pagarle el premio a quien saliera favorecido para concluir o no, en el propósito de defraudación conseguido ciertamente a través del engaño desplegado, el cual estaría constituido en el documento que se ofrece (boleta) con la expectativa de una ganancia económica a sabiendas de que jamás se le hará efectiva.

Para la mayoría de esta Sala, no existe duda en el primer aserto a cambio del segundo. Veamos por qué:

- 1) Está demostrado que el responsable de la boleta que consignaba la rifa de cinco millones (\$5'000.000) de pesos, en este evento de una fracción del premio, dos millones quinientos mil (\$2'500.000) pesos que jugaba con la Lotería de Cundinamarca el 23 de junio de 2008, lo era el señor JUAN CAMILO VALENCIA identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.088'239.925. Así lo demuestra la prueba testimonial constituida por las declaraciones de MARIA ANGELICA ARTEAGA ROBAYO; CARLOS HERNAN CARDONA CALDERON y la prueba documental estipulada como fuera entre otras las conciliaciones realizadas en este y la primera deponente de cargo a quien le asiste la condición de víctima en este proceso. Es además una circunstancia sobre la cual no existe controversia por el recurrente.
- 2) El señor JUAN CAMILO VALENCIA entregó la boletería a vendedores de este tipo de rifas, entre otros concretamente al señor ROZO quien trabajaba con otras de las misma naturaleza como la “Pico, pico” con las cuales nunca había existido un problema derivado del incumplimiento del pago de los premios.- Así se deriva de la declaración de la víctima, la señora MARIA ANGELICA ARTEAGA ROBAYO, estadio que sustenta la capacidad de persuasión del documento (boleta) constitutivo del engaño, aunado al hecho de traer impreso el nombre y número de celular del señor JUAN CAMILO VALENCIA como responsable de la rifa. Esto lejos de servirle como coartada de defensa hace parte de la estrategia de credibilidad que manejan este tipo de timadores necesaria para la distribución de la boletería inclusive a través de intermediarios como el que se la vendió a la señora. Así, aseguraba la confianza necesaria para procurar la venta (por intermediarios) y compra de las boletas no sólo por personas

incautas y negligentes a quienes no protege en casos extremos, el derecho penal a través de este particular tipo objetivo, último evento que aquí no corresponde.

Distinto entonces a la postura del recurrente, es el señor JUAN CAMILO VALENCIA quien realiza el engaño (como responsable de la rifa y beneficiario de la venta de la boletería) así lo haga como “autor mediato” a través de “instrumentos” que a su vez inducidos en el error, fueron quienes las distribuyeron entre los compradores. De conocer del engaño el señor Rozo (vendedor para este asunto), sería una condición que tampoco descartaría la responsabilidad de JUAN CAMILO VALENCIA como determinador de la conducta ilícita en virtud de un “acuerdo de voluntades”. Corolario entonces es que el hecho de no haber sido quien directamente se la vendiera a la posterior ganadora, no lo exonera de la responsabilidad penal. Para el caso, atendiendo la buena fe que las deponentes le reconocen al vendedor ROOSEMBERG conocido como ROZO no desvirtuada por otra prueba, debe tenersele como “autor mediato” del reato.

- 3) El señor JUAN CAMILO VALENCIA no tenía la capacidad económica para pagar el premio al momento en que diseñó o elaboró la boletería, unidad vendida a la señora ganadora de dos millones quinientos mil (2'500.000) pesos. Ello se desprende del incumplimiento de su pago.

Si no la tenía -mirado desde las perspectiva más favorable para el procesado, en el análisis del caso- pero le asistía la intención de pagar el premio al momento de la venta de la boleta, ¿tal circunstancia convierte su incumplimiento en una mera obligación civil y descarta el delito de estafa?.

Esta Sala mayoritaria considera que no; quien vende las boletas de una rifa sin comunicar que su pago estará condicionado a la venta total de las boletas que garantizará reunir el dinero del premio prometido, de todas formas está engañando a los compradores al no advertirles de tal condición, -única en la que podría escudarse el procesado en este caso- y desde el tipo subjetivo, la modalidad de la conducta estaría dada en un “dolo eventual”, pues al momento de la ejecución de la conducta, puede prever que no tendrá como pagar el premio y no obstante lo deja librado al azar, aún beneficiándose del dinero fruto de la compraventa del sorteo.

Téngase en cuenta que para poder cumplir JUAN CAMILO VALENCIA con el pago del premio, sin contar previamente con este dinero, tendría que haber vendido diez mil (10.000) boletas pues el valor del premio era de cinco millones de pesos -la otra mitad la asumió otro comprador- y esta es una cifra considerable de acuerdo con el número de adquirentes de la boletería a procurar. Por consiguiente se puede inferir que JUAN CAMILO VALENCIA no tuvo nunca la intención de cumplir con el premio ante la evidente posibilidad de no lograr vender ese número de boletas; así también le quedaba a su favor que el número ganador no quedara entre los compradores.

- 4) El comportamiento posterior del señor JUAN CAMILO VALENCIA como fuera dos promesas incumplidas de pago, pero más que eso, la omisión de cualquier

esfuerzo económico para cancelar dicha obligación denota que no tuvo al inicio la intención de pagar la rifa a su ganador o que por lo menos al momento de difundir la boletería y recibir el dinero de su venta dejó librada al azar esa posibilidad prevista ante la no obtención con holgura de la cuantía del premio, que le asegurara una ganancia. El firmar una letra cuando se carece de bienes resulta ser sólo un distractor más del actor del ilícito para sus víctimas y para el aseguramiento de la impunidad de su acto.

No podemos olvidar que el protagonista del delito de Estafa, es un ser que se caracteriza por su inteligencia, su capacidad de persuasión, quien incluso se proyecta no sólo al resultado que obtendrá a través de los medios seleccionados sino también a su posible defensa. De tal forma, lejos debe estar la judicatura de enviarles un mensaje a los vendedores de este tipo de rifas que se realizan con frecuencia en ciertos estratos sociales sin los requisitos legales (faltó incluso el cargo de Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico –artículo 312 del C.P) que se encuentran por fuera del rigor del Derecho Penal pese afectar el bien jurídico del patrimonio económico de algunos ciudadanos cuando a sabiendas de no contar con el premio que se ofrece, engañan sobre tal expectativa que sólo dependerá en últimas de asegurar primero un incremento económico en el suyo propio.

En este mismo acápite –de la responsabilidad penal del enjuiciado- abordaremos los otros argumentos del recurrente como son la ausencia de antijuridicidad material y la atenuante en razón de la cuantía.

Para ambos tópicos, conveniente es recordar uno de los parámetros enseñados por la máxima corporación de Justicia, en la misma providencia citada al inicio para ilustrar la acción constitutiva de “engaño” en el delito de estafa ejecutado a través de la modalidad de rifas. Señaló la Corte al respecto:

*“(…)*

*Contrariamente no acaeció lo mismo respecto de la boleta “ganadora”. En este caso las maniobras engañosas alcanzaron a los adquirentes para menguar su patrimonio en la cuantía del premio ganado conforme lo ofrecido pero que no les entregó el “empresario” de la rifa aquí procesado.*

*Recuérdese que él nunca compró los bienes a rifar, que carecía de posibilidades económicas para hacerlo, que no vendió sino un ínfimo número de boletas en comparación a las que anunciaba en el plan –luego no podía con el producto de la venta de las boletas comprar los premios para pagarlos; y, que viéndose afectado en su salud –aceptando esa parte de sus explicaciones de la injurada-durante tan extenso lapso de tiempo –cinco meses- no aplazó oportunamente la rifa en forma que demostrara buena fe. (...), ...de todo lo cual lo único lógico a inferirse es que su intención era no pagar el premio prometido en su clandestina rifa en el evento de que cayese en poder de alguno de los compradores, lo que se confirma, al recibir de éstos, el mismo día de la rifa momentos antes de verificarse esta, el valor restante de la boleta que le adeudaban sin enterarlos obviamente del aplazamiento.*

*Los dos engañados compradores consocios de la boleta ganadora, inducidos en error accedieron a participar en la rifa con un interés patrimonial concreto: el alea de ser ganadores de un jugoso premio, y éste ingresó a su peculio formalmente desde el momento en que el número de su boleta coincidió con el del sorteo de la lotería oficialmente autorizada como era el Extraordinario de 1.989. El vendedor les ofreció una ganancia si accedían a comprarle la boleta, y ellos la compraron sólo pensando en esa ganancia y plenamente convencidos que todo era legítimo y no que existía un cúmulo de irregularidades impreso en la propaganda y la boleta. (...) Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.*

*(...)*

*Así pues la estafa que cometió respecto de los denunciantes, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala para casos como el aquí examinado, lo fue en cuantía del valor del premio impagado –diez millones de pesos- que resolvieron acertadamente las instancias; no del valor de la boleta vendida a los ganadores como lo sostiene el actor; ni del precio global de todas las boletas vendidas como lo afirma la Procuraduría; por lo que la competencia para el asunto no ha de sufrir variación.”*

Queda claro entonces como la cuantía en este asunto no es el del valor de la boleta; quinientos (\$500) pesos, sino el del premio que se dejó de pagar, para el peculio de la señora en cuantía de dos millones, quinientos (\$2'500.000) mil pesos.

Lo anterior, confrontado con la situación económica de la víctima, una persona que trabaja a diario en venta de arepas y de choclos, no reviste una suma pírrica, sin capacidad para afectar su patrimonio económico para desdeñar la antijuridicidad material demandada por el artículo 11 del Código Penal, máxime en atención a la época de los hechos -2008- que equivalía a varios salarios mínimos mensuales legales. (\$461.500 salario mínimo de ese año). Así también se quedan sin los presupuestos la rebaja pretendida del artículo 268 del Código Penal.

#### **SALVAMENTO DE VOTO – DR. JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO:**

**ESTAFA – Era indispensable demostrar, y no se hizo, como los artificios o engaños desplegados por el procesado indujeron en error a la persona perjudicada antes de comprar la boleta ganadora/HECHOS INVESTIGADOS EN EL PROCESO – Configuraban, tal como lo planteó el impugnante, el incumplimiento de una obligación civil.**

Con mi habitual respeto, me permito consignar a continuación los fundamentos de mi discrepancia con la motivación el fallo de la mayoría en el proceso de la referencia.

En el artículo 246 del Código Penal se define el delito de estafa con el siguiente tenor literal:

*“ARTICULO 246. ESTAFA. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por*

*medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.*

*La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de febrero de 2001 emitida en el Proceso N° 13839, con ponencia del Magistrado JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, dijo lo siguiente:

*“Así, son elementos típicos del delito de estafa, en su correlación temporal y lógica, de acuerdo con el inciso 1° citado: el despliegue de artificios o engaños; la inducción o manutención en error de la víctima; el desplazamiento patrimonial por parte de la misma; la obtención de un provecho ilícito para el sujeto o para un tercero; y el perjuicio correlativo.*

*Como quiera que en el hecho punible de estafa se trata de proteger el poder de disposición de las personas sobre sus bienes, cosas o derechos, sobre todo en relación con maniobras fraudulentas que se orientan a obtener un desplazamiento patrimonial, el tipo penal señalado exige una rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos y en el orden antes indicado. Por ello, el delito se consuma con la obtención de un provecho ilícito para sí o para otro, como consecuencia de una situación de error provocada en la víctima por el ardid que dispone el sujeto activo. El perjuicio correlativo al provecho ilícito determina al sujeto pasivo, como titular del patrimonio que sufrió la mengua; pero el perjudicado puede ser persona distinta del destinatario de la maquinación fraudulenta, que constituye la víctima.*

*La modalidad de estafa prevista en el inciso 2° de la norma en cuestión no comporta el mismo rigor, porque no exige, como lo hace expresamente el inciso 1°, la acción de inducir a otro en error (que es la víctima), dado que los medios fraudulentos para asegurar un determinado resultado (que sí se requieren en su tipicidad) pueden ser tan sutiles o se despliegan tan ocultamente que pasan completamente inadvertidos para los apostadores y aún para los operadores del juego, rifa o lotería. Es lo que ocurre en las loterías o rifas, cuando a distancia se controlan las ruedas por medio de un dispositivo que nadie advirtió ex ante; o en el juego cuando se manipulan los dados por medio de un imán puesto en su interior o debajo de la mesa. En la inducción en error, en cambio, como se trata de llevar, impulsar o provocar un estado de convicción, como acciones materialmente desplegadas sobre una persona, sería necesario contar con el otro que se constituye en víctima, así sea engañado.”*

En consecuencia, la *“rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos”* del delito de estafa es esencial para dilucidar su ejecución en la modalidad descrita en el inciso primero del artículo 246 del Código Penal, pues dicho precepto además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del provecho ilícito, exige que las mismas ocurran en determinado orden cronológico, así: primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial; además que entre ellas exista encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro, de suerte que si estos requerimientos conductuales no se presentan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa.

En este caso tanto la Fiscalía como el *a quo* consideraron que la conducta investigada constituía delito de estafa porque el responsable de la rifa, o sea el señor JUAN CAMILO VALENCIA, se negó a pagar el premio y a pesar de comprometerse varias veces a hacerlo, nunca cumplió.

Es obvio que esa argumentación fue errada, en la medida que colocó las maniobras reprochables del acusado después que la víctima compró la boleta ganadora, o sea que invirtió la relación de causalidad estricta que exige el tipo básico

La configuración del delito de estafa en la modalidad que fue presentada por la Fiscalía obligaba establecer que el señor JUAN CAMILO VALENCIA mediante despliegue de artificios o engaños logró inducir en error a la señora MARIA ANGELICA ARTEAGA ROBAYO antes de que ella comprara la boleta ganadora, pero esa situación no se demostró, al contrario fue desvirtuada por dicha dama cuando expresó que nadie la indujo a comprar esa rifa, y que a diario hacía ese tipo de apuestas.

Podría afirmarse que el señor JUAN CAMILO VALENCIA desde antes de vender las boletas de la rifa estaba decidido a no pagar el premio a quien se lo ganara, de tal manera que los eventuales compradores de las mismas estaban apostando en vano, engañados, con la creencia errada de que podrían ganar el premio prometido, sin saber que ello jamás sucedería. Pero ese comportamiento delictivo tenía que probarse, y en este caso la Fiscalía no lo hizo.

Por el contrario, todo indica que no hubo engaño, si en cuenta se tiene que el acusado no colocó como responsable de la rifa a otra persona o a sujeto inexistente, pues en las boletas plasmó su verdadero nombre, es más en ellas dio su verdadero número de celular, a través del cual la denunciante pudo contactarlo.

Además, el acusado en varias actas de conciliación aceptó ser el responsable de la rifa que ganó la señora MARIA ANGELICA ARTEAGA ROBAYO y se comprometió pagar el premio, incluso firmó una letra de cambio por el valor del mismo, título valor que permanece en poder del señor CARLOS HERNÁN CARDONA CALDERON, quien declaró esa situación y expresó que es el compañero permanente de la señora MARIA ANGELICA ARTEAGA ROBAYO.

La existencia de esa letra de cambio, con la cual el acusado puede ser demandado civilmente, desdibuja aún más el delito de estafa, pues ese título constituye una forma de pago, tal como lo dispone el código de comercio.

Así las cosas, la Sala debe aceptar la argumentación del impugnante cuando plantea que los hechos investigados en este proceso configuran incumplimiento de una obligación civil, y que existe duda que la misma fuera generada por la ejecución de un delito de estafa; por ello, en mi criterio, se ha debido aplicar a favor del acusado el principio universal de *in du bio pro reo*, para revocar el fallo condenatorio y en su lugar absolverlo.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-124-11) del 23 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia de primera instancia.**

**DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE – El trámite se rige por la norma vigente al momento del comienzo de la investigación correspondiente.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 533.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 32845 del 03 de diciembre de 2009 y 32773 del 12 de mayo de 2010.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con señalado en el numeral primero del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto adiado el 27 de enero de 2012, a través del cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga, negó la nulidad planteada por la defensa del señor Alex Alberto De Hoyos Castillo.

El problema jurídico propuesto radica en determinar si el presente asunto se debe tramitar bajo los ritos señalados en la Ley 906 de 2004 o en la 600 de 2000.

El artículo 533 de la primera ley citada señala que *“El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005...”*, en tanto que, el 530 de la misma normativa establece que *“...el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006, incluirá los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal...”*, de donde se extracta claramente que todas las conductas punibles que hubieren o llegaren a ocurrir en este distrito a partir de la última fecha citada, necesariamente deben ser tramitados a través del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004, independientemente, que fueran conexas con otras ocurridas con anterioridad, pues en este evento la conexidad cede frente a la aplicación de la nueva ley.

Frente a los delitos de ejecución instantánea no surge mayor complejidad, pues para determinar cuál de las leyes se debe tenerse en cuenta para adelantar la actuación, sencillamente debe remitirse a la vigente al momento en que se consumó la acción delictiva.

La situación genera alguna complejidad con relación a las conductas punibles de ejecución permanente, entre estos, el concierto para delinquir, pues bien puede suceder que se consumen en vigencia de una norma procedimental, pero se siga agotando la acción cuando ha entrado a regir un nuevo estatuto, como ocurre en el presente caso, en el que en el escrito de acusación se indica que el señor Alex Alberto De Hoyos Castillo, estuvo vinculado a la organización criminal “*Los Rastrojos*” desde antes de 2004 y hasta el 25 de junio de 2011 cuando fue capturado, épocas para las que han estado rigiendo la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004.

Se indica en el citado escrito que el acusado se desempeñaba como cabecilla de la organización y comandante de zona, dirigía un grupo de integrantes de la misma que estaban encargadas de prestar vigilancia para mantener cultivos de coca, laboratorios donde se procesaba la base de coca; rutas por donde se transportaba, mantener el dominio territorial de zonas como Venecia, Andinópolis y Fenicia, entre otras, y que portaban armas de uso privativo de las fuerzas armadas y prendas de uso militar, lo que llevó a acusarlo de los delitos de concierto para delinquir agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

En eventos como el presente y contrario a los argumentos propuestos por el apelante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que se debe tener en cuenta la norma que estaba vigente al momento en que se inició la investigación correspondiente.

Posición que reiteró nuevamente la citada Corporación en la providencia del 12 de mayo de 2010 emitida dentro del radicado 32773 y que fue el argumento principal que tuvo en cuenta el a quo para negar la nulidad propuesta, constituyéndose aquellas decisiones en una verdadera línea jurisprudencial que se sigue manteniendo y que debe ser aplicada en el caso de análisis.

Aunque la defensa con fundamento en el auto emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 22 de julio de 2011 dentro del radicado 36926, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, señaló que se ha vulnerado el debido proceso por efectos sustanciales e indicó que se debe aplicar la Ley 600 de 2000, no demostró porque ésta resulta menos restrictiva a los intereses del acusado, ni tampoco en esa decisión la Corte modificó la posición jurídica que ha mantenido sobre el tema, pues al resolver el recurso de apelación interpuesto contra un auto que negó el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad de la vigilancia electrónica, hizo un análisis del principio de favorabilidad y los eventos en los que tiene aplicación, confrontando el texto original de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones establecidas en la Ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

En efecto, en la referida providencia indicó la Corte que cómo la última ley citada, había modificado algunas disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal y que podían resultar normas que por favorabilidad debían aplicarse en forma

retroactiva debía hacer un análisis desde la óptica pedagógica, habiendo reiterado lo expuesto en los radicados 23006 del 16 de febrero de 2005 y 25099 del 26 de septiembre de 2007 e indicó que también mantuvo la misma posición en las sentencias de 06/07/2005 (23.545), 06/09/2007 (25.099) y autos de 13/05/2009 (31.124) y 10/02/2010 (32.108)

Es claro que todas aquellas normas procesales con efectos sustanciales, tienen aplicación retroactiva o ultractiva si resultan más favorables a los intereses del acusado, lo que no puede pregonarse de las normas que regulan procedimiento y que sólo constituyen un mecanismo para lograr el impulso procesal.

En el presente caso, se reitera, que el recurrente no explicó en forma coherente y clara, porque le resultaba más beneficioso a su defendido que el trámite se adelantara por la Ley 600 de 2000, y no encuentra la Sala qué norma procesal con efectos sustanciales de esa ley resulte más restrictiva que la Ley 906 de 2004.

Ambas leyes están precedidas de una serie de principios y normas rectoras que pretenden proteger íntegramente los derechos y garantías de partes, intervinientes y sujetos procesales, en especial de los procesados, correspondiéndole al funcionario judicial velar por el respeto de los mismos.

A la vez, no se entiende como pueda resultar más beneficiosa para el acusado la aplicación de la Ley 600 de 2000, pues en ella, cómo en la Ley 906 de 2004, es procedente la solicitud o imposición de medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad desde los albores de la investigación, incluso, el nuevo sistema puede resultar más garantista para el acusado, en razón a que las únicas pruebas que deben tener en cuenta para emitir la sentencia son las que se practican en el juicio oral en presencia del fallador, lo que le permite tener una visión más clara y objetiva de las mismas, audiencia en la que el acusado y defensor tienen participación activa en su práctica y contradicción, en tanto que, en la primera ley citada, caracterizada por la permanencia de la prueba, en muchos casos la que sirve para imponer medida de aseguramiento o acusar es la misma en que se basa la sentencia.

Asimismo, en la Ley 906 de 2004 los términos son mucho más cortos, por lo que la situación jurídica definitiva del procesado se resuelve más rápido, incluso, aquellas causales de libertad que tienen que ver básicamente con el paso del tiempo, son menos restrictivas que las establecidas en la Ley 600 de 2000, pues mientras en esta sólo es procedente su otorgamiento, si transcurrido 120 días de privación efectiva de la misma no se ha calificado el merito del sumario, o si pasados seis meses de la ejecutoria de la acusación no se ha celebrado la audiencia pública, en tanto que, en aquella si han transcurrido 90 días contados a partir de la formulación de la imputación y no se ha presentado el escrito de acusación o si pasados 120 días desde la formulación de acusación no se ha iniciado el juicio oral podría en un momento determinado acceder a la libertad.

Así las cosas, es pertinente colegir que no se presenta vulneración al debido proceso por adelantar la actuación a través del trámite establecido en la Ley 906 de 2004; en consecuencia, se confirmará el auto apelado.

**Auto de 2ª instancia (2011-01024-02) del 23 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma el auto apelado.**

**SERVICIO DE AMBULANCIA – Las cargas administrativas necesarias para su prestación corresponden a las entidades del servicio de salud, y no a los usuarios del mismo.**

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

Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Corresponde a la Sala establecer si el juez de primer grado erró al haber instado a la accionante gestionar el servicio de ambulancia requerido por el señor JOSE ORLAIN ARENAS MORALES ante COLPATRIA S.A.

El servicio de cuya ausencia se duele la parte actora, en principio, no encaja dentro de la denominación de servicios médicos en estricto sentido. Sin embargo, su prestación resulta ineluctable cuando se muestra como condición material para acceder a unos que sí lo son, pero cuya realización debe hacerse en parte distinta de la residencia del paciente.

Por tanto, cuando este no pueda desplazarse por sí mismo al lugar donde tendrá ocurrencia el servicio médico y no posea los recursos económicos para solventar el transporte en ambulancia, es indudable que la acción de tutela refulge procedente en orden a garantizar sus derechos a la salud y vida, puestos en peligro de no acceder al medio de transporte idóneo.

