

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 004 – JUNIO DE 2013**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA

ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD – Abogado que recibe poder de quien no está en condiciones mentales sanas para otorgarlo.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL DESACATO – Exigencias jurisprudenciales.

ARTÍCULO 309 DE LA LEY 1437 DE 2011 – La derogación que efectuó sobre el inciso quinto del artículo 35 de la ley 640 de 2001 solo tiene repercusión en el procedimiento contencioso administrativo y no en el procedimiento civil.

DEBIDO PROCESO EN AUDIENCIA PREPARATORIA – El juez no puede, a su arbitrio, alterar o trastocar el trámite para ella previsto, no garantizar el derecho de contradicción en materia probatoria e intervenir en las solicitudes que corresponden a las partes,

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – La relación con sus asociados, en circunstancias excepcionales, puede estar regida por un contrato de trabajo.

DESACATO – El cumplimiento de la orden, después de la culminación de su trámite, exime de la sanción.

ENTREVISTAS COMO EXPOSICIONES PREVIAS AL JUICIO – Son simples actos de investigación y no tienen el carácter de prueba.

ESCRITO DE ACUSACIÓN – No es posible solicitar la exclusión de los elementos de prueba en él relacionados

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO – En dicha conducta, y no en uso de documento falso, incurre quien falsifica la firma del otorgante de un poder.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO – No puede suscribir un poder, sin dejar la huella de la dificultad en el arranque de su firma, quien padece del mal de Alzheimer.

FORMATO ÚNICO DE NOTICIA CRIMINAL – Es documento público y como tal debe someterse a las reglas del descubrimiento probatorio.

FRAUDE PROCESAL – Por dicho delito debe responder el apoderado judicial que obtiene su reconocimiento valiéndose de un poder falsificado.

HACINAMIENTO CARCELARIO – Vulnera, de manera constante e injustificada, los derechos fundamentales de los reclusos del país.

HOMICIDIO CULPOSO – Exceso de velocidad.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL – Al asestar, durante una riña, una patada en la cabeza de la víctima y desbordar la intención de infligir lesiones personales.

IMPEDIMENTO – La partidora en un proceso de sucesión, -y esposa del juez-, no tiene interés directo o indirecto en el desenlace del proceso, y menos cuando su nombramiento lo efectuó un funcionario judicial diferente.

IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA – El juez no puede inmiscuirse en la potestad que tiene la Fiscalía para determinar los delitos que incluye en la imputación o en la acusación.

IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA – Los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen de la conexidad entre los delitos que son de su competencia y los de cualquier otro funcionario judicial.

INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA – No procede cuando se persigue la indemnización de los perjuicios causados por accidentes de tránsito.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN ACCIDENTE DE TRANSITO – Responsabilidad al no conservar la distancia legal de separación entre los vehículos.

NULIDAD – El compulsar copias para investigar, de manera independiente, la presunta comisión de una conducta punible conexas no es irregularidad grave que afecte al debido proceso ni constituye violación al principio de la doble incriminación.

ORDEN DE CAPTURA – No es condición indispensable que la Fiscalía informe al indiciado sobre la existencia de la investigación.

PENSIÓN DE INVALIDEZ – Es necesario cotizar un mínimo de cincuenta semanas durante los tres años anteriores al hecho causante de la misma.

PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA LOS MENORES DE VEINTE AÑOS - Debe comprobarse la cotización de veintiséis semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de la misma o de su declaración.

PROCESO ABREVIADO DE RESTITUCIÓN DE BIEN MUEBLE – Si se ha solicitado medida cautelar, no es acertado rechazar la demanda por no cumplir con el requisito de procedencia de la conciliación extrajudicial.

PRUEBA DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO – Debe ser concluyente.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES – Es proceso de única instancia y no admite el recurso de apelación.

SECUESTRO SIMPLE – No comete dicha conducta quien retiene justificadamente, por corto tiempo y para dejarla a disposición de la Policía, a la persona sorprendida en flagrante delito de hurto.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA – La carta que origina el despido debe expresar, de manera clara e inequívoca, los motivos que llevan a concluir la relación laboral.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DEL TRABAJO – Infringe también la prohibición de faltar al trabajo quien concurre al mismo y luego, de manera injustificada, decide retirarse antes de concluir su jornada.

TRABAJADORES OFICIALES – Quienes no están en el régimen de transición no pueden ser beneficiados, en la liquidación de sus mesadas pensionales, con normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo 01 de 2005.

SALA CIVIL-FAMILIA:

INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA – No procede cuando se persigue la indemnización de los perjuicios causados por accidentes de tránsito.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 57 de 1887, artículos 5 y 45; Código de Procedimiento Civil, numerales sexto y octavo; Código Nacional de Tránsito, artículo 146.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Los señores BERTHA LILIA GARCIA DE BUENDIA y MILLER MARTINEZ HERNANDEZ, instauran proceso Ordinario de Responsabilidad Civil Extracontractual generada en un accidente de tránsito contra CARLOS EDISON CAICEDO TORRES, LINEAS DEL VALLE S.A., Q. B. E. SEGUROS S.A., LEASING

BOLIVAR S. A., el día 8 de junio de 2012, solicitando como medida cautelar la inscripción sobre el registro del vehículo automotor de placas KUL-407 de propiedad del demandado LEASING BOLIVAR S. A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO, la cual le correspondió conocer al Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V)

Mediante auto interlocutorio No. 472 de agosto 13 de 2012, el juez de conocimiento, dispuso negar por improcedente la medida cautelar solicitada, para tal efecto señala que tratándose de un proceso de responsabilidad civil extracontractual con ocasión de un accidente de tránsito la medida apropiada es el embargo y posterior secuestro del automotor que se encontró involucrado en el accidente, de conformidad con el numeral 6º del art. 690 del C. P. C.

La apoderada judicial de la parte demandante señora JACQUELINE ROMERO ESTRADA, interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación, contra el auto No. 472 del 13 de agosto de 2012, aduciendo que no se dio cumplimiento al numeral 8º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 39 de la ley 1395 de 2010, el cual señala, que en los procesos en que se persiga el pago de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, desde la presentación de la demanda el demandante podrá pedir la inscripción de esta sobre bienes sujetos a registro, de propiedad del demandado. La medida será decretada una vez prestada la caución que garantice el pago de los perjuicios que con ella se causen.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira (V), resolvió el recurso de Reposición, presentado por la apoderada judicial de la parte demandante, disponiendo no reponer para revocar el Auto del 13 de agosto de 2012, por medio del cual se negó por improcedente la medida cautelar solicitada.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

La responsabilidad que se genera en un accidente de tránsito, que no es otra que la de resarcir los perjuicios causados, es de aquellas que se puede clasificar bien como A) civil extracontractual, o B) Civil Contractual.

La primera es aquella que se genera cuando no existe de por medio un contrato, por ejemplo de transporte de pasajeros, y se ocasiona daños a personas o cosas.