De ahí la enorme importancia del servicio de ambulancia, pues en la hipótesis descrita anteriormente posibilita la prestación del servicio médico ordenado por su galeno tratante, en forma tal que la negación de aquel, acarrea la imposibilidad de acceder a éste.

En ese sentido, de requerirse el transporte especializado por las condiciones de salud del paciente que le impiden valerse por sí mismo y cuyo costo no puede asumir a causa de la precaria condición económica que padece, la entidad encargada de sufragarlo debe garantizar el pago necesario para su prestación, encarnada en la EPS a la cual se encuentra afiliado o en este caso, en la entidad aseguradora cuando el servicio médico se origine con ocasión de uno de los eventos que cobija, como el accidente de tránsito asegurado por el SOAT.

Al respecto, es indudable que el paciente JOSE ORLAIN ARENAS MORALES, residente en el municipio de Tuluá, no puede desplazarse por sí mismo a efectos de cumplir con las citas médicas programadas en Centro Hospitalario de la ciudad de Cali, pues su cuadro clínico es de tal gravedad que incluso no puede gestionar la protección de sus derechos fundamentales. Además, no dispone de los recursos económicos para costear el servicio de ambulancia requerido, tal y como lo afirmó su Agente Oficioso, en tanto estos se derivan de su actividad como moto taxista la cual obviamente ya no puede ejercer. De otro lado, su familia tampoco puede hacerlo en atención a las precarias condiciones económicas en las que viven, situación afirmada con precisión en forma indefinida y reforzada probatoriamente con las declaraciones dadas ante el despacho de instancia por sus vecinos.

En consecuencia, el servicio de ambulancia resulta necesario en procura de garantizar las garantías fundamentales a la salud y vida del señor JOSE ORLAIN ARENAS MORALES. Y en este punto yerra la juez de instancia al negar la tutela de sus derechos fundamentales luego de constatar la prestación efectiva de los servicios médicos demandados por el afiliado, pues era claro que el servicio de ambulancia había sido denegado por el ente demandado como lo afirma la parte actora, cuya gestión considera le corresponde al propio accionante.

Por el contrario, con apego al precedente constitucional la Sala considera violatorio de su salud haber trasladado la carga de su gestión a espaldas de su Agente Oficioso, pues dicha tarea es del resorte conjunto de la EPS e IPS, o en este caso, de esta y la aseguradora que actualmente sufraga el costo de los servicios médicos, quienes conjuntamente deben coordinar su prestación, pues siendo ella una carga administrativa, la realización de la misma está a cargo de las entidades involucradas en la facilitación del servicio médico y no de la accionante, a quien no puede someterse a los vericuetos burocráticos en los que no tiene ningún tipo de injerencia.

En consecuencia, se revocará la providencia censurada para en su lugar tutelar el derecho a la salud del señor JOSE ORLAIN ARENAS MORALES, para ordenar la prestación del servicio de ambulancia en los casos en que resulte necesario su desplazamiento a otra ciudad a efectos de cumplir cita médica, como se dispondrá en la parte motiva de esta providencia.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (T-0006-12) del 29 de febrero de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES – Ninguna entidad pública puede suscribir un convenio interadministrativo que no tenga relación con el objeto para el cual fue creada.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 200, 322 y 332; Código Penal, artículo 410; Ley 489 de 1998, artículo 95.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 17574 del 29 de enero de 2004, con ponencia de Mauro Solarte Portilla, 22115 del 06 de abril de 2006, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 25495 del 06 de mayo de 2009, con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adiada el 20 de enero del presente año, a través de la cual el

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, negó la preclusión solicitada por la Fiscalía Veintiuno Seccional de la misma ciudad.

El artículo 332 de la citada ley, establece que “ *El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

*1. Imposibilidad de iniciar o de 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.*

*Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las cuasales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.”*

Debe resaltarse que el ejercicio de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por lo que debe iniciar la indagación e investigación de aquellos hechos que tengan la calidad de delito y que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando existan motivos que indiquen la probable existencia del mismo, sin que pueda suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, excepto, en los casos establecidos en la ley para aplicar el principio de oportunidad, tal como lo establecen los artículos 250 de la Constitución Política, 200 y 322 de la Ley 906 de 2004.

La solicitud de preclusión presentada por el Fiscal Veintiuno Seccional de Buga, se fundamentó en la atipicidad del hecho investigado, por lo que habrá de determinarse si de los elementos materiales probatorios allegados por el peticionario se concluye que la conducta desplegada por el ex Alcalde de Buga Jhon Harold Suarez Vargas, no se encuadra en el punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales o en otro delito.

Para la estructuración del tipo penal en mención, se requiere que:

1. Que el sujeto activo sea calificado, esto es, que ostente la calidad de servidor público y que dentro de sus competencias funcionales esté la de intervenir en el trámite, celebración o liquidación de un contrato estatal.
2. Que el sujeto activo tramite, celebre o liquide contra estatal sin observar los requisitos legales esenciales para ello.

En el presente caso, se advierte que el señor Jhon Harold Suarez Vargas se posesionó como Alcalde del Municipio Guadalajara de Buga el 1º de enero de 2004, habiendo fungido como tal, hasta el 31 de diciembre de 2007, cumpliéndose con el primer elemento objetivo del tipo penal consagrado en el artículo 410 del Código Penal.

Asimismo, en ejercicio de sus funciones como Alcalde de Guadalajara de Buga, el señor Jhon Harold Suarez Vargas suscribió con la empresa Aguas de Buga S.A. E.S.P., el Convenio No. 001 de 2006, cuyo objeto era “*aunar esfuerzos para que*

*conjuntamente con el Municipio se apoye la realización de la actualización catastral en el Municipio, por la Comisión de Catastro, organizada con ese proposito.”*

En cuanto a los convenios interadministrativos, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 establece que: “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.” (subrayado fuera de texto).

En cuanto al Municipio Guadalajara de Buga, se tiene que es una entidad territorial con autonomía política, administrativa y fiscal, por lo que se rige por el derecho público, asimismo, se tiene que la empresa Aguas de Buga S.A., es una sociedad de economía mixta, que hace parte de la estructura del Estado.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que la empresa Aguas de Buga S.A. E.S.P. es una entidad pública, toda vez que se trata de una sociedad de economía mixta, cuyo patrimonio es en su mayoría del Municipio Guadalajara de Buga, tal como lo señaló el fiscal al momento de sustentar su petición de preclusión, por lo que se cumple con el primer requisito señalado en la ley para considerar que el Convenio 001-2006 corresponde a un acto interadministrativo suscrito entre el Municipio Guadalajara de Buga y la referida empresa, ya que que ambas tienen la misma naturaleza jurídica y se rigen por el derecho público.

Es necesario determinar si el Covenio 001 de 2006 se suscribió para realizar fines comunes al Municipio Guadalajara de Buga y a la empresa Aguas de Buga S.A. E.S.P., para establecer sí realmente se podía suscribir entre esas entidades.

Según la copia del estudio de conveniencia y oportunidad del convenio con Aguas de Buga S.A., el municipio celebró el convenio interadministrativo 185 de 2005 con la CVC con el fin de *“aunar esfuerzos para realizar la contratación con la entidad competente de la actualización de la formación catastral urbana y rural”*, actividad que debía ser realizada por el Instituto Geografico Agustín Codazzi.

Asimismo, se indicó en el referido estudio que en el numeral 2º de la clausula segunda del Convenio 185 de 2005, el municipio adquirió la obligación de *“suministrar un local con los correspondientes muebles y equipos de oficina en el cual pueda funcionar adecuadamente la comisión de catastro...”*, lo que hacía necesario suscribir convenio con la empresa Aguas de Buga S.A., pues ésta tenía interes en el proceso de actualización catastral.

El Convenio 001 de 2006 tenía como objeto aunar esfuerzos para apoyar el proceso de actualización catastral, para lo cual Aguas de Buga S.A. E.S.P. adquirió la obligación de ejecutar los recursos necesarios para facilitar la realización de esa actividad, suministrar información, responder oportunamente las comunicaciones, facilitar las condiciones para el desempeño de las labores de seguimiento, control y supervisión, facilitar los libros de registro, archivar actas y demás documentación de soporte de la ejecución del convenio.

Sin embargo, en el acta de inicio del Convenio 001 de 2006 el Secretario de Planeación y el Representante Legal de Aguas de Buga S.A., aclararon que el objeto

convenido era *“brindar apoyo logístico a la comisión de catastro para el desarrollo del proyecto en materia de gastos de papelería, digitalización de cartografía y brindar apoyo con equipos de cómputo.”* lo que a criterio de la Sala, no tiene ninguna relación con el objeto de la empresa Aguas de Buga S.A.

Según la copia del Certificado de Existencia y Representación de la citada empresa, su objeto principal es la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, sin que el apoyo logístico aportado para la realización de la actualización catastral, tenga alguna relación con el objeto de la misma, pues según el acta final y de liquidación, el convenio consistió en alquiler de equipos de cómputo, digitar información obtenida por la comisión de catastro para lo cual se contrató a una arquitecta y el suministro de papelería y fungibles.

A criterio de la Sala, los objetos de la empresa Aguas de Buga S.A., y del Convenio 001 de 2006 no tienen relación alguna, tal como lo afirmó la juez de primera instancia, pues a pesar que los resultados de la actualización catastral efectuada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pudiera servir a la referida empresa para cuantificar las tarifas de los servicios públicos y detectar fraudes relacionados con el servicios de acueducto y alcantarillado, las actividades realizadas como apoyo al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, no se relacionan en lo más mínimo con el objeto establecido en el Certificado de Existencia y Representación Legal de esa sociedad.

Tampoco se puede dejar de lado que para que el municipio cumpliera con la obligación adquirida en el numeral 2° de la cláusula segunda del Convenio 185 de 2005, esto es, prestar apoyo logístico al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, consistente en el alquiler de equipos, suministro de papelería y digitalización de la información sobre la actualización cartográfica del plano catastral de Buga, no era necesario suscribir un convenio con la empresa Aguas de Buga S.A., sino que bien pudo realizar esas gestiones directamente, y si no estaba en capacidad de hacerlo, buscar una empresa especializada en alquiler de computadores y digitalización de la información, pero no recurrir a esa sociedad de economía mixta que nada tiene que ver con la actualización catastral.

No se puede desconocer que según el inciso 1° del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas y de prestar servicios que se hallen a su cargo, a través de la suscripción de convenios interadministrativos, aspecto que en el presente caso no se cumplió respecto de la empresa Aguas de Buga S.A., pues, se reitera, dentro de sus funciones, no está la de brindar apoyo logístico, y los servicios que presta –acueducto y alcantarillado- no se relacionan con el suministro de papelería y alquiler de equipos de cómputo o de digitalización de la información, que fue su función en la ejecución del Convenio 001 de 2006.

A pesar que cuando ocurrieron los hechos en el caso citado, aún no estaba vigente la Ley 1150 de 2007, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hizo énfasis en la falta de capacidad de la entidad con la que la administración suscribió el convenio administrativo, concluyendo que aquella actuó como simple intermediaria para favorecer a terceros, desconociéndose de esa manera los principios que regulan la contratación estatal.

En el presente caso, se advierte que a pesar que en el convenio suscrito entre Aguas de Buga S.A., y el Municipio de Guadalajara de Buga, aquella se comprometió a prestar apoyo logístico al Instituto Geográfico Agustín Codazzi a efectos de llevar a cabo la actualización catastral, finalmente lo que hizo fue contratar con terceros la prestación de los siguientes servicios: i) el alquiler de computadores con el empresa Compucenter por valor de \$7.934.400.00, ii) compra de papelería y fungibles a APC Suministros por valor de \$257.076 y iii) contrato con la arquitecta Yamileth Romero Ortega, por valor de \$3.200.000.00.

Lo anterior demuestra la falta de capacidad de Aguas de Buga S.A. para garantizar directamente la prestación del apoyo logístico requerido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sin que la fiscalía hubiera allegado algún elemento material probatorio que demostrara la necesidad de que la Administración Municipal suscribiera un convenio interadministrativo con esa empresa, la cual lo único que hizo fue actuar como intermediaria en el proceso de contratación que bien pudo hacer la Alcaldía de Buga directamente.

Prueba de la falta de justificación para celebrar el Convenio Interadministrativo 001 de 2006, es que al finalizar su ejecución Aguas de Buga S.A. hizo un reembolso de \$3.139.416.00 al Municipio de Guadalajara de Buga, y si el aporte de la administración municipal fue de \$13.000.000.00 y el de la referida empresa de \$2.000.000.00, se puede concluir que esa contratación era innecesaria y que los servicios requeridos por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi pudieron haber sido prestados directamente por el ente territorial o contratados con empresas dedicadas al alquiler de equipos de cómputo, suministro de papelería y de personal, si era que el municipio no contaba con una persona que digitalizara la información, siendo pertinente que la fiscalía investigue las verdaderas razones por las cuales se celebró el referido convenio, pues con el mismo es posible que se hubiera favorecido a terceros de manera indebida.

Aparte de lo expuesto, se advierte que el Convenio Interadministrativo no representaba ninguna ventaja para la Administración Municipal, por el contrario, la intermediación de Aguas de Buga S.A., pudo generar unos sobrecostos, por ejemplo el alquiler de 4 computadores con sus impresoras durante el tiempo de ejecución del convenio tuvo un valor total de \$7.934.400.00, servicio que de haberse contado con propuestas de otros distribuidores, posiblemente se podía haber contratado a un mejor precio.

De otro lado, la fiscalía sustentó la necesidad de celebrar el Convenio con Aguas de Buga S.A., en que ésta tenía interés en los resultados de la actualización catastral, pero a criterio de la Sala, esa empresa podía hacer uso del estudio realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sin que actuara como intermediario en la prestación del apoyo logístico al que se había comprometido la Administración Municipal de Guadalajara de Buga.

De otra parte, en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, se indicó que a través de su expedición se pretendía *“acabar con la práctica de estas entidades que valiéndose de las ventajas que comporta para la selección y entrega de recursos tener el carácter de entidad estatal por vía de los llamados convenios interadministrativos y a pesar de no contar con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de contratos, se han venido convirtiendo en los grandes*

*contratistas del Estado, en especial a nivel territorial...”*

De lo anterior se puede concluir que en algunos casos las Administraciones Municipales han utilizado la figura de los convenios interadministrativos de manera indebida, pues se acude a estos a pesar que las entidades con las que se celebran no cuentan con la idoneidad y experiencia requerida para la ejecución de los mismos, tal como ocurre en el presente caso, en el que de manera inexplicable se contrató a Aguas de Buga S.A., para que prestara un apoyo logístico, el cual fue subcontratado con terceros, lo que demuestra la incapacidad de la citada empresa.

Si bien es cierto, la Ley 1150 de 2007 no estaba vigente cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a esta investigación, también lo es que, la fiscalía debe investigar si con la celebración del Convenio Interadministrativo 001 de 2006, se pudo haber favorecido indebidamente a terceros, pues no se puede desconocer que a pesar que Aguas de Buga S.A., era la encargada de prestar el apoyo logístico, finalmente ese servicio fue prestado por particulares que no fueron seleccionadas por la entidad territorial.

Es que si la Administración Municipal no tenía la capacidad para prestar el apoyo logístico a la Comisión de Catastro encargada de la actualización catastral, podía suscribir convenio con otra entidad cuyo objeto fuera ese tipo de actividades, sin que se entienda cómo el alquiler de equipos de cómputo, el suministro de papelería y digitación de la información del plano catastral de esta ciudad, pudiera ser prestado en forma más favorable por la empresa Aguas de Buga S.A., la cual se dedica a la prestación de servicios públicos domiciliarios –acueducto y alcantarillado-, lo que por sí sólo demuestra la incapacidad de esa empresa para garantizar el apoyo logístico.

En conclusión, es necesario que la fiscalía investigue cuales fueron las verdaderas razones que llevaron a la Administración Municipal a suscribir el Convenio 001 de 2006 con la Empresa Aguas de Buga S.A., pues no se puede dejar de lado que el apoyo logístico consistente en alquiler de equipos de cómputo, suministro de papelería y la digitalización de información, fue prestado por particulares escogidos por la citada empresa y lo que hizo el ente acusador fue estudiar únicamente si la conducta se encuadraba en el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pero no con relación a otros tipos penales.

Así las cosas, la Sala confirmará el auto adiado el 20 de enero de 2012 a través del cual la Juez Segundo Penal del Circuito de Buga negó la preclusión solicitada por la Fiscalía Veintiuno Seccional de la misma ciudad, a favor del señor Jhon Harold Suarez Vargas, ya que de los documentos allegados por el peticionario no se demuestra que la conducta que dio lugar a la compulsión de copia por parte de la Procuraduría General de la Nación sea atípica.

**Auto de 2ª instancia (20007-01924-01) del 06 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma el auto apelado.**

**RECUSACIÓN POR HABERSE FORMULADO DENUNCIA PENAL O QUEJA CONTRA EL JUEZ – Si la denuncia o la queja se presentaron después de la formulación de imputación, es necesario que el funcionario haya sido vinculado jurídicamente/IMPEDIMENTO POR HABER CONOCIDO EL JUEZ DE LA SOLICITUD**

**DE PRECLUSIÓN – No se afecta la garantía de imparcialidad cuando el funcionario, al negar tal solicitud, no efectúa valoración probatoria de ninguna índole.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 56, numerales 11 y 14.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30529 del 27 de octubre de 2008, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez y 37338 del 14 de septiembre de 2011, con ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El problema jurídico que debe resolver la Sala es determinar si respecto del Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago se configura la causal de impedimento señalada en el numeral 11 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

La razón de los impedimentos es garantizar la imparcialidad e independencia judicial, por lo que constituye deber legal de los administradores de justicia apartarse del conocimiento de aquellos asuntos en los cuales el equilibrio que caracteriza las decisiones judiciales se vea amenazado, por concurrir en ellos motivo que interfiera en su recto juicio o pueda opacar la transparencia de la administración de justicia.

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

En el presente caso, a pesar que el señor Germán González Osorio no adujo cual era la causal de impedimento que invocaba para recusar al Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, de la narración efectuada en el memorial radicado el 6 de febrero de 2012, se extracta que es la consagrada en el numeral 11 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, ya que se basó en la supuesta denuncia penal formulada contra el referido funcionario por la presunta comisión de los delitos de prevaricato por acción y abuso de autoridad.

El citado precepto establece como causal de impedimento: *“Que antes de formular imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.”*

De los datos que obran en la carpeta del proceso penal seguido contra el señor Germán González Osorio, se extracta que a través de memorial adiado el 6 de diciembre de 2011, el precitado presentó queja ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, contra el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, lo que por sí solo no demuestra la vinculación jurídica de ese

funcionario a ninguna investigación, requisito indispensable para que se configure la causal de impedimento consagrada en el numeral 11 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

Véase, que de conformidad con el citado precepto, la causal de impedimento se configura si la denuncia o queja se presentó después de la formulación de imputación y se ha vinculado jurídicamente al funcionario judicial, situación que en el caso del proceso disciplinario se cumple con la apertura de investigación y en el proceso penal con la formulación de la imputación.

En el memorial a través del cual el señor Germán González Osorio recusó al Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, sólo se indicó que se había denunciado al citado funcionario por la presunta comisión de las conductas punibles de prevaricato por acción y abuso de autoridad, pero no se allegó ninguna prueba al respecto, desconociéndose si en la actualidad el doctor Gustavo Páez Espinosa se encuentra vinculado jurídicamente a un proceso penal, por lo que no se aceptará la recusación planteada por el procesado, ya que carece de sustento jurídico y probatorio.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que mediante escrito presentado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, el defensor del señor Germán González Osorio solicitó que se fijara fecha para celebración de audiencia de preclusión, la que fue reiterada a través de memorial adiado el 1º de diciembre de 2011, en los que no se especificó la causal en la que se fundaba la petición.

El 2 del mismo mes y año, el referido juez culminó la audiencia preparatoria, fijó fecha para iniciar el juicio oral y resolvió rechazar de plano la solicitud de preclusión, al considerar que la defensa no indicó la causal sobre la cual sustentaba la petición y que no se observaba como se podía alegar ese fenómeno jurídico, después que se habían decretado pruebas, ya se había concluido la preparatoria y sólo hacía falta celebrar el juicio oral en el que las mismas serán practicadas con el respectivo derecho de contradicción.

Adujo que lo que realmente quería la defensa era dilatar el proceso y evitar la instalación del juicio oral para así poder solicitar la libertad del señor Germán González Osorio, obstruyendo el adelantamiento de la etapa posterior, que no es otra que la práctica de pruebas, sin que la judicatura pueda estar resolviendo peticiones tendientes a entorpecer las diligencias.

Dijo que era deber de los jueces atender las peticiones de las partes, pero que también deben velar por el cumplimiento del debido proceso y que lo que pretenden los defensores del señor Germán González Osorio es desconocerlo, lo que no podía ser permitido sólo por capricho de la defensa, concluyendo que rechazaba la solicitud de preclusión elevada por los defensores.

Considera la Sala que no se configura la causal de impedimento invocada por la defensa del señor Germán González Osorio, pues el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago no realizó ninguna valoración probatoria, sino que se limitó a indicar que la solicitud elevada por los abogados era dilatoria del proceso y lo único que buscaban con ella era evitar la instalación del juicio oral, sin que se haya visto

afectada la imparcialidad del citado funcionario, quien debe continuar conociendo el presente asunto.

Además, en el escrito adiado el 6 de diciembre de 2011 suscrito por el señor Germán González Osorio, solo se transcribieron apartes de algunos artículos del Código de Procedimiento Penal, pero no explicó claramente por qué el pronunciamiento efectuado por el juez con relación a la petición de preclusión, había afectado su imparcialidad, ni por qué era necesario apartarlo del conocimiento de este asunto.

En conclusión, lo expuesto por el funcionario judicial frente a la solicitud de preclusión, no puede ser considerado como una causal de impedimento, pues el juez no ha analizado ninguna información relevante que le permita adoptar una postura ideológica respecto de la responsabilidad del señor Germán González Osorio, que comprometa su imparcialidad, objetividad e independencia, pues ni siquiera se ha instalado la audiencia de juicio oral, etapa procesal en la que se determinara si efectivamente el hecho acusado ocurrió y si el precitado es penalmente responsable.

Por lo anterior, la Sala declarara infundada la recusación presentada por el señor Germán González Osorio contra el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, por no configurarse ninguna de las causales consagradas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 y dispondrá devolver las diligencias de manera inmediata al citado despacho, para que se continúe con el trámite respectivo.

**Auto de 2ª instancia (2011-00044-04) del 07 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: declara infundada la recusación presentada.**

**ESCRITO DE ACUSACIÓN – Su presentación impide a la fiscalía celebrar acuerdos que otorguen rebaja de pena hasta del cincuenta por ciento.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 350, 351 y 352.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 31280 del 08 de julio de 2009, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisión 2010-00322-01 del 12 de octubre de 2010, con ponencia de Héctor Hugo Torres Vargas.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad con señalado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto adiado el 19 de enero de 2012, a través del cual el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla, aprobó el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el señor Omar Rincón López asesorado de su defensora.