La segunda se presenta cuando se efectúa un contrato, por ejemplo de transporte de cosas o personas, y se le incumple al contratante con las cláusulas del contrato como sería el no cumplir con la obligación de llevar a la persona o a la cosas en perfecto estado al lugar de destino, por ejemplo cuando por culpa exclusiva del contratista se genera daño a la persona o a la cosa.

De acuerdo con esto no quiere decir que toda responsabilidad civil extracontractual sea generada por un accidente de tránsito, ya que puede haber responsabilidad civil extracontractual generada en hechos diferentes a un accidente de tránsito como los ocasionados, por ejemplo, que la caída de una pared, un techo, con una agresión de un animal, etc.

Se observa que el legislador, en el numeral 6º del artículo 690 de la norma procesal

civil, modificado por el artículo 146 de la Ley 769 de 2002, reglamentó de manera especial y específica las medidas cautelares en los casos en que la demanda verse sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito, o sea responsabilidad civil.

Es necesario señalar que la Ley 1395 de 2010, en su artículo 39, modificó el numeral 8º del art. 690 del C. P. C., en el sentido de indicar que *“en los procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, desde la presentación de la demanda el demandante podrá pedir la inscripción de esta sobre los bienes sujetos a registro, de propiedad del demandado.”*

Así las cosas tenemos dos (2) normas aparentemente referidas al mismo tema, o sea a la responsabilidad civil extracontractual, pero una de ellas (la indicada en el numeral 6 del artículo 690 del C. P. C.) es más concreta ya que indica que es aplicable al caso de la responsabilidad civil generada en un accidente de tránsito dejando la restante (o sea la prevista en el numeral 8 del artículo 690 del C. P. C.) para los otros eventos de responsabilidad civil.

La norma plasmada en el artículo 690 del Código de los ritos Civil es muy clara al indicar, y tiene una visión más amplia, y se circunscribe a *“la oportunidad de practicar medidas cautelares en los procesos en los que se persiga indemnización perjuicios derivados de responsabilidad contractual o extracontractual”*.

De tal manera, se podría afirmar que los perjuicios ocasionados por accidentes de tránsito, derivan de una responsabilidad contractual o extracontractual, según el caso, lo que en principio, respecto al decreto de medidas cautelares, conllevaría a la aplicación del numeral 8 del artículo 690 del CPC.

No obstante, esta normativa, ostenta una regulación de carácter general, como quiera que son múltiples los hechos jurídicos que dan lugar a la indemnización por perjuicios derivados de una responsabilidad contractual o extracontractual, no siendo únicamente la proveniente de un accidente de tránsito.

Siendo fiel a la normatividad anteriormente planteada, particularmente el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 en el que se determina que *“la disposición relativa a un asunto especial, prefiere a la que tenga carácter general”*, es claro, que el numeral 6º del artículo 690 del C. P. C., modificado por el artículo 146 de la Ley 769 de 2002, reglamenta una situación especial, por lo que debe primar sobre el numeral 8º de la misma norma procesal civil, cuando se esté frente a una pretensión de indemnización de perjuicios con ocasión de un accidente de tránsito.

Así pues, en el presente caso, se trata de una demanda ordinaria de responsabilidad civil extracontractual propuesta por los señores MILLER MARTINEZ HERNANDEZ y otros contra CARLOS EDINSON CAICEDO TORRES y otros, en la que se pretende que se declare que los demandados sean civilmente responsables de los perjuicios causados con ocasión de la muerte acaecida a la señora Gabriela Buendía García en un accidente de tránsito.

Desde esta órbita, reiterando los anteriores planteamientos, la norma aplicable en el presente asunto es el numeral 6º del artículo 690 de la norma procesal civil,

modificado por el artículo 146 de la Ley 769 de 2002, y no otra de similar índole, como quiera que se pretende, como ya se dijo, la indemnización de los perjuicios ocasionados por la muerte en accidente de tránsito de la señora Gabriel Buendía García, por lo que respecto a la solicitud de medidas cautelares en la demanda, se debe aplicar los términos allí establecidos para tal efecto, conclusión a la que acertadamente arribó la juez de primera instancia, por lo que el proveído recurrido deberá ser confirmado íntegramente.

Auto 2012-00109-01 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma el auto apelado.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES – Es proceso de única instancia y no admite el recurso de apelación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

ley 153 de 1887, artículo 3; Código Civil, artículos 71 y 72; Ley 1008 de 2006; Código de Procedimiento Civil, artículo 435; Ley 1098 de 2006, artículos 217 y 119, numeral tercero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar si ¿es procedente admitir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la decisión tomada por el Juzgado Segundo de Familia de Palmira (V), en la sentencia No. 055 de marzo 13 del 2013, por medio de la cual se negó la restitución internacional del preadolescente JOHN BYRON RIVERS VELEZ, al País de Inglaterra según lo solicitado por el señor NICHOLAS MICHEL JOHN RIVERS?

La Sala defenderá la tesis de que en el caso bajo estudio NO se debe admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión tomada por el Juzgado Segundo de Familia de Palmira (V), en la sentencia No. 055 de marzo 13 de 2013, por medio de la cual se negó la restitución internacional del pre-adolescente JOHN BYRON RIVERS VELEZ, al País de Inglaterra según lo solicitado por el señor NICHOLAS MICHEL JOHN RIVERS, ya que dicha providencia NO es susceptible de dicho recurso, de conformidad con lo señalado en el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de noviembre 08 de 2006)

Como soporte fáctico o de hecho de la tesis de la Sala se tiene:

El día 16 de noviembre del 2012, el señor NICHOLAS MICHAEL JHON RIVERS, a través del Defensor de Familia de Palmira (V), solicitó la restitución del menor JOHN BYRON RIVERS VELEZ.

Previo el trámite correspondiente, la Juez Segunda de Familia de Palmira (V) finiquitó la instancia, por medio de sentencia No. 055 de marzo 13 de 2013, negando la restitución internacional del pre-adolescente JOHN BYRON RIVERS VELEZ al país de Inglaterra, como lo ha solicitado el señor NICHOLAS MICHEL JOHN RIVERS.

Contra la decisión tomada por el Juzgado Segundo de Familia de Palmira, plasmada en el la sentencia No. 055 de marzo 13 de 2013, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, en la misma audiencia, por lo que la Juez concedió la alzada bajo el argumento de que no obstante, tratarse de una sentencia de única instancia que en principio no sería susceptible del recurso de apelación, consideró que era viable concederlo teniendo como soporte lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1008 de 2006, donde se garantiza el principio de doble instancia, norma que, según la funcionaria de instancia, no fue derogada y por ende se considera complementaria.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

Se debe tener claro que la derogatoria de una norma puede ser expresa o tácita, siendo la primera aquella forma en la cual una disposición posterior sobre un tema indica en forma expresa, valga la redundancia, que la disposición anterior queda derogada a partir de la entrada en vigencia de la nueva. La derogatoria tácita se da cuando una norma posterior, sin decirlo expresamente, deja sin vigencia al entrar a regular la misma situación que la norma anterior y de una manera que no puede conciliarse con la precedente.

El artículo 1º de la Ley 1008 de 2006, garantiza el derecho a la doble instancia en las controversias judiciales que se resuelven en el marco de los Tratados y Convenios Internacionales.