El artículo 351 de la citada ley, establece que: *“La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja*

*hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.*

*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. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.*

*Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.*

*Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.”*

*En tanto que, el artículo 352 ibídem reza que “Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte”.*

A través del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 se adicionó un párrafo al artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la persona que incurra en alguna de las causales configurativas de flagrancia *“sólo tendrá un cuarto ¼ del beneficio de que trata el artículo 351”* del referido estatuto procedimental.

En el presente caso, está demostrado que el 18 de agosto de 2011, la Fiscalía Doce Seccional de Caicedonia presentó escrito de acusación en contra del señor Omar Rincón López, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, señalado en el artículo 376 del Código Penal, bajo la modalidad de *“llevar consigo”*, que corresponde al mismo por el que inicialmente le fue formulada imputación, en tanto que, el 15 de noviembre siguiente, se presentó un preacuerdo, en el que se pactó que el imputado aceptaba la culpabilidad en el delito antes referido a cambio que a la pena que se llegare a imponer se le rebajara el 50%.

Luego de escuchar a las partes e intervinientes la juez aprobó el preacuerdo, señalando que por tratarse de un delincuente primario y de una cantidad de estupefaciente que no excedió en gran parte la permitida para dosis personal, afectándose únicamente la salud pública del imputado, era posible acceder a la rebaja del 50% de la pena a imponer.

La Sala no comparte la decisión adoptada por el juez de primera instancia, pues el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, establece claramente que el momento en que se puede realizar acuerdos y tener derecho a la rebaja de la pena allí establecida, culmina antes de ser presentado el escrito de acusación, de modo tal, que ante la claridad de la norma, no es admisible que se le dé una interpretación diferente, ni menos que se pretenda darle unos alcances que no tiene.

En un caso idéntico al presente, esta Colegiatura señaló que *“Es cierto lo planteado por la defensa en sentido que es en audiencia de acusación donde se hace la formulación de la misma; además, es donde se cumple con el descubrimiento de la prueba por parte de la fiscalía, pero ello nada tiene que ver con el hecho que la ley haya establecido unos términos dentro de los cuales se pueden realizar preacuerdos para tener derecho a determinada rebaja, y cuando la norma es clara, como ocurre con el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, no existe motivo alguno para pretender ampliar ese plazo”*, hasta la citada audiencia.

El artículo 352 de la Ley 906 de 2004 establece otra etapa en la que se pueden llegar a un acuerdo entre la fiscalía y el acusado, el cual tiene como punto de partida la formulación de acusación, evento en el que la rebaja de la pena por el preacuerdo necesariamente debe ser menor, pues ha existido mayor desgaste de la administración de justicia.

De otro lado, aunque es cierto que el preacuerdo vincula no solo a la fiscalía, allanado o acusado, sino también al juez, si este último observa que se ha presentado vulneración a las garantías fundamentales, debe improbarlo, tal como lo establece el inciso cuarto del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que: *“Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso”*.

En el presente caso, la rebaja acordada excede el máximo permitido en la ley, lo que constituye vulneración a una de las garantías fundamentales por desconocimiento del principio de legalidad, lo cual necesariamente conlleva a la no aprobación del acuerdo.

En consecuencia, al haberse vulnerado el principio de legalidad, por acordarse una disminución punitiva superior a la establecida en la ley, teniendo en cuenta el momento en que se celebró el preacuerdo, debe ser improbadado, lo que lleva a revocar el auto apelado y a la devolución de las diligencias al despacho de origen para que se le dé trámite al escrito de acusación presentado el 18 de agosto de 2011.

**Auto de 2ª instancia (2011-00397-01) del 08 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: revoca el auto apelado.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES- Procedencia en el caso de reintegro de un miembro de la fuerza pública.**

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

Código Contencioso Administrativo, artículo 177.

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

Corte Constitucional, sentencia T-218 de 2005.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)De otro lado, la apoderada judicial del actor no sólo orienta la solicitud tuitiva en procura de lograr el amparo al derecho de petición, sino frente a los derechos al trabajo, mínimo vital y seguridad social, pues más que reclamar las respuestas a las solicitudes radicadas el 02 de noviembre del año pasado ante la Dirección de la Policía Nacional, su demanda radica principalmente en que se satisfagan los pedimentos consignados en aquellas, consistentes en materializar lo ordenado en la sentencia No. 171 del 08 de noviembre de 2011, emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Buga.

Dicha providencia, dispone el reintegro del señor ANTONIO JOSE OTERO ROJAS a la Policía Nacional y el consecuencial pago de los valores adeudados por concepto de salarios y prestaciones sociales, la cual por no haber sido recurrida cobró firmeza el 06 de octubre de 2011.

Al respecto, en atención al principio de subsidiariedad que rige la tutela, esta resultaría improcedente para reclamar el cumplimiento de una sentencia judicial, si se tiene en cuenta la existencia de un medio de defensa alternativo como lo es el proceso ejecutivo laboral previsto en el artículo 100 del Código Procesal Laboral.

Sin embargo, dicho mecanismo resulta ineficaz pues tratándose de la ejecución de obligaciones de hacer como el reintegro de un trabajador, los plazos y la carencia de medios coercitivos para materializar la sentencia condenatoria impiden el aseguramiento de la protección de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y seguridad social puestos en peligro con el incumplimiento de la misma.

En este caso, el amparo resulta procedente pese a la existencia de un mecanismo judicial alternativo en razón a su inidoneidad para proteger en forma efectiva los derechos fundamentales del actor, únicamente cuando se busca la ejecución de obligaciones de hacer como el reintegro del trabajador, en atención a la ausencia de medidas cautelares que aseguren el cumplimiento de la sentencia.

Distinta es la hipótesis donde se reclama la materialización de obligaciones de dar, en la cual el demandante sí puede solicitar el embargo y secuestro de los bienes del ejecutado para garantizar el pago de la cosa debida. Así lo enseña la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T-218 del 10 de marzo de 2005 con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra:

*“En principio, para obtener el cumplimiento de una sentencia judicial en materia laboral, el ordenamiento jurídico ofrece el proceso ejecutivo laboral, en los términos del artículo 100 del Código Procesal del Trabajo. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el proceso ejecutivo laboral por obligación de hacer, que es el que en este caso correspondería entablar al demandante, no es mecanismo adecuado para obtener el reintegro de un trabajador del Estado. Ciertamente, mediante providencias reiteradas de esta Corporación, la tesis que se impone es que el trámite del proceso*

***ejecutivo contra entidades de derecho público no es un mecanismo idóneo para proteger los derechos de quien solicita el cumplimiento de una sentencia de reintegro, porque los plazos, el contenido de la sentencia de ejecución y la imposibilidad de adoptar medidas coercitivas eficientes para obtener el cumplimiento de la decisión no garantizan la protección efectiva del derecho al trabajo, además de que, frente a decisiones jurisdiccionales, la Administración está obligada a cumplirlas sin que medie orden adicional alguna.”***

Además, la naturaleza de los derechos en riesgo de vulneración por no reintegrar al señor ANTONIO JOSE OTERO ROJAS a la Policía Nacional, obligan a adoptar medidas urgentes en orden a evitar menoscabos que contraríen su dignidad humana y la de su familia, quienes conforme a la demanda de tutela derivaban el sustento de sus necesidades básicas en virtud del salario mensual recibido.

Bajo ese panorama, resulta procedente conceder el amparo constitucional al accionante, para que la Policía Nacional lo reintegre en la forma y cargo previstos por la sentencia No. 171 del 08 de noviembre de 2011, proferida a instancias del Juzgado Primero Administrativo de Buga.

Haberse proyectado la decisión que ordena el reintegro del señor OTERO ROJAS a la Policía Nacional, pero que según se desprende de la contestación de la demanda se encuentra a espera de la firma del Director General de esa entidad, no es argumento con suficiencia para dar por superado el hecho que motivó la presentación de la acción tuitiva, pues en ese estado puede permanecer durante tiempo indefinido lo cual no comulga con la urgencia que demanda la protección de los derechos al mínimo vital y al trabajo del accionante.

De otra parte, no pueden predicarse iguales consideraciones frente a la orden relacionada con el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, pues tratándose de obligaciones de dar, cuya parte pasiva sea por ejemplo la Nación, el proceso ejecutivo sí aflora con eficacia para asegurar el cumplimiento de la providencia que dispone su pago, el cual puede iniciarse una vez transcurridos 18 meses luego de que la misma cobre formal ejecutoria, conforme lo dispone el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo:

***“Artículo 177.- Efectividad de condenas contra entidades públicas. Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial, o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público frente a la entidad condenada.***

***(...)***

***Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.”***

Frente a este pedimento entonces, la acción de tutela sí emerge improcedente en razón a la eficacia del proceso ejecutivo, y porque además, este sólo puede promoverse después de 18 meses luego de ejecutoriada la providencia.

**Sentencia de tutela de 1ª instancia (T-2012-00036-01) del 12 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: concede la protección socilitada.**

**INDAGACIÓN PRELIMINAR – El término para adelantarla no es indefinido, pero sí debe ser razonable.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 63, 200 y 287.

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

Corte Constitucional, sentencias C-1154 de 2005 y C-127 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones de tutela 40580 del 19 de marzo de 2009, y 57845 del 07 de diciembre de 2011, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez.

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

El problema jurídico planteado radica en establecer si la Fiscalía Décima Seccional de Buga, le está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso al señor José Luis Villafañe Quintero, al presuntamente haber omitido darle trámite oportuno a la denuncia presentada a través de su apoderada contra el abogado Alfonso Varela Victoria, el perito Omar Enrique Suarez Botero y el señor Gabriel Castillo Rivera.

De las pruebas allegadas a la actuación, se extracta que el 22 de marzo de 2011 el señor José Luis Villafañe Quintero a través de su apoderada, instauró denuncia contra el abogado Alfonso Varela Victoria y los señores Omar Enrique Suarez Botero y Gabriel Castillo Rivera, por la presunta comisión de las conductas punibles de fraude procesal, falsa denuncia y falso testimonio.

Se narró en la denuncia que el abogado Alfonso Varela Victoria hizo incurrir en error a los Magistrados de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, para que al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el Juez Civil del Circuito de Roldanillo en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, se despacharan desfavorablemente las pretensiones del demandante, alegando la supuesta adulteración de un poder otorgado por la señora Cecilia Villafañe de Gaez.

El 30 de marzo de 2011 la Fiscal Treinta y Tres Seccional de Roldanillo, dispuso remitir las diligencias a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Buga, en consideración a que los hechos denunciados ocurrieron en esta ciudad.

El 15 de abril de 2011 la Fiscal Tercera Seccional de Buga, emitió órdenes a Policía Judicial, relacionadas con la identificación e individualización de los probables autores del delito denunciado, disponiendo la realización de la inspección judicial al proceso divisorio radicado 76622-31-03-001-2007-00079 que cursa en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, a efectos de verificar si a folio 6 del cuaderno 6

obraba un poder otorgado por la señora Cecilia Villafañe de Gaez a la señora Ofelia Quintero de Villafañe, y de ser así solicitar el desglose para el posterior cotejo.

Asimismo, la fiscalía dispuso que se realizara inspección judicial a los libros radicadores de la Notaría Única del Circulo de El Dovio, para establecer si obra original o copia del mismo poder, y de ser así se solicitara el desglose para cotejo, al igual que entrevistar a las señoras María del Pilar Quintero Villalba, Ofelia Quintero de Villafañe y María Nela Villafañe de Quintero, para que indicaran el conocimiento de los hechos y aportaran información que condujera a su esclarecimiento.

A través de oficio 4000-6-41 del 28 de abril de 2011 la Investigadora Criminalística I Anyela Cañón Zambrano, solicitó a la Notaría Única de El Dovio, la entrega del poder original otorgado por la señora Cecilia Villafañe de Gaez a la señora Ofelia Quintero de Villafañe, a efectos de realizar cotejo y para que obrara en la investigación.

En respuesta a la referida solicitud, el 6 de mayo de 2011 el Notario Único de El Dovio, remitió copia del referido poder y en la misma fecha el Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, dejó constancia del desglose del poder obrante a folio 6 del cuaderno 6, del proceso radicado 76622-31-03-001-2009-00079, señalando que el mismo fue aportado como prueba de la parte demandada, en el proceso divisorio – venta de bien común, promovido a través de apoderado judicial por la señora Olga Villafañe de Gaez.

El 12 de mayo siguiente, la Investigadora Anyela Cañón Zambrano solicitó al laboratorio LABESCI de Buga, que se estableciera si el contenido de los poderes allegados por la Notaría Única de El Dovio y el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, tenían el mismo contenido y si habían sido objeto de adulteración.

El 29 de junio de 2011 la Investigadora Anyela Cañón Zambrano realizó entrevista a la señora María del Pilar Quintero Villalba, quedando pendiente las de las señoras Ofelia Quintero de Villafañe y María Nela Villafañe Quintero, toda vez que según lo informado por la primera de las citadas, para esa fecha, se encontraban fuera del país.

El Investigador Judicial II Carlos A. De La Carrera Franky, emitió el Informe de Investigador de Laboratorio adiado el 31 de julio de 2011, en el que se concluyó que *“la fotocopia puesta a disposición para estudio, no corresponde a las características que presenta el original del poder especial, por lo tanto, la fotocopia no fue tomada del documento remitido para estudio que se encuentra en original, obedece entonces con las características de otro documento.”*

El 20 de enero de 2012, la Fiscal Sexta Seccional de Buga, emitió órdenes a Policía Judicial a efectos de obtener la plena identificación de los señores Alfonso Varela Quintero, Omar Enrique Suarez Botero y Gabriel Castillo Rivera, y solicitar a las bases de datos oficiales su ubicación y tarjeta de preparación las cédulas de ciudadanía de los precitados, lo que se cumplió de acuerdo a lo señalado en el Informe de Investigador de Campo del 4 de febrero del mismo año, que contiene como anexos todos los documentos relacionados con la identificación e individualización de los precitados.

El 9 de febrero de 2012 la Fiscal Tercera Seccional de Buga, remitió las diligencias a la Oficina de Asignaciones, para que fueran asignadas a uno de los Fiscales de la Unidad Seccional de Fiscalías de la misma ciudad, habiéndole correspondido a la Fiscal Décima Seccional, funcionaria que mediante oficio 10-112-2012 , del 14 del mismo mes y año solicitó al Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo que de manera urgente remitiera el poder obrante a folio 6 del cuaderno 6 del proceso divisorio que se surte entre las señoras Olga Villafañe y María Nela Villafañe Quintero, argumentando que era necesario realizar estudio grafológico y documentológico al mismo a efectos de determinar si hay lugar a responsabilidad penal.

De acuerdo a lo expuesto, considera la Sala que si bien es cierto, la denuncia se interpuso el 22 de marzo de 2011, habiendo transcurrido un año hasta la interposición de la acción de tutela, también lo es que, durante ese tiempo, la fiscalía ha realizado labores tendientes a esclarecer lo sucedido, dando cumplimiento al programa metodológico trazado al inicio de la fase de indagación preliminar, sin que se pueda afirmar que le está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso del accionante.

Además, si se tiene en cuenta que de acuerdo al Informe de Investigador de Laboratorio adiado el 31 de julio de 2010, el poder obrante a folio 6 del cuaderno 6 del proceso divisorio que cursa en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, no corresponde al que se encuentra protocolizado en la Notaría Única de El Dovio, es importante determinar si las firmas que aparecen en el referido documento fueron falsificadas y de ser posible conocer el presunto autor de ese hecho, aspectos que en nada afectan los derechos fundamentales de la víctima, sino que por el contrario le permitirían conocer la verdad de lo ocurrido.

De otro lado, a pesar que dentro de las ordenes a Policía Judicial se incluyó la necesidad de entrevistar a las señoras Ofelia Quintero de Villafañe y María Nela Villafañe Quintero, toda vez que sus narraciones podrían aportar elementos de juicio que permitan esclarecer los hechos, ello no fue posible, ya que de acuerdo a lo informado por la abogada María del Pilar Quintero Villalba, aquellas se encontraban fuera del País, situación que no se le puede atribuir a la Fiscalía Décima Seccional de Buga.

Considera la Sala que a pesar de que la denuncia fue presentada el 22 de marzo de 2011, no se puede pregonar vulneración del debido proceso, pues cuando se inició la indagación preliminar, la Ley 906 de 2004, no establecía un término para que la Fiscalía realice *“la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo...”*

Además, el artículo 287 de la misma norma establece que: *“el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal, podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”.*

Teniendo en cuenta que las normas procesales penales vigentes al momento de ocurrencia del hecho, no establecían de manera expresa un término judicial para la realización de la diligencia de imputación u ordenar el archivo de la actuación, no podría la Sala predicar una vulneración al derecho fundamental al debido proceso por haber pasado algún tiempo sin adoptar ninguna de las dos opciones, máxime, que para su realización el fiscal debe contar con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida.

Para esta Colegiatura, el tiempo que ha transcurrido desde la presentación de la denuncia, no excede el plazo razonable con que cuenta la fiscalía para desarrollar la indagación preliminar, pues no se puede dejar de lado que se trata de tres indiciados y que no existe claridad respecto de la autenticidad de los poderes que obran en la Notaría Única de El Dovio y el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, situaciones que han llevado a que la accionada disponga la recolección de otros elementos materiales probatorios que le permitirían conocer la verdad de lo ocurrido.

Además, si en gracia de discusión se admitiera que el término señalado en el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 es aplicable a la investigación penal adelantada por la Fiscalía Décima Seccional de Buga, contra los señores Alfonso Varela Victoria, Omar Enrique Suarez Botero y Gabriel Castillo Rivera, tampoco se puede considerar la existencia de una vía de hecho por parte de la accionada, ya que el término señalado en el citado precepto aún no ha fenecido.

A la vez, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial eficaz que le permite precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, participando dentro de la investigación penal adelantada en la Fiscalía Décima Seccional de Palmira contra los señores Alfonso Varela Victoria, Omar Enrique Suarez Botero y Gabriel Castillo Rivera, solicitando al citado despacho que de celeridad al asunto e informe acerca de las gestiones desplegadas para establecer la presunta responsabilidad de los implicados.

Frente a la existencia de otro mecanismo judicial al alcance del accionante, en un caso idéntico al aquí analizado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que *“el actor cuenta con un medio normal expedito frente a la hipotética mora en que pueda incurrir un funcionario judicial, por manera que, la presencia de esa ruta concreta, elimina la viabilidad del amparo, ya que la acción constitucional sólo puede ser utilizada ante la carencia de senderos ordinarios.*

*Se refiere la Sala a la posibilidad que le asiste al accionante de acudir a la figura jurídica de la recusación –artículo 63 de la Ley 906 de 2004- si considera que injustificadamente el funcionario judicial se ha demorado en la solución del asunto puesto a su consideración.*

*Como se observa, la ley otorga un mecanismo a las partes para que puedan hacer cumplir los plazos, con la finalidad de resguardar el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas...”*

De otro lado, a folio 199 de la carpeta correspondiente a la investigación penal seguida contra los señores Alfonso Varela Victoria, Omar Enrique Suarez Botero y Gabriel Castillo Rivera, aparece que la apoderada del señor José Luis Villafañe

Quintero, le solicitó a la Fiscal Décima Seccional de Buga, que se apartara del conocimiento del asunto, por la presunta enemistad con uno de los testigos que utilizaría la víctima para solicitar condena contra los precitados, a lo cual la referida funcionaria no accedió, disponiendo remitir las diligencias al superior, para que decidiera al respecto, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 63 de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que aún está pendiente de resolverse acerca de la recusación planteada por el señor José Luis Villafañe Quintero a través de su apoderada contra la Fiscal Décima Seccional de Buga, lo cual también hace improcedente la acción de tutela, la que no se puede utilizar para suplantar los medios con los que cuenta el actor para hacer valer sus derechos al interior del proceso penal.

En vista de que la colegiatura no advierte irregularidad procesal de parte de la Fiscalía Décima Seccional de Buga, que afecte el derecho fundamental al debido proceso del actor y que este cuenta con otros medios de defensa eficaces e inmediatos que le permiten evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se declarará la improcedencia de la acción de tutela.

**Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00040-01) del 13 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: declara improcedente la tutela presentada.**

**ENTREVISTA – Aunque sea anterior al juicio oral, puede integrarse al testimonio rendido en éste y ser valorada por el juez/RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO – No trae, como consecuencia inevitable, la imposibilidad de proferir sentencia condenatoria.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 12855 del 25 de mayo de 1999 y 25738 del 09 de noviembre de 2006, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Varios son los puntos abordar para llegar a una conclusión definitiva sobre la respuesta al problema jurídico planteado, a saber: (i) una entrevista anterior pasa a ser parte integral del testimonio cuando se ha usado para impugnar la credibilidad del testigo?; (ii) la retractación de una versión anterior así introducida al juicio oral, produce necesariamente la duda que impide configurar una sentencia condenatoria?; (iii) en el caso concreto conforme al método de la sana crítica es imposible dilucidar cuáles de las antagónicas versiones sobre los hechos y su autor se acerca a la realidad histórica de lo acontecido?

Descendiendo al caso que ocupa nuestra atención, se equivoca entonces el Censor cuando pretende que la Sala descarte per sé las versiones iniciales de la sujeto pasivo y de sus ascendientes quienes las rindieron ante la Perito Psicóloga motivo por el cual tienen incluso mayor entidad que las simples entrevistas porque hacen parte del informe base de la opinión pericial que fuera rendido por esta testigo en la audiencia de juicio oral y que hace parte integral de su pericia psicológica. Pero aún si estuviera tal naturaleza en gracia de discusión, está visto que deben y pueden ser evaluadas por el juzgador tal como lo hizo la funcionaria de primera instancia.

Al ser reconocidas por las dos deponentes una vez se leyeron los respectivos contenidos, con la única excepción por parte de la señora Luz Nelly Ortiz Castillo en relación a que las niñas no lloraron por su reacción en contra de su compañero, es lógico que hace parte de estos testimonios, de los cuales debe dilucidarse la parte que se acoge para efectos de fundar una decisión de condena o de absolución o de no ser posible extraer la más cercana a la realidad de lo acontecido, configurar por lo menos la duda a favor del acusado, si son las únicas pruebas de cargo.

Respecto a si la retractación produce necesariamente la duda que impida configurar una sentencia condenatoria con fundamento en la primera versión.-

Una premisa afirmativa de tal índole, daría al traste con el método de la sana crítica máxime para el análisis de una prueba de carácter testimonial pues descartaría el razonamiento deductivo a través de las reglas de la experiencia que le permiten al ser humano en esa tarea de pensamiento, auscultar el sentido de algunas conductas, confrontarlas con las máximas que se extraen de lo cotidiano y con la lógica para evaluar la verosimilitud o incredulidad de una aseveración o historia por sí sola, -menos- cuando luego en casos como éste, es posible la confrontación con otros medios de prueba como la pericia que permite una integralidad en el análisis al confluir hacia un mismo hecho, y disuadir sobre el antagónico, señalado por un mismo deponente.

La Sala encuentra que la Juez de instancia emprendió la debida tarea de confrontación y aplicó las reglas de la sana crítica para llegar a unas conclusiones compartidas plenamente por la Corporación en relación a que la madre de la menor se retractó al no soportar el cautiverio de quien había convivido con ella por espacio de nueve años, era su pareja sentimental, y no obstante ya le había referido su propia hija los tocamientos libidinosos de que la hacía objeto, había carecido de la fuerza de carácter para imponer su deber y su amor de madre por encima del interés de su pareja. Sólo hasta cuando lo sorprendió en la ejecución del abuso sexual, impulsivamente su reacción la llevó a cumplir con su obligación de denunciar pero con el paso del tiempo como suele ocurrir le ganó la piedad y el sentimiento por aquél para restarle mérito ante la justicia a la gravedad de su comportamiento a efecto de verlo nuevamente en libertad. Por consiguiente manipuló a su hija, de tal forma que calcadamente en su testimonio en el juicio repite sus propios asertos para convencer que todo provino de una falsa acusación.