Dicha norma entró a regir el día 23 de enero de 2006.

En norma posterior, esto es, la Ley 1098 de noviembre 08 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 119, el legislador, reguló, como proceso de única instancia, los asuntos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, siendo esta la norma especial aplicable al caso concreto y, además, es posterior, en cuanto a su aplicabilidad, a la Ley 1008 de 2006.

La Ley 1098 de 2006 deroga, en su parte final, todas las disposiciones que le sean contrarias, por lo que si bien es cierto, ello no implica la derogatoria expresa de la Ley 1008 de 2006, en su integridad, si la inaplica para el caso de la restitución de niños, niñas y adolescentes, como es el presente caso, teniéndose como una derogatoria tacita de la misma, tal y como se dejó clarificado anteriormente.

En este orden de ideas, se concluye que el presente asunto, es de única instancia, por lo que no procede el recurso de alzada.

Auto 2012-00620-01 del 03 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: no admite el recurso de apelación.

PROCESO ABREVIADO DE RESTITUCIÓN DE BIEN MUEBLE – Si se ha solicitado medida cautelar, no es acertado rechazar la demanda por no cumplir con el requisito de procedencia de la conciliación extrajudicial/ARTÍCULO 309 DE LA LEY 1437 DE 2011 – La derogación que efectuó sobre el inciso quinto del artículo 35 de la ley 640 de 2001 solo tiene repercusión en el procedimiento contencioso administrativo y no en el procedimiento civil.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 640 de 2001, artículo 35; Ley 1437 de 2011, artículos 308 y 309; Código General del Proceso, artículos 590, 621 y 627.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar si ¿es procedente el rechazo de la demanda dentro de un proceso abreviado de restitución de bien mueble al no haberse presentado el requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial en derecho, toda vez que se solicitó una medida cautelar?.

La Sala defenderá la tesis de que NO es procedente el rechazo de la demanda por incumplimiento del requisito de procedibilidad plasmado artículo 35 de la Ley 640 de 2001, toda vez que existió por parte del juez de primera instancia una errónea interpretación y aplicación de la norma, como quiera que si bien el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001 fue derogado por el art. 309 de la Ley 1437 de 2011, esta modificación solo opera para el procedimiento contencioso administrativo, lo cual dista del asunto de que aquí se trata, que es meramente civil.

Como soporte fáctico o de hecho de la tesis del Juzgado se tiene:

El Banco Finandina S.A, por intermedio de apoderado judicial, promueve demanda abreviada de restitución de bien mueble, el día 5 de julio de 2012, contra los señores BLANCA DORIS URREGO GARCIA y JHONNY CANO URREGO.

Por auto interlocutorio No. 238 de julio 18 de 2012, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago (V), determinó rechazar de plano la demanda con fundamento en que el inciso 5 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, fue derogado por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011, por lo que el hecho de que en la presente demanda se haya solicitado el secuestro del vehículo objeto de leasing, en mención, no excluye del agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito para acudir ante la justicia civil.

El día 10 de septiembre de 2012 el apoderado judicial del Banco Finandina, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión tomada en el auto interlocutorio No. 238 del 18 de julio de 2012 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago (V), bajo el argumento de que recientemente el Gobierno Nacional había promulgado la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, Código General del Proceso, que modificó el art. 38 de la ley 640 de 2001, que remite al art. 590 del mismo código, en la que se establece que “*En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad*”.

La Juez de conocimiento, resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y concedió el de apelación, por auto No. 0391 de septiembre 27 del 2012, remitiéndose a la sala civil-familia del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

Se aplicó equivocadamente lo dispuesto en el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 (Código Contencioso Administrativo), pues se creyó que había derogado en su totalidad lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, cuando ello es solamente para lo concerniente con las actuaciones o procesos adelantados ante la Justicia Contenciosa Administrativa, situación que dista del presente asunto, ya que se trata de un asunto de conocimiento de la justicia civil y no contencioso administrativa.

Tampoco es de recibo para la Sala, el argumento de la parte recurrente en solicitar la aplicación del Código General del Proceso, como quiera que, si bien es cierto, la modificación que se le introdujo en el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012 al art. 38 de la Ley 640 de 2001, entró a regir a partir del 12 de julio de 2012, pero “*sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1o del artículo 590 del Código General del Proceso*”, norma que entró a regir a partir del día 1 de octubre de 2012, debe tenerse en cuenta que la demanda se presentó el día 05 de julio del mismo año, por lo no es procedente aplicar una norma que por regla general rige hacia el futuro, excepto que expresamente se hubiera dispuesto otro efecto, lo que no sucedió en este caso.

Por lo tanto, la norma aplicable al presente caso, es la contenida en el art. 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el art. 52 de la ley 1395 de 2010, la cual estaba vigente para la época de la presentación de la demanda y la cual indica que “*Cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción*”; sin que sea dable aplicar, para este caso, las modificaciones y derogatorias contenidas en el Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto de diferente naturaleza.

De tal manera, encuentra la Sala que el auto apelado debe ser revocado, pero por las razones expuestas en este proveído, por lo que debe analizar el juez nuevamente si se cumplen con los demás requisitos para proceder a la admisión de la demanda.

Auto 2012-00095-01 de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué.
Decisión: revoca el auto apelado.

IMPEDIMENTO – La partidora en un proceso de sucesión, -y esposa del juez-, no tiene interés directo o indirecto en el desenlace del proceso, y menos cuando su nombramiento lo efectuó un funcionario judicial diferente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 8, 149 y 150, numeral primero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar ¿incurre el Juez Primero de Familia de Tuluá en la causal de impedimento contenida en el numeral 1º del artículo 150 del C. P. C., esto es, “*Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o*

primero civil, interés directo o indirecto en el proceso”, ante la existencia de un vínculo matrimonial vigente con la auxiliar de justicia nombrada como partidora dentro un proceso de sucesión que se encuentra bajo su conocimiento, nombramiento hecho mucho tiempo antes que el actual Juez entrara a ejercer el cargo?

La Sala defenderá la tesis que en este caso NO se encuentra configurada la causal de impedimento contenida en el numeral 1º del artículo 150 del C. P. C., por cuanto la partidora dentro del asunto de la referencia, como auxiliar de la justicia, no tiene ningún interés directo o indirecto de las resultas del proceso, además fue nombrada y posesionada por otro funcionario judicial diferente, al que se declara impedido.

Como sostén normativo de la tesis expuesta por esta Sala, se cuenta con lo siguiente:

El artículo 149 del C. P. C. determina que: *“Los magistrados, jueces y conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.*

El juez impedido pasará el expediente al que deba reemplazarlo, quien si encuentra la causal configurada y procedente asumirá por auto su conocimiento; en caso contrario, remitirá el expediente al superior para que resuelva sobre la legalidad del impedimento.

Si el superior encuentra fundado el impedimento, enviará el expediente al juez que debe reemplazar al impedido; si lo considera infundado, lo devolverá al juez que venía conociendo de él.

El magistrado o conjuez que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento del magistrado que le sigue en turno en la respectiva sala, con expresión de la causal invocada y de los hechos en que se funda, para que ésta resuelva sobre el impedimento y en caso de aceptarlo pase el negocio al magistrado que deba reemplazarlo, o fije fecha y hora para el sorteo de conjuez si hubiere lugar a ello.

El auto en que se manifieste el impedimento, el que lo decida y el que disponga el envío del expediente, no son susceptibles de recurso alguno.

2. El artículo 150 de la norma procesal civil, establece que: *“Son causales de recusación las siguientes:*

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso.

(...)”

Respecto a la causal alegada por el Juez Primero de Familia de Tuluá, la doctrina ha establecido que: *“En efecto, el interés de que habla la ley puede ser directo o indirecto y de cualquier índole, es decir, material, intelectual, o inclusive puramente moral, como bien lo expresa la Corte al comentar similar disposición del anterior código y al afirmar que “La ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta y no haciéndose tan distinción, el interés moral queda comprendido en la causal”.*

El artículo 8º del C. P. C. define el cargo de auxiliar de la justicia de la siguiente manera: *“Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Para cada oficio se exigirán versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, título profesional legalmente expedido. Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio, y no podrán gravar en exceso a quienes solicitan que se les dispense justicia por parte del Poder Público”*.

Como soporte fáctico o de hecho de la tesis de la Sala se tiene:

Cursa en el Juzgado Primero de Familia de Tuluá, proceso de sucesión del causante JULIO ERNESTO GIRALDO GIRALDO iniciado por MARCOLINA GIRALDO DE GIRALDO.

Dentro del trámite procesal se nombró como partidora a la doctora SANDRA PATRICIA OSPINA SUAREZ, profesional de la lista de auxiliares de la justicia, cuando fungía como juez titular del despacho la Dra. ELBA MILENA PADILLA CARDONA.

Dicha auxiliar de la justicia se posesionó el día 05 de junio de 2009.

Ante el cambio del titular del Despacho, el actual Juez Primero de Familia de Tuluá, Dr. DIEGO FERNANDO MONROY SALAMANCA, por auto No 028 de febrero 18 de 2013, se declaró impedido para seguir conociendo del proceso sucesorio, ante la estructuración, según él, de la causal contemplada en el numeral 1º del artículo 150 del C. P. C. Manifestó para tal efecto que existe vínculo matrimonial vigente con la partidora designada dentro del asunto, por lo que ordenó la remisión del expediente a la Juez Segunda de Familia de Tuluá.

La JUEZ SEGUNDA DE FAMILIA DE TULUÁ, por auto No. 309 del 01 de marzo de 2013, resolvió no aceptar el impedimento manifestado por el Juez Primero de Familia de esta ciudad, teniendo en cuenta, que la esposa del funcionario impedido actúa dentro del asunto como auxiliar de la justicia y no como apoderada de ninguno de los interesados, por lo que no se advierte que ella pueda tener un interés directo o indirecto en las resultas del proceso, pues su labor, conforme a lo previsto en el artículo 8º del C. P. C., debe ser desempeñada con imparcialidad y objetividad.

En cumplimiento con lo ordenado en el inciso segundo del artículo 149 de la norma procesal civil, remite el expediente a esta Corporación, para que se resuelva sobre la legalidad del impedimento.

Descendiendo al caso a estudio, se tiene que la causal de impedimento alegada no tiene vocación de prosperidad, por las razones que pasan a expresarse:

Cabe resaltar que la cónyuge del Juez Primero de Familia de Tuluá funge como partidora dentro del proceso de sucesión del causante JULIO ERNESTO GIRALDO GIRALDO, por pertenecer a la lista de auxiliares de la justicia, y no por expresa disposición de las partes.

Por lo tanto, atendiendo a las normas que rigen, la función de auxiliares de la justicia, dentro del ordenamiento jurídico procesal colombiano, no se puede afirmar que existe algún interés económico, personal o de cualquier otra índole de las resultas del proceso, como quiera que la labor encomendada debe estar regida de total imparcialidad.

Aunado a lo anterior, es importante destacar que la partidora SANDRA PATRICIA OSPINA SUAREZ, fue nombrada y se posesionó, cuando fungía como juez titular del despacho la Dra. ELBA MILENA PADILLA CARDONA y no el funcionario que ahora se declara impedido, por lo que no existe ánimo alguno de favorecimiento.

En este orden de ideas, la labor confiada a la auxiliar de la justicia, bajo ninguna circunstancia puede estar viciada de interés en punto al proceso de partición, dado que su principal característica es la imparcialidad como designada del Estado y no de las partes, por lo que solo le compete el cumplimiento de la partición encomendada, sin que ello se traduzca en la representación judicial de alguna de las partes. En otras palabras, la auxiliar de la justicia fue designada por una funcionaria con la cual no tenía vinculación alguna y se posesionó antes de que su cónyuge, y hoy Juez Primero de Familia de Tuluá, entrará a ejercer ese cargo (el de juez) por lo que la labor de ella no tiene génesis en un nombramiento hecho por su consorte ya que cuando él llega a tomar posesión del cargo de Juez Primero de Familia de Tuluá ya encuentra a la auxiliar de la justicia (su cónyuge) posesionada en el cargo de partidora y cumpliendo con esa labor, por lo que la función de él como juez se circunscribe a revisar si el trabajo para el cual se designó a la auxiliar de la justicia se encuentra ajustado a derecho, situación en la cual no tiene que ver para nada su vinculación afectiva y legal, para lo cual se tiene, adicionalmente, como garantía que de ese trabajo se corre traslado a las personas interesadas en el sucesorio, con el fin de que puedan presentar objeción a él (al trabajo) si consideran que existe una disconformidad entre lo hecho por la partidora con lo indicado en la legislación; de no efectuarse objeción alguna por los interesados, el Juez procederá a llevar a cabo su análisis de la partición, puesto que por el hecho de que los interesados no hayan presentado objeción alguna al trabajo de la auxiliar de la justicia no quiere decir que esté bien hecho y que por ello el Juez se encuentre relevado de su estudio, ya que el juez no es un invitado de piedra al proceso. Si encuentra que efectivamente el trabajo está ajustado a derecho, el Juez procederá a impartirle su aprobación mediante la sentencia pertinente. Por lo cual se nota que tanto la labor del Juez como de la auxiliar de la justicia en este momento, donde la partidora fue designada y posesionada antes de que el actual Juez Primero de Familia de Tuluá entrará a ejercer el cargo, no está afectada de vicio alguno que pueda ser catalogado como causal de impedimento para el A Quo en el desempeño de su trabajo; cosa diferente fuera que el Juez fuese apenas a designar la persona que se encargará, como auxiliar de la justicia, de realizar el trabajo de partición, pues en este evento si sería lo más correcto que el Juez se abstuviera de designar, a pesar de estar en la lista de auxiliares de la justicia, a su cónyuge, ya que no sería bien visto que el Juez que está tramitando el proceso designe a su propia consorte para realizar una labor por la cual se le van a cancelar unos honorarios que él mismo (o sea el Juez) los va a fijar, pero, reitero, en este caso la designación de la partidora, es más su posesión en el cargo, se realizó mucho tiempo antes de que el actual Juez, quien es el cónyuge de la partidora, entrara a fungir como Juez, lo cual configura una situación de suyo totalmente

distinta y que bajo ningún punto de vista es configurativa de una de las causales de impedimento para el fallador de primera instancia.