Lo anterior, deviene de encontrar demostrados los siguientes estadios a través de las mismas versiones en lo que no ofrecen contradicción alguna, como son:

- a) El señor José Laurentino Solarte Gómez llegó alicorado en la madrugada del día que tuvo lugar el comportamiento endilgado.

- b) Ingresó al cuarto de la menor L.A.I.O
- c) Fue sorprendido agachado hacia su cuerpo que reposaba en una cama.
- d) La señora Luz Nelly Ortiz madre de las niñas y compañera permanente del señor Solarte Gómez quien lo sorprendió en ese instante, reaccionó violentamente en su contra y de inmediato abandonó la residencia con las niñas.
- e) Esa misma madrugada fueron atendidas por el médico general del hospital y por la perito psicóloga. Ambas coincidieron en señalar: la primera, que desde hace varios días la niña le había comentado que el señor Solarte Gómez la tocaba en varias partes de su cuerpo y la segunda lo reitera, especificando las mismas: en la boca, en los senos y en la vagina sobre la cual igualmente lo hacía además de las manos, con su órgano viril, siendo el único actor de esta conducta. A su vez, la madre le refirió que no "...tenía la fuerza para denunciar y haber vivido lo mismo, que un vecino la tocara y nadie la apoyó, no tenía mamá y le tocaba sola las cosas." Esto no lo niega la deponente en relación con su primera versión.
- f) La niña así lo dibujó y lo escribió ante la perito psicóloga.
- g) La relación de la niña con el acusado era buena: lo llamaba papá o papito, y así mismo reconocía a sus consanguíneos como su propia familia al llamarlos: abuelita y tíos. La excepción estaba dada cuando le daba ciertos mandatos delante de sus amigos.
- h) Al señalar a otro como el autor de este tipo de comportamientos del cual era víctima insiste desde los seis años, pero ya bajo el nombre de RAUL, lo ubica en un sitio diferente al último que desencadenó la denuncia; no especifica con detalles las acciones de las cual era objeto en contra de su formación sexual; en cambio sí lo hizo cuando incriminó al hoy sentenciado.
- i) El procesado describe con cabello a este supuesto actor cuando la menor dijo que era calvo y la contradice como a su progenitora acerca de que visitara con frecuencia su casa.

Conforme a las circunstancias anteriores denotadas a través de los propios testimonios, resulta increíble que madre e hija, esa madrugada del 28 de febrero de 2011 ante la intempestiva situación, se pusieran de acuerdo tan raudamente para concebir el mismo dicho acerca de que con anterioridad ya la niña le había señalado al señor JOSE LAURENTINO SOLARTE GOMEZ como el autor de tales comportamientos lascivos sobre su cuerpo.

En esa medida, tampoco disuade que su presencia en la cama de la menor, agachado sobre ella, fuera una mera coincidencia ante el gesto cariñoso de arroparla, el cual ella aprovechó con sagaz maledicencia para inventar que en ese instante tocaba su órgano genital. Hasta un adulto con la irrupción súbita del sueño sufrida en esas circunstancias, se demora para aprovechar subrepticamente tal oportunidad para inventar esa infamia.

Además, cuando no tenía un verdadero motivo para hacerlo pues quería a su padrastro y a toda su familia; lo reconocía como papá; ni ella ni su madre eran objeto de maltrato. De haberlo hecho como pretenden convencer por las órdenes que le daba delante de los amigos o los requerimientos por apoderarse de objetos ajenos, esa sería la oportunidad. Si no reaccionó en tales eventos con una falsa

acusación de ese talante, mucho menos iba hacerlo de manera inmediata al despertarse en una situación sui generis como esa.

Incongruente desde la tesis defensiva, resulta la acusación sobre un concurso, pues tampoco necesidad alguna tendría de señalar un comportamiento ilícito continuo de parte del acusado, desde que ella tenía seis (6) años, cuando bastaba el último para conseguir el propósito que le endilgan en la retractación. Esto en cambio sí se explica por la acomodación del relato de la señora Luz Nelly quien en principio dio fe de conocer por referencias anteriores de su hija, que tales actos eran reiterados.

El hecho de haber sido la madre objeto de abuso sexual cuando niña, conforme a la versión rendida inmediatamente después de los hechos ante la psicóloga en lugar de propiciar una sugestión hacia la menor como lo señala la Defensa, le sirvió fue para minimizar la gravedad de la conducta sufrida por su hija, tal como se denota de la misma entrevista; cuando justifica su inicial omisión ante el enteramiento de los reprochables eventos, entre otros, por la experiencia similar que ella afrontó sin ninguna ayuda de sus progenitores o de terceros.

A efecto de descartar de plano el menor asomo de duda en cuanto a la comprobación de la teoría del caso del ente acusador, se suma la pericia psicológica, incólume desde el ataque del Censor quien no se ocupó de ella y por lo tanto a la Sala ningún desmerecimiento le produce, cuando con fluida argumentación, la doctora ALEXANDRA MEJIA VALLEJO, experta en psicología, explicó por qué la versión de cargo de la niña era creíble desde cinco aspectos: la propia versión de la madre que corrobora ciertamente los episodios anteriores; su propio entorno; este último, destacable, porque pese a que el procesado se esforzó en señalar que mantenía por fuera de la casa, la madre en la primera versión dentro de los apartes que reconoció, afirmó era él quien permanecía a cargo del cuidado de las niñas pues estaba desempleado, última condición aceptada por el sentenciado, aspecto que coincide con la primera versión de la víctima en cuanto a la oportunidad que le asistía para sus contactos sexuales una vez aquél enviaba a algún lado a su hermanita. También la aplicación del protocolo de Satac; su propia situación familiar y la revisión de sus funciones mentales. Sobre esto, nada dijo el opugnante.

Igualmente, la reiteración del nombre del agresor con los detalles de los sitios de su cuerpo vulnerados con el ánimo de satisfacer su libido; la incriminación a través de los dibujos, donde ubicó los sitios de la casa donde Solarte Gómez ejecutaba tales actos. Indudablemente tales detalles con el señalamiento de las manos y del órgano viril para nada los refirió en relación con el mencionado RAUL N; de quien dijo no estuvo en este último inmueble; tampoco se contradijeron las razones aportadas por esta testigo calificada para desechar una posible yuxtaposición del verdadero responsable.

Por todo lo aquí expuesto, la Sala opta por estimar reunida con suficiencia la prueba de responsabilidad penal, concretamente en el elemento objeto de discusión, como es que la autoría de los actos sexuales de los cuales fue víctima la menor L.A.I.O. se radica en el señor JOSE LAURENTINO SOLARTE GOMEZ. De ahí, la confirmación de la sentencia condenatoria objeto del recurso.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-350-11) del 16 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**TESTIMONIO – El mero vínculo del testigo con el procesado o la víctima no afecta, por sí mismo, la credibilidad de su declaración/COMPANÍAS ASEGURADORAS – El pago de los perjuicios se limita a la cobertura establecida en el respectivo contrato.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 21 y 96; Ley 600 de 2000, artículo 138; Código de Comercio, artículos 864 y 1079.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 24448 del 12 de septiembre de 2007, con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, los medios de prueba esgrimidos por los recurrentes para censurar la sentencia de primera instancia recaen, en lo fundamental, sobre la prueba testimonial proveniente del procesado y de los señores DIEGO FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ y RUBEN DARIO OSORIO CASTRO, así como de los vertidos por la señora MARIZABETH OSPINA MARTÍNEZ y del agente de la policía ALBEIRO OCAMPO MARQUEZ.

La valoración de esta clase de prueba resulta un tanto compleja porque emana de un ser humano, frente al cual como se sabe, concurren circunstancias físicas y psíquicas que hacen parte o intervienen en el objeto de declaración, cuyas características deben ser analizadas en orden a determinar la credibilidad de lo atestado. Por eso, su examen debe cobijar tanto el aspecto subjetivo del testigo como lo objetivamente declarado, para luego cotejarlo con los demás medios de prueba a efecto de establecer su concordancia y consecuencias jurídicas probatorias que pueden asignársele frente a la acusación.

Con esa clase de pruebas se plantea la discusión propuesta por el recurrente, quien pretende trasladar la culpa endilgada en primera instancia al acusado NUÑEZ LOPERA, y radicarla en el comportamiento de la víctima, para de esa forma exonerarlo de la responsabilidad en el accidente de tránsito y la consecuencial obligación impuesta a su prohijada a pagar los perjuicios que con su ocurrencia se causaron a las víctimas.

(...)Para el juez de instancia, el señor NUÑEZ LOPERA desacató la referida señal de tránsito y ello se demuestra con el informe de accidente suscrito por el agente de la policía que atendió las diligencias, y por el testimonio de la víctima LINDA MARIZABETH OSPINA. De paso, no le otorgó credibilidad a los testigos de descargo quienes aseguraron que el procesado obedeció la señal de PARE.

Al respecto, acierta la censura del recurrente cuando critica la inferencia bajo estudio realizada por el *A-quo* a partir del informe de accidente de tránsito, pues lo único que este hace es establecer las condiciones de la vía y demás aspectos

relevantes que rodean el siniestro, dentro de cuyos espacios aparecen las causas probables del accidente señalados por el agente apenas como una particular y muy recortada perspectiva de los móviles que pudieron originarlo. Sin embargo, por no ser experto en materias con idoneidad para arrojar hipótesis verificables sobre este punto, y no haber presenciado la ocurrencia de los hechos, esa anotación no puede servir, sin más, como fundamento de la sentencia absolutoria o condenatoria.

Con todo, no es este el único criterio probatorio que el juez de instancia utilizó para sustentar la condena al procesado. De hecho, dentro de la valoración probatoria emprendida en primera instancia, apenas emerge como elemento accidental de la decisión objeto de censura, pues lo esencial para inclinarse por la condena al acusado fue el testimonio dado por la señora LINDA MARIZABETH OSPINA, quien iba como pasajera de la motocicleta y aseguró que el procesado desatendió la señal de PARE.

Quien se alza contra la sentencia de instancia recuerda que la declaración del procesado concuerda con dos testigos presenciales quienes afirmaron que este sí respetó el PARE al cual estaba obligado, pero critica -de un lado- la falta de credibilidad que el juez de primer grado le asigna a tal afirmación, cuyo fundamento lo radicó simplemente en el hecho de ser compañeros de trabajo del señor NUÑEZ LOPERA, de lo cual derivó un interés en favorecerlo, y al tiempo decide otorgarle valor al dicho de la señora LINDA MARIZABETH OSPINA, cuando a esta sí le asiste indefectible interés en salir adelante del proceso no sólo por ser sujeto pasivo de la conducta punible de Lesiones Culposas, sino por ser también víctima de la muerte de su padre, de lo cual depende la obtención de una indemnización pecuniaria.

Frente al tema, es cierto que desde el punto de vista subjetivo, el testimonio debe ser valorado bajo las especiales circunstancias psíquicas que pueden motivar al deponente ofrecer una declaración en un sentido u otro, o aquellas que permiten inferir su moralidad en relación con los hechos investigados, entre las que se ubican el posible nexo de los testigos con el procesado o con los afectados por la conducta punible.

Sin embargo, esa especial circunstancia no puede ser por sí misma causa para demeritar la atestación del testigo vinculado con alguno de los extremos del delito objeto de juzgamiento, pues es visión que restringe injustificadamente el ámbito de aplicación brindado por las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales se debe examinar en forma conjunta cualquier medio probatorio.

De allí entonces, que el mero vínculo del testigo con el procesado o la víctima no sea circunstancia válida que en sí misma sirva para desechar la credibilidad de su declaración. Ello depende de la naturaleza del lazo o nexo, y sobre todo, de las situaciones fácticas relatadas por el testigo las cuales deben estudiarse en su verosimilitud, precisión y concordancia con los demás medios de prueba.

En el asunto bajo examen, los testigos *in visu* son compañeros de trabajo del procesado, lo cual podría dar lugar a entender que sus afirmaciones aparecen matizadas por ese especial vínculo que los une. Empero, la relación entre estos sujetos, en los términos expuestos por el juez de instancia, no es causa para demeritar su credibilidad en tanto no intervenga otra circunstancia con potencialidad para maximizar el nexo y dejar de catalogarlo como una mera

amistad, para pasar a ser uno de mayor intensidad que por lo mismo origine un interés en los testigos de favorecer al procesado y de esa forma poner en vilo la objetividad de sus afirmaciones.

Bajo ese panorama, no podía restársele valor suasorio a las declaraciones analizadas con base simplemente en la camaradería entre los testigos y el procesado proveniente de su convivencia en el lugar de trabajo. A tal efecto, se requiere otra circunstancia que haga surgir un verdadero interés en los testigos en orden a favorecer los intereses de la defensa.

Y al respecto esta Sala advierte concurrencia de ese interés, principalmente porque el vínculo que lo origina no es la simple amistad con el procesado sino con la empresa para la cual laboran, pues esta aparece vinculada dentro del proceso como Tercero Civilmente Responsable. De esa manera, es indudable que a los deponentes los movió un interés en favorecer no tanto al enjuiciado, sino a la empresa con quien tienen un vínculo laboral cuya estabilidad no podían arriesgar declarando en contra de sus intereses, pues una eventual sentencia condenatoria la obligaría a responder como garante del pago de los perjuicios ocasionados con los hechos punibles, como a la postre sucedió.

No es por el interés señalado que no se dará credibilidad a las atestaciones vertidas por los testigos del bloque defensivo, sino por la forma en que fueron relatados los aspectos fácticos sobre los cuales descansa el pedimento de revocatoria de la sentencia de primera instancia. En suma, y sobre ello quiere ser clara la Corporación, el interés referenciado es el que explica las afirmaciones que los testigos hacen a favor del procesado, pero su falta de credibilidad deviene de analizar lo objetivo de las mismas, que no se ajusta a las reglas del sentido común, como pasa a verse.

Véase que tanto los señores DIEGO FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ y RUBEN DARÍO OSORIO, aseguran que el accidente de tránsito en el cual estuvieron involucrados como pasajeros del microbus siniestrado, se produjo por comportamiento imputable a la víctima y no al procesado NUÑEZ LOPERA, pues de una parte, afirmaron que este atendió la señal de PARE y se percató de la ausencia de vehículo que transitara por la calle 36, y de otro lado, que fue la víctima quien conducía su motocicleta sin luces cuando ello resultaba indispensable para que el acusado pudiera advertir su presencia, habida cuenta de las deficientes condiciones de visibilidad del lugar donde ocurrieron los hechos.

El contexto en el que se desarrollan esas afirmaciones, lo grafican los testigos cuando iban en el microbus conducido por el procesado en calidad de pasajeros, y de forma repentina sintieron un impacto que a la postre se percataron tratarse de la motocicleta conducida por la víctima. Veamos:

*“...él (procesado) el pare no vimos a nadie (sic) un momento a otro arrancó él, cuando sentimos fue la moto, entonces nos bajamos a auxiliar al señor y pues llamamos a una señora y ella llamo la ambulancia, la moto no traía luces ni ellos venían con casco...” (Fl. 123)*

***“...el señor CARLOS JAVIER MUÑOZ hizo el pare miro y no vio nada y como la cale estaba sin luces no tenía señales de tránsito entonces el hizo el pare y arrancho cuando miro no vio a nadie y arrancho, y sintió fue el golpe..”***

No se entiende cómo los testigos, a la vez que afirmaron “sentir” el impacto con la motocicleta en forma súbita, observaron que la misma venía sin luces, pues tal aserto desconoce el principio lógico de no contradicción en tanto no se puede estar viendo una cosa y no verla a la vez. En efecto, si el conocimiento del accidente fue adquirido por los testigos con ocasión del impacto entre los vehículos, como se deduce de las declaraciones precitadas, les era imposible que observaran la motocicleta momentos previos a ese hecho, y de paso si llevaba encendidas las luces, por lo cual, evidente se muestra su discordancia con las reglas del sentido común y en especial con el principio lógico de no contradicción.

Además, en punto de las supuestas condiciones insuficientes de visibilidad del lugar donde sucedieron los hechos, las cuales -según las declaraciones de los testigos y el procesado- habrían impedido divisar la presencia del motociclista, se advierte ostensible contradicción con el informe de accidente de tránsito ratificado por el agente de policía ALBEIRO OCAMPO MARQUEZ ante la Fiscalía instructora, quien aseguró que tanto para quien transita por la calle 36 –motociclista- como para quien lo hace por la carrera 24 –microbus- las circunstancias de visibilidad son óptimas. Así lo plasmo en el mentado documento y lo corroboró en la declaración vertida dentro del proceso.

Por tanto, es indudable que los testimonios de descargo no pueden ser tenidos en cuenta por esta Sala para fundar la culpa de la víctima en el accidente de tránsito como lo pretende la recurrente, pues resultan discordantes tanto con el principio lógico de no contradicción como con el informe de accidente de tránsito debidamente ratificado por el funcionario que lo elaboró, lo cual se explica no sólo por el vínculo de amistad que tienen con el procesado como compañeros de trabajo, sino fundamentalmente con la empresa para la cual laboran vinculada en este asunto como Tercero Civilmente Responsable, situación que los motivó a declarar a favor de los intereses del señor CARLOS JAVIER NUÑEZ LOPERA y de esta última.

Ante ese panorama es que adquiere poder suasorio la declaración de la señora LINDA MARIZABETH OSPINA, pues como testigo presencial se limitó a asegurar que su padre conducía por la mitad de la vía, con las luces prendidas y a una velocidad prudencial atendiendo el estado de gravidez en el que se encontraba por esa época, asignando la causa del accidente de tránsito a la desatención de la señal de PARE por parte del procesado.

Y si bien es cierto que a esta persona le asiste un interés en las resultados del proceso como sujeto pasivo y víctima de los delitos ejecutados, como lo afirma la apelante, también lo es que ese criterio, estudiado en forma autónoma e independiente no sirve para desechar sus declaraciones. Contrario a lo que sucedió con los testigos anteriormente analizados, su testimonio no se muestra contradictorio con los demás medios de prueba ni con las reglas de la ciencia, experiencia o de sentido común. Incluso, radica la culpa del siniestro en el comportamiento del procesado porque en la intersección donde este acaeció, quien

llevaba la prelación vial era su padre y, en cambio, al acusado le correspondía obedecer la señal de PARE.

Así las cosas, tras haber desvirtuado la veracidad de los testigos de descargo, es indudable que fue el procesado NUÑEZ LOPERA quien obró de forma negligente al no tomar las medidas de precaución necesarias para impedir la consumación de los resultados típicos, pues conforme las reglas de tránsito le correspondía atender la señal de PARE y verificar que por la calle 36 no transitara algún vehículo, para después dar marcha a su vehículo, lo cual desató y por eso se produce el accidente y consecuencial muerte del señor OSPINA PEREA y lesiones de la señora MARIZABETH OSPINA, suficientes razones para confirmar la condena proferida en su contra.

La otra crítica elevada contra la providencia de primer nivel, proviene de la sociedad anónima COLPATRIA quien fuera vinculada al presente proceso en calidad de tercero llamado en garantía. En criterio de su apoderada judicial, el juez de instancia se equivocó al condenar solidariamente al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados con las conductas punibles, en oposición a lo acordado en póliza de seguros suscrita con la empresa Montebello, quien funge en este asunto como Tercero Civilmente Responsable.

Sea lo primero recordar que dentro del proceso bajo examen, la mentada sociedad aparece en calidad de tercero incidental, esto es, como *“persona jurídica que sin estar obligada a responder penalmente por razón de la conducta punible, tiene un derecho económico afectado dentro de la actuación procesa.”* (Art. 138 del C.P.P)

Ese derecho económico, surge en virtud de un contrato de seguro que el tercero incidental suscribe con el obligado penalmente a pagar los perjuicios ocasionados a las víctimas con la conducta punible (Art. 96 del C.P.), ya se trate del condenado, o del Tercero Civilmente Responsable, como en este caso.

Su responsabilidad frente a los mismos, en consecuencia, es de carácter contractual y no extracontractual, de manera que el juez penal no puede obligar a pagar daños que no estén cubiertos en la respectiva póliza de seguro ni por un monto superior al garantizado en esta, pues de lo contrario, se desconocen principios elementales del derecho civil como el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 864 del C. De Co.) que rige la contratación privada.

Así las cosas, el juez de instancia no debió condenar a COLPATRIA S.A. al pago solidario de la totalidad de los perjuicios irrogados a las víctimas, sino sólo de los que cubría el contrato de seguro suscrito con la empresa de transportes Montebello, visible a folio 5 del cuaderno de llamamiento en garantía. La sentencia de primer grado, en consecuencia, no sólo violenta el principio de autonomía de la voluntad sino particularmente el artículo 1079 del Código de Comercio, en el cual se dispone que *“el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada...”*.

En esa medida, se modificará el numeral TERCERO de la sentencia recurrida, en el sentido de que la sociedad llamada en garantía COLPATRIA S.A. deberá pagar los perjuicios en la clase y monto a los cuales se obligó conforme lo estipulado en la póliza de seguro suscrita con la empresa de Transportes Montebello.

**Sentencia de 2ª instancia (P-176-11) del 20 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: modifica el numeral tercero de la sentencia recurrida y confirma en lo restante.**

**RESPONSABILIDAD PENAL – No siempre recae sobre quien, al causarse un daño antijurídico, asume la posición de garante/DEBER OBJETIVO DE CUIDADO – Del conductor del vehículo frente a la conducta cometida por el ayudante o auxiliar del mismo.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381; Código Penal, artículo 25.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 25536 del 27 de julio de 2006, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón y 26409 del 04 de febrero de 2009, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Para la Sala no existe duda alguna que el señor Cesar Tulio Daza Salazar, ostentaba la posición de garante frente al automotor que colisionó con el andamio, pues en forma voluntaria había asumido esa fuente de riesgo, ya que era la persona encargada del manejo, cuidado y custodia del mismo, tal como admitió en el juicio oral cuando al responder preguntas de la defensa indicó que (00:16:33 primera sesión del 28 de abril de 2011) *“yo estoy al mando del carro...”* y luego al absolver preguntas complementarias, indicó que (00:17:42 segunda sesión) *“uno responde por el carro en cuestión de manejo y en lo que ocurre en accidente si, o sea que uno se responsabiliza en el carro en la empresa trabajando cualquier accidente supuestamente es el conductor y a uno es el que le hace el parte y todo eso”* (00:18:24) *“lo que le pase al carro corresponde a la culpabilidad de uno...”*, de donde se extracta que tenía el deber jurídico de evitar que con el automotor se causara cualquier afectación a la vida e integridad de las personas.

No obstante lo anterior, no siempre que una persona asume la posición de garante y se causa un daño antijurídico, debe responder penalmente, pues bien puede ocurrir que en un momento determinado un tercero asuma momentáneamente la fuente de riesgo, como ocurre, por ejemplo, cuando el auxiliar de un vehículo de servicio público sin la autorización de su dueño o del conductor titular, lo coloca en marcha y lesiona o le da muerte a una persona, por lo que se hace necesario establecer si quien tiene la posición de garante, faltó al deber objetivo de cuidado que le era exigible y si esa acción u omisión fue la causa necesaria para el resultado final, máxime, cuando la responsabilidad penal es de carácter personal.

En el presente caso, si bien es cierto el acusado era el único responsable de la conducción del vehículo involucrado en el accidente, actividad que venía realizando hacía casi un año, lo es también que, no era la persona que conducía el automotor al momento en que impactó el andamio y ocasionó la caída del señor Jesús Antonio Acevedo Ríos y su consecuente daño en el cuerpo y en la salud.

A la vez, el hecho que el acusado le hubiera dejado las llaves del automotor al ayudante del mismo, no constituía una autorización para que este último lo moviera, lo que ocurre es que cuando un vehículo queda en el taller para que se le haga alguna reparación, las llaves se dejan al administrador, mecánico o al auxiliar del automotor por si en algún momento se requieren, máxime, cuando se trataba de un problema de encendido en el que necesariamente para probarlo se necesitaba de las mismas.

Además, no se puede pasar por alto que el auxiliar de un vehículo es la persona más cercana y de absoluta confianza del conductor sea que hubiera sido designado por este, por la empresa o por el propietario del mismo, siendo apenas normal y lógico que le hiciera entrega de las llaves, pues no se le podía exigir al acusado que por ser el conductor oficial debía permanecer en el taller durante todo el tiempo en que le fueran a hacer las reparaciones al carro.

Considerar que el señor Cesar Tulio Daza Salazar debe responder penalmente por las lesiones ocasionadas al señor Jesús Antonio Acevedo Ríos, por haberle entregado las llaves del vehículo a su auxiliar para que lo cuidara mientras le hacían la reparación del sistema de encendido, es tanto como endilgarle responsabilidad penal al propietario, poseedor o tenedor de un automotor que lo deja en un parqueadero junto a sus llaves y el vigilante o administrador del mismo lo saca y con él le causa lesiones personales o la muerte a un transeúnte.

Ahora bien, en el hipotético evento que el acusado hubiera autorizado al auxiliar de la buseta para que de ser necesario la movilizara, esa circunstancia por sí sola tampoco implica violación al deber objetivo de cuidado, como si ocurriría por ejemplo, cuando el conductor del vehículo a sabiendas que su auxiliar carece de licencia de conducción y que no tiene ningún conocimiento al respecto, lo autoriza para que desarrolle tal actividad, evento en el que necesariamente aquel debe responder por las consecuencias de orden penal que pudiera generar esa conducta.

En el presente caso, si la fiscalía pretendía sostener la acusación y obtener una sentencia condenatoria, debía demostrar que el auxiliar del automotor no tenía licencia de conducción, que carecía de la experiencia necesaria para conducir y que el señor Cesar Tulio Daza Salazar a sabiendas de ello, lo había autorizado para que movilizara la buseta, lo que no hizo, pues sólo demostró la materialidad de la conducta punible y que el acusado era la persona encargada del manejo y tenencia de la misma, pero no que este hubiera faltado al deber objetivo de cuidado que le era exigible.

Aunque cuando los policiales que conocieron del accidente de tránsito, requirieron al acusado y éste se identificó como el conductor oficial de la buseta y luego se trasladó al hospital y se le tomó la muestra de alcoholemia, lo que en principio les pudo hacer creer que era la persona que la manipulaba al momento del impacto, esa duda se aclaró el mismo día del accidente, ya que después de elaborarse el informe, el uniformado Herney Marín Espinosa se entrevistó con los señores Jaime Saúl Vivas Martínez y Javier Andrés Caicedo Quiceno, quienes le indicaron que el *“accidente no fue producido con el conductor real de la buseta, sino que era el ayudante de la misma quien se encontraba maniobrando”* tal como se extracta del informe ejecutivo que fue introducido a través del policial en mención y que luego ratificó el ofendido cuando presentó la querella.

Véase, que el señor Jesús Antonio Acevedo Ríos, en la denuncia presentada el 21 de diciembre de 2006, es decir, seis días después de haber ocurrido los hechos, indicó claramente que *“cuando escuche que gritaban “ojo paren esa buseta” y fue cuando el ayudante de la buseta la desengrano y se llevo el andamio... era un muchacho de apellido VARGAS ARANGO, no recuerdo como se llama a el le dicen PICHÍ y vive en la carrera 10 No 2-32 del barrio cincuentenario de esta localidad”* (sic para lo transcrito), pero a pesar de ello, extrañamente el ente acusador no realizó gestión alguna para identificar al auxiliar de la buseta, quien era la persona que en principio debía vincularse a la actuación e imputársele la comisión del delito de lesiones personales culposas.

En conclusión, al estar demostrado que el señor Cesar Tulio Daza Salazar no era la persona que manipulaba la buseta al momento de la colisión y no haberse establecido por parte del órgano de persecución penal, que aquel hubiera faltado al deber objetivo de cuidado, deberá revocarse la sentencia apelada y en su defecto absolverlo de los cargos por los que fue acusado.

**Sentencia de 2ª instancia (2006-80727-01) del 21 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.**

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - La sentencia no puede considerar una circunstancia de agravación que no fue imputada al allanado.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 58, numeral 7, artículo 61 y artículo 104, numeral 7.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 31475 del 31 de julio de 2009, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca, y 33374 del 15 de junio de 2011.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

El disenso de la defensa radica en el *quantum* de la pena privativa de la libertad que le fuera impuesta al señor Jhon Edwin Murillo Martínez, pues en su criterio, el fallador no podía tasarla en los cuartos intermedios, sino que debió ubicarse en el inferior, ya que su defendido carece de antecedentes penales.

Pues bien, aunque de los elementos materiales probatorios se extracta claramente que el homicidio fue realizado por dos personas que previamente se habían puesto de acuerdo para ello, lo que constituye la circunstancia de mayor punibilidad señalada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, es decir, *“obrar en coparticipación criminal”*, lo cual obligaría al fallador a ubicarse en los cuartos intermedios para efectos de la tasación de la pena, lo es también que, la Fiscalía Cuarenta y Dos Seccional de Buenaventura, al formular la imputación, no le indicó específicamente al capturado que concurría esa circunstancia de mayor punibilidad, y cuando el juez de control de garantías le aclaró los cargos que le había formulado el ente acusador, sólo se refirió al homicidio agravado por la

causal 7° del artículo 104 del Código Penal y a la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, sin que tampoco hiciera referencia a aquella circunstancia.

En efecto, la formulación de imputación se hizo exclusivamente por los delitos de homicidio agravado por la circunstancia establecida en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, esto es “*Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación*”, en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y aunque se le indicó que habían participado dos personas en el reato, esa manifestación se hizo única y exclusivamente para endilgarle la (01:28;35) “*calidad de coautor*” a que se refiere el artículo 29 del estatuto represor, pero no hubo ninguna referencia específica a la circunstancia de mayor punibilidad, por lo que no podrá tenerse en cuenta, pues implicaba sorprender al allanado, ya que la pena de prisión se le aumenta notoriamente al tasarla en los cuartos medios.

Por lo tanto, para que exista plena congruencia entre la imputación (que en este caso se asimila a la acusación pues se trata de un allanamiento a cargos) y la sentencia, la Sala debe excluir la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, pues, se reitera, nunca le fue imputada al allanado.

Al no concurrir ninguna otra circunstancia de mayor punibilidad, se hace necesario tasar la pena dentro del cuarto mínimo, la que oscila entre 400 y 480 meses para el homicidio agravado que es el delito de mayor entidad.

La pena para el punible en mención, en los cuartos medios oscila entre 480.1 y 640 meses y el a quo la fijó en 564 meses, es decir, que se ubicó 4 meses por encima del mínimo del segundo cuarto medio, por lo que habrá de mantenerse la misma proporción, la que traída al cuarto mínimo que oscila entre 400 y 480 meses, da un guarismo de 442 meses, el que se aumentará en 12 meses por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, que fue el mismo aumento establecido en primera instancia, para una pena de 454 meses de prisión.

Al anterior guarismo se le rebaja la mitad por el allanamiento para mantener la misma proporción señalada por el aquo, quedando una pena definitiva de 227 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal. En los demás aspectos se confirmará la sentencia apelada.

**Sentencia de 2ª instancia (2011-00791-01) del 21 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: modifica los numerales 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.**

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

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

Ley 906 de 2004, artículos 175, 294 y 332.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 28984 del 19 de mayo de 2008; Corte Constitucional, sentencia C-118 de 2008.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Erró el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira (Valle) al permitirle a la Defensa interponer los recursos contra una decisión que sólo le atañe a la Fiscalía General de la Nación, cuyo delegado se mostró conforme con lo resuelto, por faltarle agotar otras vías para tratar de ubicar tanto al investigador que llevó a cabo la prueba preliminar de PIPH como el informe técnico pericial de experto de laboratorio para refrendar el resultado en cuanto a que la sustancia incautada corresponde a estupefaciente. De lograrlo, si hubo yerro de parte del Juez de control de garantías cuando excluyó la incautación, existe la vía jurídica en la audiencia Preparatoria para solucionarlo de acuerdo con la jurisprudencia nacional y local, de no haberle asistido competencia para decisión de tal naturaleza.

Al aceptarlo así el señor Fiscal delegado, nada tiene que hacer la Defensa pues la acción penal le corresponde ejercerla es a la Fiscalía General de la Nación; en gracia de discusión estaría, de tratarse de una causal de atipicidad por ausencia del tipo objetivo o subjetivo tal como se advierte en el salvamento de voto de la decisión anterior de la alta Corporación. Pero en asuntos como el que nos ocupa, cuando el señor Fiscal entre otras cosas erró igualmente en la causal del artículo 332 del Código Penal porque la primera se refiere es a las causales objetivas de extinción de la acción penal: muerte del indiciado o procesado; prescripción; oblación, caducidad; desistimiento entre otros, pero en su motivación se refirió fue a la del numeral 6°. *“la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”* por ausencia de elementos materiales probatorios que le permitan el requisito para convocarlo a un juicio y ante las disertaciones del señor juez se mostró conforme con su decisión, claro es que ningún interés le cabe al procesado y a la defensa en este tópico de exclusivo resorte del ente acusador.

Desde una lectura sistemática de las normas que regulan la materia, la restricción al interés jurídico para oponerse a la decisión del juez en materia de preclusión de la instrucción surge desde el derecho al uso de la palabra en la respectiva audiencia de trámite cuando el tercer inciso del artículo 333 del Código Adjetivo demanda: *“Acto seguido se le conferirá el uso de la palabra a la víctima, el agente del Ministerio Público y el defensor del imputado en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.”* Lo anterior, confirma que si la solicitud proviene del Fiscal, sólo a él le corresponde sustentarla y sólo a él le asiste interés jurídico para impugnar la decisión del juzgador en caso de negativa.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de conocer del recurso porque el hecho de haber errado la causal la Fiscalía para conducir su pretensión por una de las que le asisten a la Defensa el derecho de solicitarla en el juzgamiento, sólo muestra las dos falencias del A-quo al haberla resuelto de tal forma cuando era evidente que esa no era la que correspondía y el haberle dado el uso de la palabra a la Defensa para que participara en la sustentación del recurso horizontal, con fundamento en una labor que únicamente la Fiscalía puede enseñar y además, para que impugnara la decisión sin asistirle interés jurídico.

**Auto de 2ª instancia (AC-086-12) del 21 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación.**

**AUTO QUE DECIDE NO EXCLUIR UNA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – Solo es susceptible del recurso de reposición/AUDIENCIA PREPARATORIA – Es el momento procesal oportuno para debatir la ilegalidad o ilicitud de los elementos materiales probatorios.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 23, 177, 358, 359, 360.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 37298 del 30 de noviembre de 2011, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De conformidad con lo señalado en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta por el defensor del señor Ariel Morales Arias, contra el auto adiado el 29 de febrero de 2012, proferido por la Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga.

Antes de pronunciarse frente a la inconformidad de la defensa, corresponde a la Sala determinar si contra el auto que no excluye una prueba en el juicio oral proceden o no los recursos ordinarios, de conformidad con lo señalado en los artículos 177 y 359 de la Ley 906 de 2004.

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

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

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

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

Ahora bien, según los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, la exclusión de los medios de prueba se predica cuando estos se han obtenido con

violación de las garantías fundamentales o se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales, en tanto que, la inadmisión obedece a la impertinencia, inutilidad, repetitividad o a que estén encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 359 de la misma normativa.

De conformidad con lo señalado en el inciso final del último artículo referido, el recurso de apelación procede cuando se rechazan, inadmiten o excluyen los medios de prueba que se pretendan introducir al juicio.

A la vez, el recurso de reposición procede contra todas las decisiones que se adopten excepto la sentencia, tal como lo indica el artículo 176 de la citada ley, de modo tal, que contra el auto que resuelve negativamente la solicitud de exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba pedidos por las partes, sólo procede el recurso horizontal.

A pesar que la Sala consideraba que cuando alguna de las partes solicita la exclusión de un medio de prueba alegando su ilicitud o ilegalidad, independientemente de la decisión que se adoptara, esto es, se excluyera o no, procedían los recursos ordinarios de reposición y apelación, luego de hacer un nuevo estudio de las normas que regulan el recurso vertical, se varía el criterio en el sentido que la alzada se limita a los eventos en los cuales no se admite, se rechaza o se excluye un medio de prueba por parte del juez de conocimiento.

No se puede desconocer que cuando se admite un elemento de prueba, no se causa ningún perjuicio a la parte contra la cual se aduce, en el entendido que al momento del debate probatorio, puede atacarlo por considerarlo ilegal o ilícito, pudiendo pedir su exclusión en los alegatos finales, e incluso en la sustentación del recurso de apelación si es que la sentencia es desfavorable a los intereses de la parte.

Situación diferente se presenta cuando la decisión del juez es inadmitir, excluir o rechazar un medio de prueba, pues esa decisión impide el debate probatorio frente a ese elemento en el juicio, sin que exista la posibilidad de que al momento de dictar la respectiva sentencia, el juez determine si le da mérito probatorio o no.

El numeral 5° del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal establece que el recurso de apelación procede contra el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, precepto que debe interpretarse armónicamente con el inciso final del artículo 359 del mismo estatuto, que señala claramente que procederán los recursos ordinarios cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba, exigiéndose una motivación oral para una determinación en cualquiera de esos sentidos, lo que no sucede cuando la decisión es admitir un medio de prueba.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor frente a la no exclusión del Informe de Investigador FPJ del 25 de abril de 2007 referente a unas interceptaciones telefónicas y el CD contentivo de las mismas, ya que de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esa decisión adoptada en el juicio oral no era susceptible de alzada, sino que contra ella sólo procedía el recurso de reposición, del cual también hizo uso la defensa.

Además, de acuerdo con lo establecido en los artículos 358, 359 y 360 de la Ley 906 de 2004, el momento oportuno para debatir acerca de la legalidad o licitud de los elementos materiales probatorios que se pretendían introducir al juicio, era la

audiencia preparatoria, en la cual el defensor del señor Ariel Morales Arias, no hizo ninguna manifestación al respecto, habiéndose admitido por parte del juez la introducción de la totalidad de los elementos de prueba solicitados por ambas partes, sin que contra esa determinación se hubiera interpuesto recurso de reposición.

Sin embargo, a pesar de no haberse debatido acerca de la ilegalidad de los elementos materiales probatorios en el momento procesal oportuno, esto es, la audiencia preparatoria, de demostrarse los supuestos vicios que afectan la legalidad del Informe de Investigador FPJ del 25 de abril de 2007 referente a unas interceptaciones telefónicas y el CD contentivo de las mismas, bien puede el defensor del señor Ariel Morales Arias solicitar a la juez de primera instancia que cuando haga la valoración conjunta del acervo probatorio al momento de emitir la respectiva sentencia, excluya esos elementos.

De acuerdo con lo anterior, la Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Buga, no debió ni siquiera resolver de fondo la solicitud de exclusión elevada por el defensor del señor Ariel Morales Arias, frente al Informe de Investigador FPJ del 25 de abril de 2007 referente a unas interceptaciones telefónicas y el CD contentivo de las mismas, pues al no haberse debatido al respecto en la audiencia preparatoria, que era el momento procesal oportuno, no debía permitir que las partes entorpecieran el correcto y normal desarrollo del juicio oral, cuyo objeto no es otro que la practica de las pruebas que previamente habían sido admitidas, debiendo dejar el análisis de la presunta ilegalidad de los referidos medios de prueba para cuando se adoptara la respectiva sentencia.

De otra parte, no se accederá a la solicitud de compulsas de copias elevada por el defensor del señor Ariel Morales Arias, toda vez que no existe ningún elemento de donde se pueda extraer la posible comisión de alguna conducta punible por parte de los funcionarios que han intervenido en este asunto; sin embargo, si el defensor considera que existen actuaciones irregulares que deberían ser investigadas, bien puede instaurar la denuncia respectiva.

**Auto de 2ª instancia (2007-80099-04) del 23 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación.**

**IRA E INTENSO DOLOR – Provocación grave e injusta originada en la infidelidad de la pareja.**

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

Código Penal, artículo 57.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 19867 del 09 de mayo de 2007, con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, y salvamento de voto de la Dra. María del Rosario González de Lemos a la decisión 29338 del 08 de octubre de 2008, con ponencia de Alfredo Gómez Quintero.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como el punto del disenso está dado en el presupuesto de la “provocación grave e injusta” traída en la tipicidad de la disminuyente, la Sala se ocupará en primer lugar de los hechos jurídicamente relevantes demostrados en este asunto, en cuanto a que el análisis de la libelista parte de los referidos por los testigos de cargo, contrarios a los descritos por el acusado, de los cuales partió el A-quo para considerar la existencia de dicho requisito del estado de ira e intenso dolor por el cual le rebajó considerablemente la pena al acusado autor del homicidio de la señora LINA MARCELA PAPAMIJA ORTIZ. Al respecto son:

- 1) El procesado Jesús Dorian Arce Muñoz y la occisa Lina Marcela Papamija Ríos eran compañeros permanentes desde hacía dos o tres años para la fecha del acontecimiento criminoso.-  
Este estadio, no obstante la testigo de cargo, tía de la occisa, la señora Darnelly Ríos Gallego, se empeñó al dar su versión en destacar que hacía cuatro meses que se habían separado, una vez respondió a las preguntas complementarias realizadas por la señora juez, aceptó que aún eran pareja y que ella le había ocultado su viaje a Cartagena, de donde provenía para la fecha de los hechos. Exactamente así lo dijo, contradiciendo su primera manifestación: *“Para el momento en que viajó a Cartagena estaba conviviendo con él... Ella no le comunicó al procesado que se iba para esa ciudad y regresó porque a su niña le hacía mucha falta la abuela.”*
- 2) Con anterioridad a este hecho, la pareja ya había tenido problemas por la visita de aquella al municipio de Buenaventura, precisamente el lugar donde se encontraba el señor JOHNATAN GOMEZ PEREZ compañero de su primo en la Infantería de Marina, a donde ésta acudía con su tía a visitarlos.-

De ahí se originó la denuncia anterior que aquella le instaurara a JESUS DORIAN cuando al descubrirla bajándose de una mula que provenía de ese destino y no de la ciudad de Cali donde ella le había manifestado que se encontraba desde el día anterior, la abofeteó en el rostro; evento que ella se lo comunicó a GOMEZ PEREZ siendo éste claro en expresar que: Ella le contó que el marido le amenazaba, le decía que si no era para él no era para nadie, como pensando que él tenía algo con ella y no era así, si le dijo que estaba bonita y esas cosas como todo hombre lo hace pero nunca tuvo nada con ella. Lo que le contaba ella, era de las cuestiones de su trabajo, que la dejaba encerrada en un apartamento donde ella vivía y que como si fuera por culpa de él, le pegaba cuando ella iba a visitar a su primo (compañero suyo de infantería) entonces la maltrataba y de ahí dejó de hablar un tiempo con ella para que no tuvieran problemas, hasta el día...”

- 3) Siendo Lina Marcela, la compañera permanente de Jesús Dorian Arce Muñoz, se fue sin su conocimiento con JOHNATAN GOMEZ PEREZ para Cartagena donde estuvo en su compañía durante 16 días y con él regresó la tarde anterior del acontecimiento criminoso.-

Lo anterior está plenamente demostrado, pese a que los deponentes quisieron guardar silencio al respecto e incluso al mas involucrado,

JOHNATAN PEREZ GOMEZ hubo necesidad por parte de la Fiscalía de impugnarle credibilidad con la entrevista que rindiera ante la policía judicial, la cual el mismo leyó y finalmente deprecó ante las preguntas complementarias que todo lo allí dicho correspondía a la verdad. En esa oportunidad, en tal sentido, averó: ella le comentó que tenía problemas con su exmarido que tenía cuatro meses de estar separada de él y que quería conocer el mar. Le dijo que consiguiera la plata y así se fueron para Cartagena; estuvieron 17 días porque él tenía que presentarse a la infantería de Marina; se quedó en la casa de la mamá de su compañero (tía de la occisa) y Lina en su casa. Como a las 8 de la mañana fueron a la casa de Lina a visitarla.

- 4) Al regresar de Cartagena, para el instante de los hechos, seguía en compañía del mismo sujeto.- Dicha condición también se encuentra demostrada desde el aserto de todos los testigos de cargo, sin controversia alguna.

Las anteriores premisas fácticas, independientemente de si al momento de los hechos, el señor JESUS DORIAN ARCE MUÑOZ vio o no a su compañera en el planchón de la casa de su progenitora besándose con JOHNATAN GOMEZ PEREZ constituyen aspectos relevantes para analizar si la conducta de la víctima constituyó una provocación grave e injusta para el procesado.

El acusado JESUS DORIAN ARCE MUÑOZ presentó en la audiencia de juicio oral una confesión calificada, cuando al aceptar ser el autor de la conducta consistente en disparar sendos proyectiles contra la humanidad de LINA MARCELA PAPAMIJA ORTIZ, a renglón seguido aduce como motivación el comportamiento grave e injusto de la fémina como fuera haber abandonado el recinto marital bajo la excusa de hallarse donde su hermano en Girardot y 16 días después, sorprenderla en la terraza del inmueble de su progenitora besándose con otro hombre; visión que le provocó el estado de conmoción propio de la cólera no por unos celos infundados sino por un acto que ofendía sus sentimientos considerando el amor que sentía por ella y su abnegación como pareja.

De no haber sido así en gracia de discusión, sino como se desprende de los hechos relevantes debidamente demostrados, la provocación grave e injusta tampoco desaparece teniendo en cuenta los antecedentes particulares de esta situación. Además de irse su compañera subrepticamente para la tierra del hombre que le provocaba celos, mintiéndole acerca de que estaba en Girardot cuando en realidad paseaba en dicha compañía en Cartagena, demorarse por espacio de 16 días y regresar en su compañía a la vereda donde además ella era conocida como su compañera permanente, resultaba desde las condiciones personales del infractor toda una afrenta a su dignidad, a su honor, a su autoestima; exigible pero difícil de superar por el razonamiento y la aceptación de no ser querido pero además burlado en sus sentimientos, frente a sus congéneres, dado su entorno, su propio de su grado de instrucción, su oficio, la presión de una comunidad dado el pequeño hábitat donde eran conocidos.