Sin más consideraciones se procede a declarar infundada la causal de impedimento alegada por el JUEZ PRIMERO DE FAMILIA DE TULUA, por lo que se ordena remitir el proceso de sucesión del causante JULIO ERNESTO GIRALDO GIRALDO, a dicho funcionario para que prosiga su conocimiento.

Auto 2008-00293-01 de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué.
Decisión: declara infundado el impedimento alegado.

DESISTIMIENTO TÁCITO EN PROCESO DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD – Es posible decretarlo cuando el demandante no cumple con la carga procesal de notificar el auto admisorio de la demanda al demandado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 44 y 230; Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 25 y 82; Código de Procedimiento Civil, artículos 2, 6 y 346; Ley 1194 de 2008, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2008-01758-00 del 7 de mayo de 2012, ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El *thema decidendum*, en este evento consiste en determinar si ¿es procedente revocar la decisión tomada en el auto interlocutorio No. 885 del día 24 de septiembre de 2012, emitido por el Juez Primero de Familia de Cartago, en el cual se declaró terminado el proceso por desistimiento tácito dentro de un asunto referente a la investigación de la paternidad promovido por el Defensor de Familia del I. C. B. F. en representación de una menor de edad, debido al incumplimiento de la carga procesal relativa al impulso del mismo por la parte demandante donde se requiere la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado y la parte demandante no lo ha hecho?

Como soporte fáctico o de hecho de la tesis de la Sala se tiene:

EL DEFENSOR DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL DE CARTAGO, promovió demanda de investigación de la paternidad en representación de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS en contra del señor JHON MANUEL BALLADARES UPEGUI.

El Juzgado Primero de Familia de Cartago, a quien le correspondió el conocimiento de la demanda, la admitió el día 23 de febrero de 2012, y ordenó notificar del auto admisorio de la demanda al demandado.

El auto admisorio de la demanda se notificó por estado a la parte demandante el día 01 de marzo de 2012.

El día 01 de agosto de 2012, el Juzgado Primero de Familia de Cartago, en aplicación del artículo 346 del CPC, dispuso requerir a la parte demandante para que en el término de treinta (30) días, impulsara el proceso, en lo concerniente en la realización de las gestiones tendientes a la notificación del auto admisorio de la demanda. Esta providencia fue notificada por estado el día 03 de agosto de 2012.

El día 15 de agosto de 2012, se enviaron las notificaciones del auto antes referido, tanto al Defensor de Familia como a la madre de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS.

El día 24 de septiembre de 2012 y debido al silencio de la parte demandante y del Defensor de Familia al cumplimiento de la carga procesal indicada en el auto del 01 de agosto de 2012, el Juzgado Primero de Familia de Cartago declaró el desistimiento tácito y la terminación del proceso, con apego a lo dispuesto en el artículo 346 del CPC; auto que fue notificado por estado el día 26 de septiembre de 2012.

La anterior decisión fue objeto de ataque horizontal y vertical, para tal efecto señaló el recurrente que cuando se trata de establecer la filiación de un menor de edad, no es viable el desistimiento tácito, ya que el promotor de la investigación de la paternidad, aún no tiene definido su estado civil, además de tratarse de normas de rango constitucional. Agrega que la falta de notificación al demandado, constituye un vicio de procedimiento subsanable, más no una causal para terminar el proceso, cuando está de por medio los derechos de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS. Informa que la Defensoría ha tratado de comunicarse con la madre de la menor, pero posiblemente cambió su dirección y número de teléfono, por lo que no ha sido posible comunicarle su deber de sufragar el envío por correo certificado la respectiva notificación, pero aún no se han agotado los esfuerzos.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

Es derecho de toda persona, sea menor o no, a definir su filiación, para lo cual cuenta con las herramientas jurídicas, tanto sustanciales como procesales. señaladas en la legislación vigente.

Desde el punto del derecho procesal, las normas previstas para hacer efectivos los derechos sustanciales son de orden público y por ello de obligatorio cumplimiento, tal y como lo dispone el artículo 6 del Código Adjetivo Civil; adicionalmente, la acción civil, o sea la relativa a los asuntos tramitables bajo el rito del C. P. C., debe ser impetrada a instancia de parte interesada, salvo norma que indique lo contrario.

La acción relativa a la definición de la filiación paterna (proceso de investigación de paternidad o de filiación natural) son de aquellos asuntos que sólo pueden iniciarse a instancia de parte interesada y por ello el accionante está obligado a asumir unas cargas procesales so pena de asumir las sanciones que por tal omisión prevé las mismas normas procesales.

Una de las cargas procesales que se ordena asumir por la parte demandante en cualquier proceso rituado por el C. P. C. es la de efectuar las diligencias pertinentes para notificar el auto admisorio de la demanda (en los procesos declarativos) a la parte demandada, carga que no puede ser suplida por el Estado o sea por el Juez o

el aparato judicial. El no cumplimiento de tal obligación ocasiona parálisis del proceso y ante ello, el legislador estableció una sanción que no es otra que la prevista como desistimiento tácito, para lo cual le da una oportunidad adicional de cumplir con su carga para lo cual dispone al Juzgador de instancia que requiera a la parte actora para que ejecute el acto que tiene inactivo el proceso y si a pesar de tal requerimiento no lo hace, lleva necesariamente a la terminación del proceso, sin cercenarle definitivamente el derecho sustancial reclamado, pues le permite que, pasados seis (6) meses de la terminación del proceso, a raíz de la aplicación del desistimiento tácito, lo vuelva, por segunda vez, a promover y de incurrir, en el nuevo proceso, en la misma conducta omisiva de sus obligaciones ya allí si le conllevará la pérdida del derecho sustancial pretendido.

De acuerdo con el art. 01 de la Ley 1194 de 2008, el desistimiento tácito instaura un régimen sancionatorio dentro de una actuación promovida a instancia de parte, a quien le corresponde impulsar la actuación procesal, pero que incumple con dicha carga a pesar de que el juez efectúa un requerimiento para ello, denotándose desidia y negligencia en sacar adelante la actuación.

En palabras de la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera: *“La Corte ha señalado que como la figura jurídica que se comenta constituye un efecto que debe soportar la parte que habiendo promovido un trámite, desatiende una carga procesal necesaria para la prosecución del mismo y que a pesar de su requerimiento para que en el lapso allí previsto lo cumpla, no lo hace, esa inactividad, de acuerdo con la norma en comento, conduce a la terminación anormal del proceso o ‘trámite’ iniciado” (auto de 9 de junio de 2011 exp. 2003-00263-01; en similar sentido proveído de 15 de diciembre del mismo año)*”.