Lo anterior, está lejos de constituir una justificación a la comisión de una conducta delictiva tan grave como es la de suprimir la vida de otro ser humano, pero si merma el juicio de exigibilidad propio de la culpabilidad resultante de tener la capacidad para comprender y autodeterminarse conforme al derecho, así decidió

libre y voluntariamente contrariarlo afectando tanpreciado bien jurídico. No obstante, en tan especiales condiciones de motivación la exigibilidad no es la misma que para quien no ha sido objeto de una conducta grave e injusta. A pesar de que el juicio de reproche debe sufrirlo quien reacciona con tal pasión, cuando debía y podía controlarse, el hecho de esa especial motivación en la cual participa la víctima con un acto de tal entidad, lleva a mermar los efectos de la responsabilidad penal, reflejados en la sanción respectiva.

Cuando se realiza una confesión calificada, la presunción de inocencia demanda que la carga de la prueba por parte de la Fiscalía desvirtúe la respectiva situación con la cual el actor pretende aminorar la pena o exonerarse de responsabilidad penal, a menos que la versión sea inverosímil en si misma.

A lo largo de esta disertación se ha dejado claro, como a partir de la misma prueba de cargo pese a la evidente intención de los familiares de la occisa de negar la vida en pareja entre víctima y victimario cuando todos en un principio dijeron se hallaban separados desde meses atrás, así también pretendieron desconocer que habían formado un hogar aparte del de los progenitores de Lina Marcela desde hacía aproximadamente dos meses para la fecha en que ella viajó a Cartagena, aspectos que quedaron comprobados a partir de los deponentes traídos por la Defensa pero finalmente refrendados por la propia tía de la occisa DARNELLY GALLEGO RIOS, es entonces creíble, un comportamiento grave e injusto de parte de la víctima, pues así como negaron tan relevante circunstancia también seguramente mintieron cuando lo hicieron respecto a la relación amorosa entre LINA MARCELA y JOHNATAN. Sus visitas a la Infantería de Marina, sus llamadas a hacerle infidencias de su relación de pareja, su insinuación de ir con él a conocer otro mar, de la cual provino el viaje a Cartagena, hacen inferir que si Jesús Dorian Arce sintió celos de este hecho, acompañado de la mentira sobre su real paradero por 16 días, no fue infundado, mero fruto de una personalidad irascible y violenta. Además porque el día que la golpeó en el rostro, inmediatamente lo denunciaron y ninguna otra noticia se tiene al respecto ni siquiera a nivel de referencia, por el tiempo que convivieron bajo el mismo techo.

Está visto que la ofensa desde el momento en que pudo enterarse de que aquella se encontraba con JOHNATAN GOMEZ PEREZ en Cartagena estuvo vigente por el tiempo de su permanencia en esa ciudad y al verla regresar a la vereda, además en compañía de dicha persona se convierte desde sus propias condiciones personales como ya se dijo en la circunstancia que hace estallar una emoción como la ira generante de la fatídica conducta.

Lo anterior, establece una diferencia con el cónyuge o compañero que luego de una separación, insiste en recuperar el afecto perdido y obra con ira al advertir que su antigua pareja se hace acompañar de otro, caso en el cual jamás podrá configurarse el comportamiento grave e injusto proveniente de la víctima, requisito de la diminuyente.

Tampoco en el caso que nos ocupa se podrá decir que ante el paso de los días, se perdió la inmediatez entre la ofensa y la reacción pues desde los factum demostrados se desconoce en qué momento se enteró del verdadero paradero de su compañera que diera lugar a confirmar el romance del cual sospechaba, aquella tenía con otro sujeto. Lo cierto del asunto es que si partimos de la prueba de cargo,

pudo ser justamente la tarde en que regresó en compañía del infante de marina a la vereda donde vivía, instante desde el cual pasaron sólo varias horas para el momento de la comisión del injusto. He ahí el acertado comentario en el salvamento de voto de la magistrada María del Rosario González de Lemos a la sentencia del 8 de octubre de 2008, radicado 29.338; M.P Alfredo Gómez Quintero.

**“Rechazamos el criterio que sostiene que la atenuante se excluye cuando el provocado ha tenido medios o tiempo para reflexionar, pues, muchas veces, la reflexión puede trocar el dolor en cólera, o desentrañar el verdadero contenido hiriente de la ofensa o acrecentar la ira o el dolor incipientes.”** (Cita traída de la obra de Gómez López ORLANDO: “El Delito Emocional” Editorial Temis, Bogotá.)

Por lo tanto, no son ciertos los supuestos de hechos en los cuales basa la argumentación la abogada recurrente, cuando dijo que de acuerdo con la tía y su menor hijo, hacía dos (2) meses que la víctima no convivía con el procesado. Y que tan cierta era la separación que por eso regresó a la casa de sus padres para dejar a su hija y desaparecerse nuevamente para no estar cerca del mismo porque le temía. El primero no corresponde a la verdad probatoria como ya lo vimos y el segundo deviene de la primera falacia; ya en el caso concreto si regresó con Johnatan Gómez era imposible que llegara a la casa de su compañero, mucho menos si su propósito era abandonarlo definitivamente sin previa noticia de su intención de separarse.

Así las cosas, es acertada la decisión del A-quo desde la credibilidad que le dio a los descargos del procesado, los cuales igualmente pueden ser verosímiles pues recordemos que ante la actitud de los familiares de la occisa de negar a toda costa la relación marital entre éstos, la de Johnatan con Clla; guardar silencio sobre su viaje a Cartagena juntos y ubicarse éste último como si ese día fuera a saludarla sólo con ocasión de encontrarse en la vereda recogiendo una ropa que había dejado tiempo atrás en la casa de su tía, madre de su compañero de infantería, dan lugar a desconfiar acerca de si en verdad ella estaba en la sala, o en los brazos de JOHNATAN GOMEZ PEREZ despidiéndose con un beso porque ese día partía para Buenaventura, en la azotea del inmueble lugar donde los vio el acusado desde su casa (visibilidad no desvirtuada por la fiscalía), razón por la cual, los deponentes de cargo finalmente la ubican corriendo, bajando las gradas pero con un antecedente al cual la señora juez le restó poder suasorio desde la regla de experiencia como fuera que ante el peligro advertido de que el acusado la estaba buscando no iba a subir a exponerse ante el ruido escuchado en la azotea.

La Sala, en todo caso quiere significar que desde cualquier punto de vista de los que permite el análisis de la prueba recaudada en el juicio oral, la confesión calificada del señor JESUS DORIAN ARCE MUÑOZ permanece indivisible pues los requisitos del estado de ira e intenso dolor se configuran desde ambas ópticas y por ende se confirmará la sentencia respecto de la diminuyente que fuera el único punto de disenso propuesto por la Censora.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-319-11) del 23 de marzo de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**DOLO EVENTUAL EN EL DELITO DE HOMICIDIO - De quien dispara un arma de fuego en cualquier dirección y deja el resultado de su acción librado al azar.**

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

Código Penal, artículos 22 y 23; Ley 906 de 2004, artículo 351.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 39264 del 25 de agosto de 2010, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El artículo 22 del Código Penal establece que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

Asimismo, el artículo 23 del mismo estatuto señala que: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”

Frente a las referidas modalidades, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.

Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación,

que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.

(...)

Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal.

(...)

La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.

(...)

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

(...)

Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido...”

De acuerdo con los elementos materiales probatorios allegados a la actuación, se tiene que al medio día del 21 de marzo de 2010, mientras el señor Cesar Augusto Cardona se encontraba departiendo en la parque del Barrio Alto Bonito de Buga en compañía de unos amigos, un sujeto conocido como *“El Panadero”*, quien portaba un arma de fuego, discutía con el señor Mauricio Barona Munar, al que amenazó con quitarle la vida apuntándole a la cabeza, habiendo realizado un disparo que lesionó al primero de los citados causándole la muerte.

Según lo señalado en el preacuerdo suscrito entre la Fiscal Décima Seccional de Buga y el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez, la conducta desplegada por el precitado fue culposa, pues supuestamente el disparo lo hizo al suelo sin tener la posibilidad de representarse como probable que lesionaría a alguien, aspecto que no fue aprobado por la juez de primera instancia, al considerar que el imputado siempre mostró su intención de lesionar al señor Mauricio Barona Munar y que por equivocación le quitó la vida a Cesar Augusto Cardona López, decisión que será confirmada por las siguientes razones:

En la entrevista realizada a la señora María Fanny Rincón López, esposa de la víctima y quien no fue testigo presencial de los hechos señaló que según lo que le han contado algunos habitantes del barrio Alto Bonito, el precitado estaba discutiendo con

Mauricio Barona Munar e hizo un disparo al suelo el cual rebotó lesionando a su cónyuge, sin que especificara quienes le hicieron esa manifestación.

Asimismo, el señor Mauricio Barona Munar señaló que el día de los hechos estaba en la cantina *“Don Pacho”*, ubicada en el parque del barrio Alto Bonito de esta ciudad y que cerca del medio día apareció un sujeto conocido con el alias de *“El Panadero”*, quien empezó a agredirlo físicamente e insistirle que pelearan y salieran de ese establecimiento, a lo cual accedió, advirtiéndole que el agresor sacó un arma de fuego con la que le apuntó a la cabeza a poca distancia, ante lo cual le dijo que *“me lo quemara y el se detuvo y lo quemó contra el piso”*, lo que aprovechó para irse del lugar, sin saber qué sucedió posteriormente, enterándose en el transcurso de la semana que el señor Cesar Augusto Cardona López estaba herido porque el disparo *“como que rebotó en el pavimento y le pegó al viejito”*.

También aparece la entrevista rendida por el señor Yeirson Darío Londoño Moncada, según el cual, el día de los hechos el sujeto conocido como alias *“El Panadero”* estaba discutiendo con otro joven, contra quien esgrimió y accionó un arma de fuego, *“y el le (sic) disparó y se lo pegó fue al viejito que estaba en el parque lo que le ocasionó la muerte”*

Considera la Sala que referidas entrevistas no dan claridad acerca de la ocurrencia de los hechos, pues mientras la señora María Fanny Rincón López señala que lo que escuchó fue que el disparo se hizo al suelo, el señor Yeirson Darío Londoño Moncada afirma que la agresión iba dirigida contra la persona con la que el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez estaba discutiendo y que el tiro finalmente hizo blanco en el cuerpo de Cesar Augusto Cardona López, existiendo duda de la dirección real a la que el imputado accionó el arma de fuego.

Si bien es cierto, el señor Mauricio Barona Munar afirmó que alias *“El Panadero”*, hizo un disparo al suelo, también lo es que, no fue testigo del momento en que Cesar Augusto Cardona López fue herido con el arma de fuego, sino que sólo sabe lo que escuchó posteriormente.

Ahora bien, en el acápite denominado *“DESCRIPCIÓN ESPECIAL DE LESIONES”* del Informe Pericial de Necropsia No. 2010010176111000054 del 24 de marzo de 2010, realizado por el medico forense Juan Manuel Arango Buitrago, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se indicó que la lesión por arma de fuego encontrada en el cuerpo del señor Cesar Augusto Cardona López, tenía una trayectoria de *“Plano horizontal: supero - inferior. Plano coronal Antero – Posterior...”*

Lo anterior le resta credibilidad a la hipótesis de que el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez hubiera realizado un disparo al suelo y que el proyectil rebotara lesionando a Cesar Augusto Cardona López, pues de ser así, la trayectoria no habría sido supero – inferior sino al contrario, teniendo en cuenta que al parecer la víctima se encontraba sentada en una banca ubicada en el parque y no existe ningún elemento que indique que el tiro rebotó más de una vez chocando contra otro objeto.

Además, no se puede dejar de lado que los hechos ocurrieron aproximadamente a la una de la tarde de un domingo, día en que las personas normalmente salen a los parques a departir con familiares y amigos, lo que le permitía al señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez tener la posibilidad de representarse como probable que si

accionaba el arma de fuego en cualquier dirección, podía lesionar o quitarle la vida a alguien, pero a pesar de ello dejó su producción librada al azar.

Para la Sala, en el momento en que el imputado decidió disparar la pistola que llevaba consigo en un lugar donde al parecer había varias personas, sabía de la probabilidad concreta de causar un resultado delictivo distinto a agredir al señor Mauricio Barona Munar y pese a ello no hizo nada para evitarlo, lo que demuestra la aceptación del evento probable, lo que permite considerar que al parecer su actuar fue a título de dolo, tal como lo señaló la juez de primera instancia.

Tampoco se puede desconocer la actitud que al parecer tuvo el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez antes de accionar el arma de fuego, pues supuestamente agredió y amenazó con quitarle la vida a Mauricio Barona Munar apuntándole a la cabeza, lo que demuestra su intención de lesionar o por lo menos intimidar a los demás y si inmediatamente disparó el arma de fuego no es procedente considerar que los resultados lesivos a la vida e integridad de las personas se pudiera considerar como culposas.

De otra parte, el precedente referido en el preacuerdo no es idéntico al aquí analizado, pues en ese evento el disparo que realizó el procesado a pesar de haber causado la muerte de un joven, no tenía la intención de atentar contra ninguno de los presentes o personas que se encontraran a los alrededores, sino tratar de evitar que una multitud de jóvenes agredieran a sus familiares, y por no tener el cuidado que hubiera tenido una persona diligente y prudente encontrándose en la misma situación, fue que cometió el homicidio al hacer un tiro al aire.

Situación diferente se presenta en este caso, en el que el disparo que hizo el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez tenía la intención por lo menos de intimidar a Mauricio Barona Munar, pero por error el proyectil hizo blanco en el cuerpo de Cesar Augusto Cardona López causándole la muerte días después.

Asimismo, en el caso referido por la fiscalía como idéntico al aquí estudiado, se llevó a cabo diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, demostrándose que el proyectil fue disparado al aire con la intención de evitar el ataque de una multitud de personas contra familiares del procesado y chocó contra el muro de una casa, lo que ocasionó que rebotara y bajara con dirección a la víctima ocasionándole la muerte, situación diferente a la aquí analizada, en la que el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez accionó el arma de fuego, se itera, por lo menos con la intención de intimidar a Mauricio Barona Munar, desconociéndose la dirección real en la que aquel disparó.

De otra parte, la variación de la imputación establecida en el preacuerdo constituía un cambio favorable para el señor Fabián Andrés Cadavid Ramírez con relación a la pena por imponer, pues el homicidio culposo está sancionado con una pena mucho menor al doloso, por lo que tampoco era procedente conceder la rebaja del 40% de la pena, de conformidad con lo establecido el inciso segundo del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por lo que se confirmará el auto apelado.

**Auto de 2ª instancia (2010-00548-01) del 29 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma el auto apelado.**

**HOMICIDIO CULPOSO – Infracción al deber objetivo de cuidado en la conducción de vehículos/CONCURRENCIA DE RIESGOS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO – Es menester establecer cuál de ellos produce el resultado jurídicamente relevante/INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – La expedición de la ley 1395 de 2010 no acarrea la nulidad de las actuaciones adelantadas según las normas vigentes al comienzo de su trámite/RESPONSABILIDAD CIVIL – De las empresas transportadoras en los procesos penales/COMPAÑÍAS ASEGURADORAS – No están obligadas a responder pecuniariamente por una póliza de seguros que no fue enunciada ni incorporada como prueba por quien tenía el interés jurídico para ello.**

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

Código Penal, artículos 26 y 109; Código Nacional de Tránsito, artículos 60, 68, 77 y 79; Ley 906 de 2004, artículo 106; Ley 1395 de 2010, artículos 86 a 89.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 22511 del 11 de mayo de 2005, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 28441 del 02 de julio de 2008, con ponencia de María del Rosario González de Lemos y 28124 del 22 de mayo de 2008, con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para la instancia es claro que la judicatura valoró de forma integral y ajustada al principio de la sana crítica el caudal probatorio arrimado a la investigación y debatido dentro del juicio oral, sopesando tanto lo favorable como lo desfavorable, entre ellos los que por su relevancia se mencionan así: El informe de accidente de tránsito y el croquis; el acta de inspección a los cadáveres; los álbumes fotográficos; los protocolos de necropsia; los testimonios recepcionados dentro del juicio, todos los cuales muestran que el resultado de la muerte de cinco personas que viajaban en el automóvil fue causada por el actuar imprudente de JOSE LUIS MARTINEZ CUELLAR el cual transgredió el deber objetivo de cuidado exigible en esa actividad riesgosa de la conducción de vehículos, para el caso de un tracto camión.

Transgredió las normas reglamentarias relativas al tráfico de automotores reglada por el Código Nacional de Tránsito Terrestre, actividad que además se considera esta fincada en los principios básicos: la seguridad, la confianza y la prudencia.

El encartado violó tales principios, porque quienes transitan por las vías del país confían en que sus congéneres lo harán acatando las normas que para tales efectos rigen la movilización de los vehículos y que permiten colegir que un ciudadano con cierta prudencia no habría actuado como lo hizo el procesado.

El Juez acogió la tesis planteada por la Fiscalía sobre el nexo de determinación entre la acción imprudente de José Luis Martínez Cuellar y el resultado típico con el fallecimiento de cinco personas, el acusado por desarrollar el oficio de la conducción desde hacía más de doce años conocía el peligro que generaba con su conducta y aunque pudo prever el resultado de esa acción aun así la ejecutó,

situación que aunado al abandono del lugar de los hechos sin una justa causa, constituye sustento de la culpa exclusiva del procesado.

Esa conducta imprudente como creación del riesgo no permitido o violación del deber objetivo de cuidado se inicia según está demostrado y no es objeto de discusión que el camión conducido por MARTINEZ CUELLAR se encontraba primero indebidamente estacionado pues se hallaba en un lugar no autorizado para su parqueo. Segundo, la decisión imprudente de maniobrar el tracto camión en reversa invadiendo así el carril derecho y parte del izquierdo según el punto de impacto en ese lado de la vía. Tercero, adelantar dicha acción sin la debida precaución de usar las herramientas necesarias para avisar la misma a los demás conductores.

Aunado a ello se estableció el nexo causal entre la actividad riesgosa asumida más allá de lo permitido relacionada como jurídicamente desaprobada y el resultado lesivo.

El quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que concernía al inculpatado se concreta en la irrupción sin el cumplimiento de las normas de tránsito del carril izquierdo que por costumbre se tiene como de alta velocidad por donde transitan los vehículos que desarrollan velocidades superiores a los sesenta kilómetros. Al irrumpir en la vía, era imperativo exigirse mayor deber de cuidado, contrario a la demanda para la conductora del Aveo por cuanto esta marchaba al interior de la vía por el carril correspondiente y con esa actividad no estaba generando un riesgo inminente jurídicamente desaprobado.

Esa violación al deber objetivo de cuidado que comporta la modalidad de la conducta, consistente en la Culpa, se concreta en la violación de los siguientes preceptos que regulan la actividad riesgosa de conducción de vehículos, contemplados en el Código Nacional de Tránsito, Ley 769 de 2002:

***“ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS. Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.***

***PARÁGRAFO 1o. Los conductores no podrán transitar con vehículo automotor o de tracción animal por la zona de seguridad y protección de la vía férrea.***

***PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones.***

***ARTÍCULO 68. UTILIZACIÓN DE LOS CARRILES. Los vehículos transitarán de la siguiente forma:***

***Vía de sentido único de tránsito.***

***En aquellas vías con velocidad reglamentada para sus carriles, los vehículos utilizarán el carril de acuerdo con su velocidad de marcha.***

***En aquellas vías donde los carriles no tengan reglamentada su velocidad, los vehículos transitarán por el carril derecho y los demás carriles se emplearán para maniobras de adelantamiento.***

***Vías de doble sentido de tránsito.***

***De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva.***

***ARTÍCULO 77. NORMAS PARA ESTACIONAR.* En autopistas y zonas rurales, los vehículos podrán estacionarse únicamente por fuera de la vía colocando en el día señales reflectivas de peligro, y en la noche, luces de estacionamiento y señales luminosas de peligro. Quien haga caso omiso a este artículo será sancionado por la autoridad competente con multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales diarios vigentes.**

***ARTÍCULO 79. ESTACIONAMIENTO EN VÍA PÚBLICA.* No se deben reparar vehículos en vías públicas, parques, aceras, sino en caso de reparaciones de emergencia, o bajo absoluta imposibilidad física de mover el vehículo. En caso de reparaciones en vía pública, deberán colocarse señales visibles y el vehículo se estacionará a la derecha de la vía en la siguiente forma:**

***En los perímetros rurales, fuera de la zona transitable de los vehículos, colocando señales de peligro a distancia entre cincuenta (50) y cien (100) metros adelante y atrás del vehículo.”***

José Luis Martínez no verificó antes de salir en reversa la presencia de otros autos que se aproximaran y que por tanto ofrecían un gran riesgo al ingresar a la vía. Dentro de este contexto no se puede dejar pasar por alto que fue el mismo testigo de la defensa FERNANDO CABRERA quien bajo la gravedad del juramento señaló que al lado de la tracto mula de JOSE LUIS se encontraban parqueadas otros dos vehículos de carga pesada que le impedían por completo tener visibilidad de la vía y que por eso le ofreció su ayuda para salir en reversa.

Valorando tal manifestación era evidente aun más el riesgo inminente que se cernía con la salida de ese vehículo de tal volumen porque el procesado solo dependía de la habilidad del vigilante para realizar la maniobra riesgosa por cuanto físicamente le era imposible tener alguna visualización de la vía que imprudentemente decidió invadir, sumado al hecho de que el vehículo de carga que manejaba según fue corroborado en el álbum fotográfico presentado en el juicio por el testigo HUMBERNY LOZANO investigador del C.TI. dentro de las imágenes registradas, se encontraba una que mostraba que este tracto camión adolecía del espejo retrovisor del lado izquierdo elemento básico para la conducción de cualquier

clase de vehículo automotor y con mayor razón para un vehículo de estas características, que por su gran tamaño y peso exige mayores cuidados en sus accesorios- espejos- como en su manejo.

La apelante en su argumentativa maneja la figura de la duda como elemento o figura jurídica sobre la cual debe absolverse al procesado, al señalar de forma especulativa puesto que tal manifestación no fue probada en el juicio, que la acción de conducir de parte de la víctima ALBA PATRICIA fue temeraria, indicando que solo era cuestión de tiempo porque si aquella no hubiera colisionado con el camión de JOSE LUIS muy seguramente lo habría hecho más adelante con otro conductor, planteamiento descontextualizado y no probado por la defensa, pues no fue demostrado dentro del juicio con el testimonio del médico forense la incapacidad sicosomática de la víctima para asumir el riesgo de conducir por el segundo grado de alcoholemia, su falta de concentración y la velocidad a la que conducía. Aun en gracia de discusión esto no esto no descarta la culpa que se le endilga al acusado, y el haber sido realmente la causa eficiente y determinante para la colisión de los vehículos, ya que de no haberse ejecutado la acción intromisoria, o haberlo hecho de manera prudente el resultado no habría sido fatal.

Desde esta óptica cuando concurren infracciones al deber objetivo de cuidado tanto del procesado como de la víctima, es decir ambos elevan el riesgo jurídicamente permitido, se hace necesario sopesar las mismas y establecer cuál de las dos guarda una relación de determinación de causa eficiente con el fatídico resultado.

Para el asunto que nos ocupa, la concurrencia de riesgos jurídicamente desaprobados puestos por el acusado y por la víctima, debe resolverse definitivamente por la decisión de cuál de ellos produjo el resultado jurídicamente relevante. No puede aplicarse la tesis de imputársele a la víctima porque no fue quien desencadenó directamente el resultado, es decir, el mismo no se encuentra conectado inescindiblemente con su actuar. Por el contrario, si nos representamos lo ocurrido, es innegable que los aspectos analizados en relación con la conducta culposa del procesado, nos permite llegar a la conclusión que por haber ingresado a la calzada sin tomar las medidas necesarias para conducir en reversa, conducta que le exigía mayor prudencia y verificación de todas las posibles contingencias para disminuir el peligro de la actividad y no para acrecentarlo.

Al aplicar tales interrogantes en el caso subjúdice, la Sala llega nuevamente a la conclusión que de haber obrado con prudencia el señor JOSE LUIS MARTINEZ CUELLAR y no invadir los carriles como así quedo probado que lo realizó, pese a la conducción en las condiciones en que se desplazaba la víctima ROMERO VASQUEZ , no son de por si circunstancias determinantes en el resultado fatal, porque si bien no se desconoce ese grado de alicoramiento reprochable, era la víctima se reitera quien se movilizaba por una vía permitida cobijada su acción por ese principio de confianza como bien lo valoró la judicatura y que no se adujo un medio probatorio que permitiese establecer que la víctima Alba patricia se encontraba imposibilitada para conducir. Se descarta colegirla del impacto ante las huellas de daño y destrucción de los vehículos así como de los rastros de masa encefálica en los mismos porque tal estadio requeriría el diagnóstico de un experto por lo menos en Física quien no fue traído por la parte a quien le interesaba comprobar esta hipótesis. La entidad del impacto se justifica igualmente por la

diferencia de peso entre los dos rodantes que se confrontan sin previa aplicación del freno de parte del que se estrella contra el tracto camión, condiciones importantes para confluir en el resultado conocido aún yendo a la velocidad máxima permitida.

Por consiguiente, el accidente no era imposible de evitar, el encuentro entre los dos rodantes no tenía que ocurrir fatalmente como un suceso irresistible dada la acción de la víctima. Esta funesta colisión se da primordialmente por el actuar del procesado al desarrollar la conducta que se le enrostra, pues con plena capacidad mental, propia de quien realiza diariamente esta actividad lesionó un bien jurídico protegido, por el cual debe responder penalmente dadas las consecuencias lesivas que con su actuar causó.

Era pues manifiesto el deber de cuidado imponible al procesado en la actividad riesgosa que para ese momento realizó cuando irrumpió lentamente y en reversa en la vía, sin la debida precaución, erigiéndose la relación de causalidad que la apelante niega reconocer, al evidenciarse la generación del riesgo y el daño producido.

De otra parte deprecia la impugnante se revoque o decrete la nulidad del incidente de reparación integral que hizo parte de la sentencia que se impugna, teniendo en cuenta que el fallo fue proferido posterior a la ley 1395 de 2010 que exige se adecue al procedimiento exigido en el art. 106 del C.P.P.

Pues bien sobre este tópico igualmente esta instancia despachará desfavorablemente tal petitum, ello si nos atenemos a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia la cual con fallo de marzo de 2009 decreta la nulidad de lo actuado dentro de la investigación solo a partir del sentido del fallo pero resaltando se conserve la validez de lo actuado al interior del trámite, para que se integre al fallo lo resuelto dentro de dicho incidente.

Orden que fue acatada en debida forma por el aquo quien al terminarse el trámite del incidente de reparación lo integro al fallo de sentencia que fue ciertamente expedido el 5 de abril de 2011.

No es lógica ni debidamente fundamentada la pretensión de la impugnante al manifestar que por haber entrado en vigencia esta nueva ley que modificó en algunos aspectos de forma, el momento en que se debe iniciar dicho trámite de reparación, ello invalide lo jurídicamente actuado conforme a las normas que para el momento de su inicio imperaban.

Pues de concederle la razón en este sentido a la impugnante seria hacer ilusorio el derecho de las victimas sacrificando su derecho a una justa reparación por el daño causado con el tipo penal jurídicamente probado y la responsabilidad enrostrada que generó un daño, victimas que no pueden verse afectadas en sus derechos por los cambios de normas o leyes.

Es más, esta instancia se atreve a señalar que teniendo en cuenta que el trámite de este incidente se inició estando vigente unas determinadas normas y finalizó cuando algunos artículos fueron modificados posteriormente, atemperándonos al principio constitucional que se le debe brindar a todos los

coasociados que acuden ante la administración de justicia se tendrá o aplicará aquella norma o ley que imperaba o regulaba al momento en que se ocasionó el daño.

Como un ejemplo descriptivo de lo antes anotado y de la falta de razón jurídica que le asiste a la impugnante en este topico, nos basamos en el cambio de legislación penal cuando encontrándose en vigencia la ley 600 de 2000, entro a imperar la ley 906 de 2004 que rige nuestro procedimiento penal actual, mas no por ello vario el procedimiento y las decisiones que se adelantaban en las actuaciones bajo la ley 600 de 2000 las cuales debían tramitarse y decidirse bajo el influjo de la antigua ley y no con la nueva, porque si así hubiere ocurrido, habría sucedido una debacle jurídica de consecuencias insospechadas, pero sabiamente el legislador fijó el alcance de estos cambios normativos en el sentido que una vez se fije la fecha de los acontecimientos materia de investigación penal es con la ley que imperaba en ese momento con la cual se debe decidir lo formal y sustancial.

Corresponde decidir la impugnación sustentada por el abogado CARLOS ADOLFO GUTIERREZ PINTO representante legal de la empresa de Transporte San Sebastián en contra de la sentencia 038 proferida por el Juzgado Primero Penal Circuito de Buga, la cual se hará en el siguiente sentido:

Sustenta el impugnante para sustraerse a la obligación civil de responder que de acuerdo al decreto 1842 de 2007, decreto 173 de 2001 en sus artículos 21 y 22, y otras reglamentaciones como circulares, oficios etc. Señala que la afiliación hecha al tracto camión de placa XVK 579 se hizo solo para que figurara en el registro nacional de carga para que pudiese operar en cualquier lugar del territorio nacional. Que el tracto camión prestaba servicio de transporte de carga pero de manera transitoria. Que la empresa solo seria solidariamente responsable si hubiese expedido un manifiesto de carga expedido por la empresa en la fecha de los hechos. Que al no haber sido despachado el vehículo por su representada el día de los hechos, era preciso establecer en qué condiciones estaba operando, qué manifiesto de carga amparó ese despacho, Por consiguiente al no tenerse prueba sumaria de que ese vehículo afiliado a la empresa San Sebastián fue despachado por esta, no se configuraban los elementos indispensables para que exista la responsabilidad 1. El daño, 2. El hecho generador del mismo, 3. No se determinó el nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta del agente generador.

Como consecuencia de la responsabilidad penal se deriva la obligación de la reparación integral no solo del declarado penalmente responsable sino de todas aquellas personas que civilmente estén llamadas a reparar el daño generado por el hecho típico trayendo como consecuencia unos daños morales y materiales, el art. 97 dice que los daños materiales deben probarse lo cual quiere decir que los daños morales no tienen este mismo estándar probatorio.

En este proceso se probó la existencia de dichos daños, se probó el fallecimiento de cinco ciudadanos y probada la existencia del daño causado por estos hechos, dentro del incidente de reparación se demostró el valor de los perjuicios.

Existen argumentos necesarios para señalar que La empresa San Sebastián esta solidariamente obligada a responder con la cual la señora ANGARITA propietaria

del tracto camión, sobre los solidariamente obligados a responder obviamente el declarado penalmente responsable, la señora LETICIA ANGARITA propietaria del tracto camión la cual tiene un contrato de vinculación con la empresa de Transporte San Sebastián respecto del vehículo automotor de placa XVK 579.

Dentro del incidente de reparación integral fue aportado por el representante de ese momento de la empresa de Transporte San Sebastián certificado expedido por Cámara de Comercio sobre la existencia y representación de esa empresa de Transporte ( ver folio 115 cdno. 3), copia del contrato de afiliación del vehículo de placa XVK 579 a la empresa Transporte San Sebastián, documento suscrito por la representante legal de la empresa San Sebastián NOHORA GLADYS GUTIERREZ y LETICIA ANGARITA SANCHEZ propietaria del referido vehículo con fecha de vinculación el 16 de febrero de 2007 (fl. 124 cdno. 3).

Se debe también hacer referencia a las figuras de la culpa in vigilando y la culpa in eligendo cual es el deber de vigilar y de elegir y educar respectivamente, pero efectivamente la prueba que demuestra estas circunstancias se encuentran ratificadas, consignadas en el contenido clausulado de dicho contrato que fue enunciado e incorporado en debida forma por el representante de la empresa San Sebastián .

Valorando el contenido de ese contrato se encuentran variadas situaciones de orden fáctico y legal reseñado así:

Clausula Cuarta: “el Contratista se obliga a pagar mensualmente a la EMPRESA, la suma que el consejo de administración establezca por concepto de administración del vehículo, la cual será pagadera dentro de los cinco días primeros de cada mes. Valor que podrá ser modificado por la misma.”.

Clausula Quinta: “El conductor del vehículo será designado y contratado por la contratista previos requisitos establecidos por la EMPRESA....”

Clausula Sexta: “El Contratista se obliga a abastecer de combustible en las estaciones que posea la EMPRESA en propiedad, arrendamiento o en convenio de igual forma se procederá para mantenimiento preventivo y correctivo del vehículo de acuerdo al programa de revisión y mantenimiento que posee la EMPRESA”.

Clausula Octava: “EL CONTRATISTA del vehículo será solidariamente responsable con la Sociedad frente a terceros en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales originadas por la actividad del transporte...”

Clausula Novena sobre las obligaciones del contratista: “numeral 3. Contratar y mantener vigente durante el tiempo de vinculación las pólizas de seguros...” Numeral 6. “mantener actualizados los seguros ordenados por la Ley .” Numeral 9. “acatar y hacer cumplir las disposiciones emanadas de la asamblea general del Consejo de administración y de la gerencia de la EMPRESA.”

De la lectura y lógica interpretación de lo reseñado se advierte que existía una obligación por vía del contrato por parte de la empresa de realizar una vigilancia de control y seguimiento al tracto camión a través del acuerdo de un programa de revisión y mantenimiento de las obligaciones del contratista de mantener el

vehículo en perfecto estado de mantenimiento, técnico mecánico y aseo etc. Ello de acuerdo al programa de revisión la empresa tenía la obligación de ejercer la vigilancia y control de dicho vehículo y sobre la manera como la propietaria ejercía el manejo y actividad del mismo.

Acatar y hacer cumplir las decisiones emanadas del Consejo de Administración y de la gerencia, quiere ello decir que había un poder de autoridad de vigilancia y control sobre el camión, cumplir con el mantenimiento del vehículo ordenado por la empresa, todas estas obligaciones tienen una implicación de dependencia y subordinación del contratante.

El comité debe velar, vigilar que el contratista se encuentre afiliado al régimen de seguridad social, desarrollar programa de medicina preventiva de capacitación para los conductores afiliados a la empresa, luego si mantenía una relación de autoridad de vigilancia y control sobre el vehículo que había sido vinculado a través del contrato.

Todas esas condiciones lo que evidencian es una relación de dependencia entre la empresa que recibe la vinculación y el tracto camión que se vincula.

Los elementos que constituyen la responsabilidad civil extracontractual como son el hecho culposo, daño padecido las personas fallecidas, fueron debidamente probadas; se probó en el incidente con el proceder negligente e imprudente y el daño ocasionado, probándose además con la relación de dependencia del vehículo involucrado que ocasiono la colisión, a esa empresa de transporte a través del contrato. Relaciones que generan obligaciones de garante de la empresa, obligaciones que no fueron cumplidas por la empresa por la falta de vigilancia y control al permitir que el conductor de ese vehículo fuera una persona con múltiples infracciones de tránsito vigentes por falta de pago todo demostrado en el juicio, igualmente que presentara inconsistencias en su licencia de conducción, y todas las obligaciones no cumplidas que emergen de dicho contrato.

La presunción de culpa admite prueba en contrario, pero en las diferentes audiencias realizadas dentro del trámite del incidente de reparación integral el representante del tercero civilmente responsable, no aportó prueba alguna para desvirtuar esa presunción de culpa de responsabilidad civil que pesa sobre su cliente, no presentó prueba alguna para demostrar que no existían esos elementos de vinculación dependencia vigilancia y control y por tanto esa presunción queda incólume.

En el caso concreto es necesario señalar que revisado con detenimiento los cuatro cuadernos que conforman esta actuación, así como los audios que registraron el trámite incidental aludido dentro de este proceso cierto es que la razón cobija al apelante en su exposición de motivos en lo que tiene que ver con la obligación de responder pecuniariamente por un contrato póliza de seguros no aportado ni probado por quien tenía el interés jurídico para ello.

Es bien sabido que en este régimen probatorio penal estatuido con la ley 906 de 2004 dentro de la cual está inmerso el trámite del incidente de reparación integral, la carga probatoria la tiene quien tiene determinada pretensión ya sea solicitar condena, o el pretender el pago de unos perjuicios indemnizatorios etc. Y esa

carga probatoria debe ser debidamente aducida o incorporada por quien tenga ese interés para ser tenida en cuenta por el dispensador de justicia como debidamente probada o demostrada para lograr su pretensión.

Si bien al inicio de este trámite del incidente de reparación integral los doctores FERNANDO JIMENEZ MONTES y MARTIN ALONSO BEDOYA OSORIO apoderados de las víctimas, expuestas sus pretensiones solicitaron a la judicatura luego de anunciado el sentido del fallo condenatorio la vinculación al incidente entre otros de la empresa de seguros La Previsora S.A., pero dentro de la enunciación de esos medios de prueba entre ellos testimonios, documentos tales como registros civiles de nacimiento, certificaciones laborales etc, no se mencionó el documento alusivo a la copia del contrato póliza de seguros, y ello obedeció a que no lo tenían, eso se prueba en una de las actas de la audiencia que reseñó el trámite cuando se consigna que los apoderados de las víctimas solicitaban al Despacho oficiara a la empresa de seguros La Previsora para que allegara el contrato póliza No. 1007761 toda vez que había sido ofrecido por el representante de esa aseguradora pero no lo había aportado.

Por ende si tal medio de prueba no fue enunciado, ni incorporado por los interesados en este caso representantes de la víctimas, el representante de la compañía aseguradora quien para esa época fungía también como defensor no estaba obligado a allegar ese documento porque no lo cobijaba esa obligación probatoria, ya que la carga de la prueba en ese asunto en particular referente a la demostración de la obligación a través de dicho contrato póliza que tenía la Previsora con la señora LETICIA ANGARITA SANCHEZ dueña de la tractomula, correspondía a los abogados JIMENEZ MONTES y BEDOYA OSORIO.

No se puede dar razón a la primera instancia cuando afirma que por el hecho de mencionarse la existencia de un documento, o hacerse referencia al mismo, o el otorgar poder a alguien para que represente los intereses de la compañía aseguradora ello baste para que se dé por probada tal obligación de responsabilidad, lo que se requería era que ese documento fuere incorporado debidamente como medio de conocimiento, y luego ya como prueba detentarlo físicamente la instancia con el fin de verificar su contenido expreso, los límites de la responsabilidad civil extracontractual, valor de lo asegurado, vigencia del mismo, personas que lo suscribían, etc, que le permitieran con la certeza de su existencia y la legalidad del mismo decidir en tal sentido con la responsabilidad debida.

Ahora bien igualmente en el alegato de conclusión del doctor Fernando Jiménez Montes al término del incidente de reparación integral menciona que él haría la reclamación directamente a la Aseguradora en mención, situación similar da a conocer el doctor Bedoya Osorio quien a través de memorial obrante a folio 34 del cuaderno No. 4 indica que hará la reclamación de forma directa ante la mentada entidad.

En consonancia con lo anterior se desvinculará de las resultas de la sentencia referente al incidente de reparación integral a la compañía de seguros La Previsora SA. Lo que se consignará en su parte pertinente, y con esta decisión releva a esta Magistratura de pronunciarse sobre lo expuesto por el apelante respecto a la concurrencia de culpas debido a la falta de interés jurídico para ello.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-187-11) del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Dra. Martha Liliana Bertín Gallego.** Decisión: modifica el numeral 4º de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

**PERSONAS JURÍDICAS** – Son sus miembros y representantes legales, y no ellas, quienes pueden cometer delitos/**CALUMNIA** – Exige, como conducta penal, la imputación falsa de un delito/**INJURIA** – Imputaciones que menoscaban la honra y el buen nombre de las personas/**CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA** - El juez puede condenar por delito distinto al formulado en la acusación cuando se trate de conductas del mismo género que tengan origen en los mismos hechos y la sanción a imponer sea menor/**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** – En el análisis del factor subjetivo el juez, dentro de su discrecionalidad, debe situarse en el marco de la racionalidad y el buen juicio.

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 21; Código Penal, artículos 63, 220 y 221.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 29 de septiembre de 1983, del 24 de abril de 1992, con ponencia de Gustavo Gómez Velásquez, del 06 de abril de 2005 (radicación 22099), del 08 de octubre de 2008 (radicación 29428), ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca, y del 16 de marzo de 2011 (radicación 32685), ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero; Corte Constitucional, sentencia C-063 de 1994.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Ahora bien, para sustentar la sentencia absolutoria el a quo consideró que las personas jurídicas no son sujetos activos de conductas punibles, aspecto que comparte la Sala, pues tal como lo señala el artículo 633 del Código Civil, se trata de personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones de carácter civil.

No obstante lo anterior, la colegiatura reitera que quien actúa como “miembro u órgano de representación de una persona jurídica, puede ser sujeto activo de una conducta punible, cuando por una acción u omisión amenaza o vulnera determinados bienes jurídicos protegidos por la norma penal, por ejemplo, cuando el representante legal de una fundación o veeduría le endilga a un particular o a un servidor público la comisión de una conducta punible que no ha cometido y de lo cual tiene conocimiento o cuando le hace imputaciones deshonorosas, sean ciertas o no.

Admitir lo contrario, implicaría que el representante legal de una persona jurídica, podría vulnerar los bienes que protege la ley penal, amparado en aquella figura, lo que va en contravía del Estado Social de Derecho, en el que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas que residen en este país, tal como lo establece el artículo 2º de la norma superior”.

Aunque es cierto que las Veedurías Ciudadanas constituyen un mecanismo de representación que le permite a los asociados y a las organizaciones comunitarias ejercer vigilancia sobre la gestión respecto a las autoridades y entidades públicas o privadas encargadas de prestar servicios públicos y que también dentro de sus funciones está la de denunciar ante las autoridades competentes hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos, tal como lo establece la Ley 850 de 2003, ello en manera alguna autoriza a sus representantes para desconocer los derechos que tienen las personas naturales, entre estos, la honra, cuyo reconocimiento es de rango constitucional, tal como se indica en el artículo 21 de esa norma superior, además, constituye uno de los valores más importantes para la persona humana, lo que obliga a todos los asociados a respetarlos, pues de no hacerlo, pueden verse incurso en las sanciones establecidas en la ley.

Tal como se indicó en la providencia del 9 de febrero pasado, en el escrito que los denunciados presentaron ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, al ex fiscal Rodrigo Escobar no se le sindicó de manera clara, concreta y precisa, la comisión de determinada conducta punible, ni tampoco a título de autor, coautor o cómplice, ni se hizo referencia a ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar en que pudo haber consumado o ejecutado alguna acción delictiva.

En el memorial suscrito por los acusados, se indicó que el funcionario judicial ha cometido una serie de irregularidades, coadyuva a fomentar la corrupción existente en Florida, permite desmanes contra ciudadanos de bien, omite cumplir con sus funciones, y que no se sabe si es por cobardía o por beneficiarse del encubrimiento y favorecimiento de los delitos que ha dejado en la impunidad, pero en ellas no se hizo referencia concreta sobre qué conductas punibles había dejado de investigar, a quienes había favorecido, las circunstancias en que pudo haber ocurrido ese favorecimiento, cómo, cuando, quienes eran los denunciados, víctimas y perjudicados, sino que se trató de frases genéricas que si bien es cierto, atenta contra la honra y el buen nombre del denunciante, no se encuadran en el delito de calumnia, el cual exige para su tipificación imputar falsamente la comisión de una conducta típica.

Pero el hecho que la conducta desplegada por los acusados, no encuentre adecuación típica en el delito de calumnia, no implica que sea atípica, pues de la prueba estipulada y practicada en el juicio oral, se extracta claramente que en forma libre y voluntaria hicieron imputaciones que atentan contra la integridad moral y el buen nombre del ex fiscal Rodrigo Escobar y que obliga a la Sala a hacer el estudio y análisis correspondiente.

El artículo 220 del Código Penal, tipifica el delito de injuria en los siguientes términos: *“El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*, penas que fueron aumentadas en un tercera parte del mínimo y la mitad del máximo por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Los señores Ricaurte Ortiz Muñoz y Hugo Grisales Castaño, presentaron denuncia ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Valle, en la que dieron a conocer presuntas irregularidades por parte del doctor Rodrigo Escobar Fiscal Ochenta Local de Florida, al no haberse declarado impedido para adelantar una investigación penal que se seguía en contra de aquellos, la que

tuvo como origen una denuncia presentada por el Personero Municipal de la época, escrito en el que hicieron manifestaciones irreales como una presunta amistad íntima entre el denunciante y el fiscal o que este último tomaba represalias o venganza por una denuncia que se había presentado contra un sobrino suyo, lo que resultó no ser cierto.

En el citada denuncia, también emitieron otra serie de imputaciones en contra del doctor Rodrigo Escobar, quien para la época se desempeña como Fiscal Ochenta Local de Florida, las que atentan contra su honra y buen nombre, ya que se indicó que aquel había cometido una serie de irregularidades, con el fin de ayudar a fomentar la corrupción *“rampante”* que reina en ese municipio, que había permitido desmanes contra ciudadanos dignos y que omitía cumplir sus funciones, no se sabe si por cobardía o *“porque se está beneficiando del encubrimiento y favorecimiento de los delitos que ha dejado en la impunidad y de los que tiene conocimiento”* (subrayado fuera de texto), manifestaciones que nada tenían que ver con lo que pretendían dar a conocer los acusados ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, que era una presunta causal de impedimento en el citado funcionario judicial.

Si lo que pretendían los acusados, con la denuncia presentada ante la citada Corporación, era que se investigara por no haberse declarado impedido a pesar de concurrir una de las causales señaladas en el artículo 56 de la Ley 906 de 2004, lo que debieron haber hecho fue demostrar la presunta íntima amistad con el Personero Municipal y que la veeduría había presentado quejas contra el sobrino del fiscal lo que había generado parcialidad en este, o que no se había pronunciado frente a la solicitud de traslado de la investigación 762756000174200700400, pero contrario a ello, lo que hicieron fue que sin sustento probatorio alguno, lo señalaron de ayudar a fomentar la corrupción existente en ese municipio, de la permisión de desmanes contra ciertos ciudadanos por miedo o por que se estaba beneficiando al encubrir y favorecer la comisión de delitos que había dejado en la impunidad.