En el presente caso, la demanda de investigación de la paternidad fue instaurada por el DEFENSOR DE FAMILIA DE CARTAGO, en nombre de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS, representación ésta que se impone por mandato legal, de acuerdo a las atribuciones conferidas a dicho funcionario por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

La demanda se admitió el día 23 de febrero de 2012, en el que se ordenó correrle traslado de la demanda al demandado, señor JHON MANUEL BALLADARES UPEGUI, por el término de ocho (08) días, entre otros ordenamientos consecuenciales, incluido el reconocimiento de personería para actuar al Dr. MANUEL JOSE ARCILA MARTINEZ, en su condición de DEFENSOR DE FAMILIA, como representante de la parte demandante.

De conformidad con lo antes dicho, le correspondía a la parte demandante, representada en este caso por el Defensor de Familia, la carga de adelantar lo pertinente para enterar (notificar) del auto admisorio de la demanda al demandado como presunto padre de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS, señor JHON MANUEL BALLADARES UPEGUI.

Pasados seis meses de estar el expediente en la secretaría del Juzgado A quo, sin que se impulsara el proceso por la parte demandante, sobre quien, reitero, recaía la carga procesal de adelantar las diligencias pertinentes para lograr la notificación de la providencia que admitió la demanda al demandado, el Juez de conocimiento, en

cumplimiento de lo indicado en el artículo 346 del C. P. C., le concedió el término de treinta días para que procediera de conformidad.

Dentro de dicho término el Defensor de Familia guardó absoluto silencio, o sea continuo con la conducta omisiva del cumplimiento de la carga procesal para la cual se le requirió. Tal conducta no podía conllevar a otra decisión que la señalada en el artículo 346 del Código Adjetivo Civil, o sea la terminación del proceso a raíz del desistimiento tácito.

En este orden de ideas, comparte la Sala la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia, en el sentido de indicar que al notarse negligencia y desidia en procurar el impulso del proceso por la parte demandante, representada por el Defensor de Familia, al cual, por mandato legal, le fue encomendada tal representación judicial, no podría ser otra la consecuencia que, como ya se dijo, la prevista en la norma adjetiva antes citada, ya que incurrió, esa parte, en un incumplimiento de las cargas procesales que dan como resultado la terminación del proceso por desistimiento tácito, pues, como ya se indicó al tratarse de un régimen sancionatorio lo que se debe tener en cuenta es la conducta de la parte frente al trámite procesal, esto es, su inactividad.

Cabe resaltar, que no se están vulnerando los derechos fundamentales de la menor y el interés superior de la misma, como quiera que el funcionario cuenta con la posibilidad de instaurar nuevamente la demanda, una vez tenga noticia del paradero de la señora MARLY JOHANA GRAJALES SOLIS, madre de la menor KAROL DAHIANA GRAJALES SOLIS, o en su defecto, puede ésta constituir apoderado judicial para la defensa de los intereses de la menor, sin que el simple paso del tiempo le extinga a ésta el derecho de conocer su filiación natural.

Así las cosas, el auto recurrido deberá ser confirmado en su integridad.

**Auto 2012-00039-01 de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué.
Decisión: confirma el auto apelado.**

SALA LABORAL:

HACINAMIENTO CARCELARIO – Vulnera, de manera constante e injustificada, los derechos fundamentales de los reclusos del país.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-153 de 1998 y T-690 de 2010; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tutela 58729 del 27 de marzo de 2012, ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente asunto, se observa con suficiente claridad que la DEFENSORÍA DEL PUEBLO –REGIONAL VALLE DEL CAUCA reclama la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad personal y a la dignidad humana de la población carcelaria del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira -Villa de las Palmas de Palmira –Valle; al considerar que la situación de

hacinamiento que se presenta en el penal, conlleva la vulneración de dichas garantías constitucionales.

Si se revisa con detenimiento el expediente, se observa que en efecto, la situación que actualmente se presenta en la Cárcel de Palmira es grave, como se demuestra, no solo con las pruebas adosadas por la parte accionante, sino también con la información suministrada por el propio director general del INPEC y el director del referido centro penitenciario, funcionarios que señalaron que la sobrepoblación del penal supera ampliamente los límites de atención del reclusorio y que no solamente se presenta hacinamiento, sino que el mismo deriva en serios problemas de salubridad que incluso compromete la vida de los internos.

En relación con el tema, se recuerda que la Corte Constitucional en sentencia T-153 de 1998 declaró el “*estado de cosas inconstitucional*” en referencia a la problemática presentada en los centros carcelarios del país, entendida esta figura jurídica como aquella cuyo fin es hallar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general, por afectar a un amplio grupo de personas y que tengan origen en problemas estructurales del Estado, que por regla general no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y requiere, para su solución, de la interacción de distintas entidades y autoridades públicas.

Asimismo, respecto a los derechos de la población carcelaria, en la sentencia aludida, la Máxima Corporación de la Justicia Constitucional señaló puntualmente, que si bien es cierto algunas garantías se ven suspendidas o limitadas ante la reclusión en el establecimiento penitenciario de su titular, otros derechos permanecen intactos y como fundamentales que son, gozan de total protección del Estado.

En el presente caso no se puede desconocer que se encuentra plenamente demostrada la persistencia del estado de cosas inconstitucional, detectado y decretado por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998, en tanto que en la actualidad continúa la vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las personas reclusas en la Cárcel de Palmira -Valle, situación que denota una prolongada omisión de las autoridades públicas correspondientes en el cumplimiento de sus obligaciones, pues no se evidencia la adopción de medidas legislativas, administrativas o presupuestales efectivas para brindar soluciones de fondo que permitan que la reclusión en el penal, cuando menos, se mantenga de manera digna acorde a la condición de seres humanos de quienes son destinatarios de esa medida.

Es que si se revisa el contenido de la sentencia tantas veces citada, se observa que para el año 1998 se consideró, en los cuadros estadísticos utilizados como fundamento para las apreciaciones allí contenidas, la situación particular de la Cárcel de Palmira, de modo que queda claro que la situación de sobrepoblación se hallaba presente desde el momento en que la Corte declaró el *estado de cosas inconstitucional*, respecto a la situación carcelaria del país.

Actualmente, alrededor de 15 años después de proferido el fallo multicitado, la situación no ha presentado mejoría, pues por el contrario empeora al quedar evidenciada una transgresión constante y sistemática a los derechos

fundamentales de la población carcelaria, atribuible únicamente a las mismas autoridades que desde otrora se erigen como encargadas de garantizar tales derechos; obligación que no desaparece en razón a la especial relación de sujeción que se presenta entre el individuo recluido en el penal y el Estado.

Lo anterior, señala que el recluso; dada la relación de sujeción antes indicada por la Corte; se halla en estado de vulnerabilidad al tener suspendidos y/o limitados derechos fundamentales, pese a mantener intactos los derechos a la vida y a la dignidad, entre otros.

Dicha relación de sujeción imprime al Estado obligaciones concretas y eficaces respecto de los derechos fundamentales de los reclusos. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha hecho especial énfasis en el deber positivo del Estado de garantizar a la población reclusa condiciones materiales de existencia, dado que por el hecho mismo de la privación de la libertad, el individuo no puede procurárselas por sí mismo.