Denuncia que no sólo fue conocida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, sino que de acuerdo al testimonio rendido por doctor Rodrigo Escobar en el juicio oral, su contenido también fue dado a conocer a la comunidad del municipio de Florida, (01:37:33 primera sesión del 25 de octubre de 2011) *“con esas afirmaciones de los señores veedores, ya la gente se creían con derecho a venir a enrostrarme cosas que no eran, basados en el escrito de ellos que era divulgado por todo el municipio señalándome como una persona corrupta”*, que era donde el ofendido ejercía sus funciones públicas como fiscal local, aseveraciones que no fue desvirtuada por los acusados o la defensa.

Para la Sala, las manifestaciones exteriorizadas por los acusados, constituye una afrente a la honra y al buen nombre de querellante, quien para la época se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Florida, el cual por disposición constitucional y legal, era el funcionario encargado de investigar y acusar a los presuntos responsables de la comisión de delitos en ese municipio, pues precisamente se le estaba sindicando no sólo de fomentar la corrupción, sino que también se le tildaba como encubridor y favorecedor de conductas delictivas, las que según los acusados dejaba en la impunidad, afirmaciones a las que recurrieron como retaliación contra el funcionario judicial cuando se percataron que no había motivo alguno para que este

se separara del conocimiento de la investigación que se adelantaba en contra de aquellos y que le había dado trámite a la solicitud que en ese sentido habían presentado.

Reitera la Colegiatura que imputaciones como las realizadas por los acusados en contra del ex fiscal Rodrigo Escobar, tenían la potencialidad de afectar su honra, la que está ligada a *“la opinión o estimación que los demás tienen de nosotros, la reputación, el buen nombre o la fama derivados del modo de ser y de actuar de cada cual en sociedad...”* derecho que al igual que el buen nombre se ganan por las acciones que realiza la persona *“sea que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta intachable, o sea que, por el contrario, carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento social.”*

Es evidente que cuando la denuncia que presentaron los procesados, se dio a conocer en el Municipio de Florida, donde el querellante se desempeñaba como delegado del Fiscal General de la Nación, la comunidad tuvo la sensación de que el funcionario judicial era corrupto y que estaba obteniendo beneficios por encubrir y favorecer delitos, generando no solo incredulidad y falta de confianza en el mismo, sino también que su nombre y la gestión que realizaba fuera objeto de descontento, crítica, desprecio y rechazo por parte de la población, la que pretende y busca que todos los servidores públicos sean personas intachables, honestos y que cumplan en debida forma las funciones que les han sido encomendadas.

Toda persona y en especial quienes ostentan un cargo público buscan que su nombre brille por la responsabilidad, transparencia y las buenas acciones que realiza y que la ciudadanía lo tenga en buena estima, confié en él, crea en sus actuaciones, lo respete, lo valore y sienta que está cumpliendo su rol con respeto a las normas y a los derechos de los asociados, pero cuando cualquier individuo manifiesta que aquella es corrupta y que obtiene beneficios de los delitos que encubre y favorece los que ha dejado impunes, en especial, cuando el representante de una asociación pública o privada, es quien hace esas afirmaciones, estas generan mayor impacto en la comunidad, lo que hace que la afectación a la honra y al buen nombre sea más notoria, máxime, cuando se trata de un municipio pequeño en donde gran parte de la población conoce, distingue o ha visto a la persona y servidor contra quien se hacen esas imputaciones, tal como ocurre en el presente caso.

Imputaciones que son constitutivas del delito de injuria, pues atentan contra la honra y el buen nombre del ex fiscal Rodrigo escobar, a quien no solo se trató de corrupto, sino que también se le endilgó estarse beneficiándose del *“encubrimiento y favorecimiento de los delitos que ha dejado en la impunidad y de los que tiene conocimiento”*, manifestaciones que nada tenían que ver con la una posible omisión del fiscal al no haberse declarado impedido en un asunto que estaba conociendo, en razón a la presunta amistad con el querellante y diferencias con los querellados, las que nunca fueron demostradas por estos, aspecto sobre el que el funcionario le había dado el trámite correspondiente, y que demuestra que los acusados sabían que esas sindicaciones afectaban su honra y buen nombre y en forma libre y voluntaria las esgrimieron, esto es, que existió en ellos el *“animus injuriandi”*.

La acción desplegada por los acusados, fue realizada a título de dolo directo, no sólo porque sabían que hacer imputaciones deshonrosas a otra persona, es una conducta que desde antaño prohíbe el legislador y es sancionada penalmente, con mayor razón en un Estado Social de Derecho, en donde uno de los pilares fundamentales es el respeto a la dignidad humana, sino que a pesar de ese conocimiento y estando en posibilidad de actuar de manera diferente, en forma libre y voluntaria, hicieron una serie de manifestaciones de las que tenían pleno conocimiento que atentaban contra la integridad moral y el buen nombre de una persona que se desempeñaba como servidor público y que tenía dentro de sus funciones la investigación y acusación de quienes han cometido conductas punibles en esa jurisdicción territorial, sin que tal acción se hubiera visto precedida de ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad a que se refiere el artículo 32 del Código Penal, ni tampoco se hubiera probado la veracidad de las imputaciones.

De otra parte, insiste la Sala en que a pesar que por el delito de injuria “no se formuló acusación y en desarrollo del juicio oral el fiscal no solicitó el cambio de la adecuación típica, ello no impide que si se trata de un delito del mismo género, que comparte el mismo núcleo fáctico y la sanción es menor, el juez de conocimiento pueda apartarse de la imputación formulada, elementos que concurren en el presente caso, pues el punible en mención al igual que la calumnia pretenden proteger el mismo bien jurídico, esto es, la integridad moral, se mantiene el mismo aspecto fáctico y si bien es cierto el mínimo de las penas para ambos delitos es igual, el quantum máximo para la injuria es mucho menor que para la calumnia, lo que necesariamente influye en el tope máximo de cada uno de los cuartos”; además, se trata de las mismas pruebas que fueron estipuladas, practicadas y debatidas en el juicio oral.

El artículo 63 del Código Penal, establece los requisitos para que el sentenciado tenga derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es decir:

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe la necesidad de la ejecución de la pena.

(...).

Su concesión estará supeditada al pago de la multa...”.

*En cuanto al requisito objetivo, se cumple a cabalidad, pues los señores Ricaurte Ortiz Muñoz y Hugo Grisales Castaño, son condenados a la pena privativa de la libertad de 16 meses, esto es, que no excede de tres años a que se refiere la norma antes trascrita y léída.*

Con relación al aspecto subjetivo, son dos los elementos que deben ser analizados, el primero tiene que ver con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, y el segundo, la modalidad y gravedad de la conducta; al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: ...Los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio,

sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

El estudio de la naturaleza y modalidades del hecho punible busca fundamentalmente establecer su gravedad o trascendencia, y a partir de allí conocer los rasgos de la personalidad del procesado, como manifestación de su forma de ser y de actuar en comunidad, no siendo por consiguiente acertado deslindar, como lo hizo el ad quem, unos aspectos de otros.

En este análisis, no pueden ser solo objeto de estudio los factores relacionados con la caracterización puntual de la conducta típica, como pareciera entenderlo el libelista, sino también los que permiten establecer su dañosidad (entidad del bien jurídico tutelado, intensidad de su afectación y repercusiones en el ámbito social), así como la forma y grado de culpabilidad...”

Sobre los antecedentes personales, familiares y sociales de los sentenciados, la única referencia que se tiene dentro de la actuación, es la información contenida en el arraigo socio económico, donde se estableció que el señor Ricaurte Ortiz Muñoz, reside en la carrera 20 No 8-61 de Florida, nació en el citado municipio, es bachiller, tiene 49 años de edad, convive en unión libre con la señora Ángela Edith Bejarano y labora en un taller ubicado en la misma vivienda.

Sobre el señor Hugo Grisales Castaño, se indicó por parte del fiscal, que nació en 1952, tiene 59 años de edad, estudió hasta segundo grado, trabaja en un montallantas, es casado con la señora María Clemencia Ospina y reside en la carrera 17 No 6-22 barrio el paraíso de Florida Valle, habiéndose determinado igualmente que ninguno de los enjuiciados tiene antecedentes penales, por lo que no se puede considerar que sean personas proclives al delito, ni existe evidencia alguna que haga pensar que sus antecedentes personales, familiares o sociales son reprochables.

De otro lado, aunque la modalidad de la conducta es grave, ya que se ha atentado contra uno de los bienes jurídicos de gran significado para la persona humana, cual es el la honra, considera la Sala que por las circunstancias en que se ejecutó la acción, debe concedérseles la suspensión condicional de la ejecución de la pena, máxime, que la libertad física también es un derecho fundamental que tan solo debe ser limitado en casos muy especiales, subrogado que será garantizado mediante caución prendaria que se fija en un cuarto de salario mínimo mensual legal vigente para cada uno de los sentenciados, dinero será consignado en la cuenta de depósitos judiciales que tiene el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida, dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia, debiendo igualmente suscribir diligencia de compromiso bajo los parámetros del artículo 65 del estatuto punitivo, para lo cual se comisiona al citado despacho.

En firme esta providencia, se regresará la actuación al Juzgado de origen para que se surta el incidente de reparación integral solicitado por la víctima.

De otro lado, como quiera que a través de memorial adiado el 22 de febrero de 2012 los señores Ricaurte Ortiz Muñoz y Hugo Grisales Castaño manifestaron que en su criterio los servidores judiciales que han intervenido en este asunto han incurrido en actuaciones irregulares, si consideran que hay lugar a iniciar algún tipo de

investigación, deberán acudir ante las autoridades competentes a efectos de interponer la queja o denuncia respectiva.

**Sentencia de 2ª instancia (2007-00681-02) del 30 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: impone sentencia condenatoria.**

**NULIDAD – La demora en la asignación del turno para el uso de la palabra no implica violación de garantías o de la estructura del proceso/NULIDAD – La formulación de la imputación es un acto de comunicación donde no existe descubrimiento probatorio/NULIDAD Los defectos formales de la cadena de custodia conducen, a lo sumo, a la exclusión del elemento material probatorio, pero en manera alguna a la nulidad del proceso.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 10, 273, 288, 293 y 447.

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

Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, auto del 30 de septiembre de 2011, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) Cuando se formula una causal de nulidad debe citarse exactamente cuál es la causal taxativamente dispuesta por el legislador, presupuesto ausente en las consideraciones del recurso. Súmese a ello que atacar un acto procesal o la materialización del mismo, exige encaminar el discurso de forma adecuada y precisa a dónde considera que se originó el vicio de garantía o de estructura y no, lanzar reproches desarticuladamente contra tópicos excluyentes y diferenciables como el trato dado en la audiencia en su turno para intervenciones; la estructura formal del fallo condenatorio; las garantías defensivas del procesado; el acto de allanamiento a cargos ocurrido en las audiencias preliminares y; legalidad de las pruebas que lo sustentan, el contenido, acierto, desacierto de las mismas, así como su valoración probatoria frente al delito y la responsabilidad penal. Olvidó la apelante que se trata del rito abreviado para el fallo de allanamiento a cargos, en donde existen limitaciones temáticas en materia de recurso vertical.

Entonces, se tiene que la demora en la asignación del turno para el uso de la palabra sobre el cual edifica una presunta violación a su derechos a la defensa, no comporta un vicio de garantía o estructura del proceso, pues el funcionamiento ordenado, ponderado y secuencial para que las partes en conflicto expongan las razones de hecho y derecho acorde con sus pretensión, el estadio del proceso, el momento de la audiencia y especialmente el tema que convoca a las partes, no puede suponer la nulidad del trámite atendiendo meros caprichos de los interlocutores para intervenir a su antojo.

Debe recordarse que en esta materia la labor imparcial del juez en este y cualquier otro procedimiento de distinta naturaleza, no es sinónimo de permisibilidad a los desafueros de intervinientes o del irrespeto prodigado entre los extremos en

conflicto y al rito establecido por la ley. Es su tarea dar curso al uso de la palabra, a las objeciones, peticiones, etc, de forma ordenada y razonada, al punto que no desnaturalicen lo concerniente al acto procesal para el cual fueron citados. De ahí que el juez pueda y deba impartir las órdenes necesarias para avanzar en el proceso y evitar dilaciones innecesarias o peticiones extemporáneas.

Que el sistema sea de partes —adversarial—, no significa que el juez sea un simple observador o convidado de piedra en el debate, menos en una audiencia de individualización de pena y sentencia que a voces del art. 447 del CPP remite a aspectos específicos, tales como las pretensiones de sanción penal y la procedencia de beneficios, subrogados y mecanismos sustitutivos.

La intervención del Juez en pro del orden y respeto al procedimiento, no implica violar dichos preceptos medulares al sistema, pues no en vano el C.P.P señala que *“El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este Código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos”*.

En el *sub examine* verifica la Sala a través del registro que una vez finalizada la presentación de las partes, al inicio de la audiencia, la defensora suplente del procesado, quien pasó a ser su principal para ese acto, inoportunamente interrumpió el curso normal del trámite para que inopinadamente le fuera otorgado el uso de la palabra preferencialmente a despecho del trámite legal correspondiente y con el fin de solicitar una “nueva” e inusual petición de nulidad.

Cuando el juez de primera instancia, esta vez con acierto, controló la interrupción de la defensa y le manifestó que en su turno correspondiente le daría espacio para hablar, no alteró el debido proceso ni conculcó el derecho a la defensa, pues debía garantizar el objeto del acto, como también el orden adjetivo penal con la intervención de Fiscalía, Ministerio Público y Defensa, respectivamente. *Contrario sensu*, protegió ambas garantías y evitó crear nuevamente un espacio procesal inexistente, improcedente e impertinente, como sucediera en la audiencia del 31 de agosto de 2011.

De otra parte, encuentra la Sala que repetir ante el *ad quem* los argumentos ya resueltos por la primera instancia, sin atacar frontalmente los elaborados por éste para despacharlos negativamente, supone ni más ni menos que falta al ejercicio dialectico de sustentar en debida forma el recurso, por el incumplimiento del presupuesto de la controversia al no plasmarse contradicción alguna entre las disertaciones y juicios de valor cernidos por el juez de primera instancia como fundamento de su decisión, y los argumentos consignados en el recurso de alzada.

Ello es así porque tal como la ha determinado esta misma Sala en plúrimas decisiones antecedentes, cuando el recurrente pretende repetir ante el *ad quem* sin más ni más, los asertos usados en su petición inicial como sustentación del recurso, y los mismos fueron resueltos expresa o tácitamente por las consideraciones de la primera instancia, diáfana resulta la imposibilidad de desatarse la segunda instancia

Con todo, debe aclararle la Sala a la libelista que el tema de la nulidad presuntamente generada en la formulación de imputación con ocasión del supuesto

yerro en la imputación jurídica por aplicación del inciso primero del Art. 376 del CPP, cuando la Fiscalía no contaba, a juicio de la defensa, con elementos materiales probatorios para ello, resulta absurdo alegarlo por razón que la formulación de imputación es un acto de comunicación en donde no existe descubrimiento probatorio, quedando como presupuesto procesal para desarrollar la investigación y luego hallar mejores elementos materiales de prueba y evidencias físicas con el fin de adelantar la acción penal, tema por demás anunciado por el fiscal cuando advirtió la pertinencia de determinar *a posteriori* con la llamada “prueba de certeza” la cantidad y tipo exacto del alcaloide incautado al señor MEJÍA OSORIO.

Cumplió el ente acusador con acreditar el supuesto fáctico, tarea exigida para ese momento procesal, que como en el presente caso, fue suficientemente clarificado con la captura en flagrancia del señor VICTOR HUGO MEJIA OSORIO VICTOR y el hallazgo de sustancia estupefaciente en su maleta, acreditada con la prueba preliminar de campo PIPH. Para colmo, ese tema ya había sido resuelto con en Auto del 30 de septiembre de 2011, aprobado en Acta No. 240., con igual ponente, en donde se consideró que:

*“Dada la situación de Flagrancia en la que fuera capturado el procesado, y lo apremiante del término de 36 horas para legalizar su aprehensión, formular imputación y definir su situación jurídica, es lógico y razonable que la adecuación típica se realice con fundamento en un primer resultado que arroja la prueba de PIPH para el caso en concreto sólo del peso bruto de la sustancia, debido a la complejidad del empaquetamiento de la droga estupefaciente.*

*Importa es que el imputado reciba una comunicación clara sobre la acción y omisión que se le atribuye con su respectiva denominación jurídica. La misma, para esta fecha no ha cambiado: Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes definida en el artículo 376 del Código Penal. Ese acto con sus respectivas circunstancias relatadas por la señora Fiscal con la calificación jurídica –correspondiente- fue a la cual se allanó el señor VICTOR HUGO MEJIA OSORIO con el fin de obtener la rebaja legal del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, el principio de tipicidad estricta se encuentra a salvo.”*

Que el imputado conforme a esa incipiente situación fáctica y probatoria decide allanarse a los cargos, ello no obstaba para que la Fiscalía, obligada a aportar elementos materiales probatorios para soportar su pretensión de condena anticipada, perfeccione aquellos originados en los actos urgentes. Desconocer tal atribución del Estado a través del órgano de persecución penal es negar las garantías del sujeto mismo de la acción penal, quien a la espera de una pronta resolución de su responsabilidad penal la acepta, y como es lógico, merece que en su caso se acredite la conducta delictiva como presupuesto de una condena.

En cuanto al supuesto vicio de garantía una vez más enarbolado por la defensa, sobre la base de un consentimiento viciado del procesado para aceptar los cargos, con base en la situación precedente de la imputación jurídica, tampoco tiene asidero en el trámite.

A menos que se constate la existencia de un vicio en el consentimiento, la falta grosera, patente y manifiesta de defensa técnica, o la ausencia de elementos materiales probatorios que sustenten la tipicidad imputada, el allanamiento no es retractable ni anulable. Ninguno de esos eventos se ha presentado dentro de este proceso y al igual que sucede con el tópico del literal anterior, el tema ya fue objeto de análisis por la judicatura.

En esta exégesis, en procura de los principios de progresividad y preclusión de oportunidades en el rito penal, resulta desacertado traer a colación temas ya decididos dentro del trámite. Ello es así porque el *a quo* resolvió en dos oportunidades sobre el tema propuesto por la defensa, así como lo hiciera esta misma sección de Sala dando trámite a la inusual posición del libelista, fundamento suficiente para haber despachado *in limine* la “nueva” pretensión defensiva sobre nulidad por vicios de garantía en el consentimiento del procesado, que es lo aludido por la profesional del Derecho.

Recuerda la Sala que en la primera audiencia de individualización de pena y sentencia del 31 de agosto de 2011, como la del 29 de noviembre del mismo año, el juez de instancia negó la nulidad del allanamiento planteado con base en los mismos asertos de vicios en el consentimiento del procesado, de falta de elementos materiales probatorios, de nulidad de los mismos y de errores en la imputación jurídica. Por ello, esta Sala en la misma decisión ya citada en precedencia, al resolver la alzada sobre el auto dictado en aquella primera oportunidad, zanjó que:

*“La comunicación provisional de los límites de la pena –sujetos a modificación- de acuerdo al informe pericial pendiente, no condujo a un error al procesado, determinante de su decisión de aceptar el cargo. Lo hizo, rodeado de todas las garantías, asesorado por un defensor público e informado además de éste por la propia Fiscalía y por el juez de control de garantías, con la debida comprensión de la conducta endilgada, de sus circunstancias y del tipo penal en el que se adecuaba.”* (Negrillas fuera del texto original)

De suerte que por estas mismas razones resulta peregrina la pretensión de la apelante. Más aún, no puede alegarse una nulidad del fallo y del trámite porque se aluda a un vicio inexistente en el consentimiento del procesado, que ni siquiera tuvo a bien demostrarse.

En cuanto al tema de los defectos en la cadena de custodia, piedra angular de la “nueva” nulidad planteada por la profesional del Derecho, encuentra la Sala que confunde abiertamente el instituto de la nulidad con el tema de la legalidad de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o pruebas propiamente dichas.

Al respecto, encuentra la Sala que la premisa de la censora parte de un supuesto errado, como es que los defectos en la cadena de custodia en detrimento del principio de mismidad, conducen a la nulidad del elemento incautado, recolectado y embalado o, por esa vía, a la nulidad del proceso o de un acto procesal complejo como la sentencia. Debe precisarse que las exclusiones probatorias por ilegalidad de los medios de prueba o ilicitud de los mismos no generan la anulación de proceso *per se*.

En verdad, los defectos formales de la cadena de custodia conducen, a lo sumo, a la exclusión del elemento material probatorio, pero en manera alguna a la nulidad del proceso pues no es un problema de garantía o estructura del mismo, ni con ello se omite agotar alguna etapa inexcusable del rito, menos se violenta el derecho a la defensa del procesado. Tampoco daba lugar a la desaparición del acto de comunicación de los cargos, de la formulación de la imputación, del delito y del allanamiento, como paladinamente lo pretende la apelante.

A *contrario sensu*, la prueba que es nula de pleno derecho es aquella que proviene de una ilicitud y por ende resulta inexistente; distinto es el tratamiento para las pruebas ilegales cuyas formalidades se pretermitieron pero en suma no vulneran derechos fundamentales o el ordenamiento jurídico *per se*.

Se trata de un problema de legalidad de la prueba que conduce a dos soluciones diversas a las formuladas por la recurrente: la primera, excluir el elemento material probatorio; la segunda, valorar si su poder suasorio resultó menguado por cuenta de la afectación al principio de mismidad.

La Sala considera pertinente la segunda solución acotada, atendiendo el precedente judicial más o menos pacífico de la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación, esto es, cuando se ha pronunciado en sentencias, según el cual, los errores en la cadena de custodia traducen problemas de valoración probatoria e ineficacia del elemento en atención al contenido del Art. 273 del C.P.P., como también serían fundantes para una oposición por la parte contra quien se pretende usar el elemento material probatorio dentro del curso ordinario del proceso.

En el *sub judice* olvidó la defensa que tratándose de trámite abreviado con ocasión de la aceptación de cargos “*lo actuado es suficiente como acusación*”. Como el procesado fue capturado en flagrancia y además se allanó con base en esa situación y la prueba preliminar de PIPH, aún cuando se aceptara los defectos en la cadena de custodia del informe de laboratorio traído para la audiencia de individualización de pena y sentencia, no habría lugar a la anulación del fallo ni mucho menos del allanamiento, pues sumados ambos medios de conocimiento y la confesión del imputado, se tiene suficientes acervo probatorio para soportar la sentencia de condena. Además, porque la discusión planteada resulta vedada en este estadio en donde, se repite, el procesado renunció al derecho a controvertir las pruebas.

Para colmo, ya dentro de este proceso se había avalado por esta Corporación como elemento material de prueba el informe pericial de certeza contra el cual se había opuesto el defensor principal bajo premisas similares relativas a la falsedad de su contenido, que ahora pretenden hacerse bajo el sofisma de los defectos en cadena de custodia.

En conclusión, nada impedía la emisión del fallo de primera instancia. Se confirmará la decisión.

**Sentencia de 2ª instancia (AC-016-12) del 13 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz**  
Presidenta Tribunal

**Dr. Luis Alberto Peralta Rojas**  
Vicepresidente Tribunal

**Edwin Fabián García Murillo**  
Relator Tribunal

**NOTA DE RELATORÍA:**

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

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