Ahora, como emitir una orden protectora en este asunto, involucraría indefectiblemente la afectación de personas frente a las cuales no se presentó la acción de tutela pero que se encuentran en la misma situación de los reclusos de Palmira, debe la Sala resaltar la necesidad de aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a los efectos *inter comunis*, figura a través de la cual agrupó los accionantes y no accionantes en la categoría de comunidad o grupo, justificando que se les dé el mismo tratamiento frente a las órdenes de protección incluidas en el fallo de tutela.

Sobre el tema, expuso que *“La Corte Constitucional ha entendido por grupo o comunidad a una pluralidad de personas que comparten características relevantes con respecto a la acción de tutela. Dichas características son: (i) personas en una misma situación de hecho; (ii) a las cuales se les están vulnerado los mismos derechos; (iii) que se encuentran en condiciones similares por dicha violación; (iv) dicha violación es el resultado de un mismo hecho generador; (v) causado por un mismo sujeto (el accionado); (vi) frente al que se formulen las mismas pretensiones. ...”*

En consecuencia y dada la caótica situación presentada en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira –EPAMSCALPAL-, la cual redundaría en la afectación de la salud y dignidad de los internos allí recluidos, deberá la Sala tomar una decisión de fondo que procure la protección de las garantías constitucionales y que no se relacione con el traslado de internos a otros centros carcelarios o con la prohibición de recluir más personal en las instalaciones del penal, pues ello solo menguaría de forma temporal el problema o generaría caos en otras instituciones a las cuales deban ser conducidos los reclusos que no se reciban en el penal de Palmira.

Es que, la Corte Suprema de Justicia en algunos pronunciamientos; entre los cuales se destaca el emanado de la Sala de Casación Penal fechado al 27 de marzo de 2012 en proceso con radicación No. 58729; ha expresado que el juez de tutela no puede apartarse de la resolución del conflicto bajo el argumento que el tema del hacinamiento carcelario fue tratado ya en la sentencia T- 153 de 1998, pues ello implicaría una negación del derecho de acceso a la justicia y a la posibilidad de

conseguir una sentencia que pueda ser ejecutada de forma directa por los interesados.

Así, fuerza concluir que la solución más apropiada, en aras de garantizar los derechos fundamentales de la población carcelaria recluida en el penal de Palmira, corresponde a impartir una orden tutelar que propenda por la solución eficaz de la problemática de hacinamiento carcelario y que no puede ser otra diferente a la de conminar tanto al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, como al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, para que de manera conjunta y coordinada; según el ámbito de sus competencias y con las demás entidades que deban ser convocadas; establezcan y ejecuten las decisiones necesarias para menguar considerablemente o poner fin a la sobrepoblación carcelaria ubicada en el EPAMSCASPAL, a través de la adecuación, remodelación o construcción de áreas adecuadas para la reorganización de la población interna en condiciones de dignidad y salubridad.

En consecuencia, deberán las accionadas MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO e INPEC cumplir la orden ya enunciada y de contera, la protección otorgada, para lo cual contarán con un plazo prudencial de un (1) mes a fin de establecer el plan de trabajo a seguir, para que, acto seguido, inicien todas las gestiones presupuestales y administrativas necesarias tendientes a incrementar el cupo penitenciario de la actual Cárcel de Palmira – EPAMSCASPAL - o, si es del caso, procedan a la construcción de un nuevo Penal, opciones que deben quedar concretadas en el término que esta Sala fijará en dos (2) años, en caso de que se trate de adecuaciones o remodelaciones, o tres (3) años, si se trata de una obra nueva; considerando para ellos las gestiones presupuestales pertinentes que deban realizarse, los procesos contractuales que deban operar y las demoras imprevistas que puedan surgir; plazo que ante la situación de caos e insalubridad que aqueja a los internos de la Cárcel de Palmira, se torna prudencial.

Por su parte, la dirección del penal en cita, a través de su director Mayor MANUEL ENRIQUE PINTO CORTES, deberá adelantar las gestiones que estime pertinentes para garantizar mayores condiciones de salubridad y atención médica a los internos recluidos en el EPAMSCASPAL, a fin de proteger los derechos fundamentales de dicha población y garantizar su permanencia en condiciones acordes con la dignidad humana.

Igualmente, deberá la Sala exhortar al MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, a fin de que realice todas las gestiones necesarias ante el Congreso de la República para que frente a la política criminal que adopte a futuro, alcance el respaldo económico necesario para contrarrestar de manera inmediata, la sobrepoblación carcelaria y garantizar así el respeto por la dignidad humana de los internos recluidos en los establecimientos penitenciarios del país, en especial, en la Cárcel de Palmira -Valle.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-00082-00) del 6 de mayo de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: concede la protección solicitada.

PENSIÓN DE INVALIDEZ – Es necesario cotizar un mínimo de cincuenta semanas durante los tres años anteriores al hecho causante de la misma/PENSIÓN DE

INVALIDEZ PARA LOS MENORES DE VEINTE AÑOS - Debe comprobarse la cotización de veintiséis semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de la misma o de su declaración.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 860 de 20013, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-428 de 2009, T-777 de 2009 y T-113 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Se encuentra acreditado que el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral de 88.03%, de origen común con fecha de estructuración el 23 de mayo de 2009 y que cuenta con 47.71 semanas cotizadas en los tres años anteriores a dicha data.

De entrada esta sala considera que la decisión debe ser revocada, razón por la cual el problema jurídico a dilucidar gira en torno a determinar si el actor pese a no cumplir los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez por ser mayor de veinte (20) años y no contar con el mínimo de cincuenta semanas cotizadas que exige la ley, puede ser beneficiario de la misma en atención a lo preceptuado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, es preciso recordar es la normatividad vigente a la fecha de estructuración de la invalidez la que regula lo concerniente a la prestación económica reclamada.

En efecto, en el caso que nos ocupa la fecha de estructuración es 23 de mayo de 2009, esto es, en vigencia la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que consagra:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

(..)

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Pues, la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable el requisito de fidelidad que contenía dicho artículo por ser violatorio al principio de progresividad en materia de derechos pensionales, por cuanto imponía injustificadamente un requisito más gravoso para adquirir el derecho que el contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; empero sí encontró ajustado a la constitución el que trata sobre la densidad de semanas cotizadas, imponiéndolas en un mínimo de cincuenta durante los tres años anteriores a la estructuración del estado de invalidez...

(...)Bajo estos parámetros, en principio el demandante debería cumplir con los siguientes requisitos para el derecho que invoca, como es la pensión de invalidez de origen común: (i) la declaración de la pérdida de la capacidad laboral en proporción superior al 50% y que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Respecto del segundo presupuesto, es decir, las 50 semanas exigidas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, se tiene que el actor no logró demostrar haber aportado un número superior a 47.71 semanas que son las que acepta la aseguradora enjuiciada, incumpliendo de entrada con esta exigencia.

Ahora, se advierte que no se puede aplicar el principio de la condición más beneficiosa como lo pretende el extremo activo, por cuanto todas las cotizaciones del actor al sistema de seguridad social en pensiones las realizó en vigencia de la Ley 860 de 2003 siendo por tanto ésta la única norma que se puede aplicar al caso en concreto, toda vez que dicho principio ha sido estatuido en favor de aquellas personas que habían alcanzado los requisitos de cierta preceptiva, empero un cambio de legislación los hizo más exigentes y truncó sus expectativas de acceder a los derechos allí contemplados.

No obstante, la jueza de instancia fundamentó su decisión en una sentencia que en sede de tutela proferiera nuestro órgano de cierre constitucional, identificada como la T-777 de 2009, providencia en la cual la alta corporación equiparó los efectos del parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 a una persona con 23 años de edad, al considerar que la población joven en Colombia comprende a las personas entre los 14 y los 26 años de edad.

Así las cosas se tiene que la evocada providencia consideró que la excepción contemplada en el parágrafo 1° del Artículo 1° de la Ley 860 de 2003 debía extenderse no sólo a aquellos menores de veinte (20) años, sino a toda la población joven del país, considerada como la que se encuentra entre los catorce (14) y los veintiséis (26) años de edad.

Es que la Corte Constitucional, si bien no ha estudiado la medida contemplada en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 por la vía de la constitucionalidad,

en la providencia consultada y a la luz del estudio de los principios y derechos fundamentales de los asociados, no encontró, en el espíritu de dicha norma, justificación para el hecho de que se limitara el beneficio allí contemplado a los mayores de veinte (20) años.

Pues, si lo que pretende el legislador es proteger a la población joven en Colombia, a juicio de la consultada corporación y luego de un estudio de la legislación vigente, en Colombia ésta comprende a los jóvenes entre los 14 y los 26 años de edad...

(...)Empero, aun teniendo en consideración los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional sobre la edad a tener en cuenta para la protección especial que consagra el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no existe en el plenario prueba de que el actor hubiere cotizado las veintiséis (26) semanas allí exigidas en el año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez o de su declaratoria para así por lo menos cumplir con esta requisitoria.

Así las cosas, se tiene que el actor no alcanzó ni las cincuenta (50) semanas en los últimos tres años anteriores al hecho causante de su invalidez, requeridas en virtud del numeral 2° de la evocada norma, ni tampoco las veintiséis (26) de que trata el parágrafo 1° de la misma para los menores de veinte (20) años que la Corte Constitucional hizo extensiva a los jóvenes hasta los veintiséis (26) años de edad.

En este orden de cosas la sentencia recurrida habrá de ser revocada y en su lugar se denegará la prestación social reclamada.

Sentencia 027 del 20 mayo de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: revoca la sentencia apelada.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA – La carta que origina el despido debe expresar, de manera clara e inequívoca, los motivos que llevan a concluir la relación laboral.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 27 de octubre de 1977, del 11 de octubre de 1983, del 12 de noviembre de 1985 y 36458 del 12 de noviembre de 2009, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sentada la posición del impugnante, las situaciones fácticas probadas y los fundamentos legales y jurisprudenciales a considerar; de entrada esta sala considera que la decisión debe ser confirmada, razón por la cual los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si la carta de despido cumple con los lineamientos legales y jurisprudenciales sobre la materia, y si la empresa encartada

logró demostrar las supuestas justas causas que se le enrostraron al actor para darle por terminado su contrato de trabajo.

Para resolver el problema jurídico planteado por esta Sala, se debe recordar que nuestra jurisprudencia ha dicho que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, para que se radique la carga de la prueba en cabeza del empleador, quien deberá probar la justa causa que lo llevó a ello, para así lograr ser exonerado de la respectiva indemnización.

Así las cosas, yace a folio 85 carta resciliatoria del contrato de trabajo, expedida por la sociedad enjuiciada, quien como fundamento de su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo expuso:

“Asunto: Respuesta a descargos por abuso de confianza y falta de honestidad y Notificación terminación Contrato de trabajo con justa causa.

Una vez escuchados sus argumentos y leída la respuesta que presentó al llamado a descargos sobre la falta en referencia, debemos tener en cuenta que la información a la cual se refiere el llamado a descargo entregado el día de hoy, proviene de personas bien conocidas en la Compañía que siempre han demostrado una conducta intachable.

Con en lo anterior y en las repetidas faltas que usted ha cometido, así como en los inconvenientes que ha causado a la empresa y especialmente a su Jefe de Área como a su equipo de trabajo, dejando en evidencia graves problemas de actitud que han de dar por terminado su Contrato de trabajo con justa causa ante las faltas graves contempladas en las cláusulas 7.1, 7.2 y 7.9 del mismo.

(...)”

Con esto queda demostrado el hecho del despido, por lo que proseguiremos con el análisis de si la evocada carta de terminación cumplió con los parámetros legales y jurisprudenciales para dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo del actor.

En este sentido se advierte que en virtud del párrafo del artículo 62 del C.S.T. y S.S. la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra al momento de la terminación la causal en la que se ampara, sin que posteriormente pueda alegar otra distinta.

Manifestación que debe ser de una claridad que no dé lugar a equívocos y debe contener en forma expresa los motivos y causas en que se funda para dar por terminado el contrato, sin poder enumerar de manera genérica la causal invocada, pues a juicio del precedente vertical, ello daría lugar a que la parte que termina luego pueda hacer encasillar el comportamiento de la parte afectada, lo que significaría que pudiera justificar el despido con posterioridad.

Arrimando al caso bajo estudio se advierte que la carta que le informó al demandante la terminación de su contrato de trabajo no le dio a conocer las razones que tuvo la empleadora para ello, ya que no especifico en qué consistía la falta en la que incurrió, aduciendo de manera abstracta “*la respuesta a descargos por abuso de confianza y falta de honestidad*”, y con base en “*las repetidas faltas por él cometidas*”, apoyado en las cláusulas 7.1, 7.2, mismas que, a su vez de manera genérica, aluden a la violación de las obligaciones previstas en el contrato o en la ley, y 7.9 del contrato de trabajo

De tal forma que la sociedad convocada no cumplió con el deber legal de informarle inequívocamente al trabajador demandante las razones por las cuales adoptaba la determinación de darle por concluido su contrato de trabajo.

Ahora, si leemos la carta de despido en consonancia con el llamado a descargos que se le hiciera ese mismo día al pretensor, en donde se le expone la supuesta infracción en la que incurrió, tampoco saldría avante la justificante para terminar su vinculación laboral, pues los hechos que allí se le endilgan, consistentes en solicitar prebendas económicas a los proveedores o contratistas de la empresa, no fueron demostrados al interior del proceso, siendo ésta una carga que, en este caso, le compete únicamente al empleador como vimos al inicio de estas consideraciones.

Es que no existen al interior del proceso evidencias que permitan a esta Colegiatura inferir que la falta que en dicha diligencia se le atribuye, y que es la única que guarda relación con lo expuesto en la carta de terminación, haya sido realizada por el señor Balanta Ulloa, pues los deponentes que se refieren a la misma no precisan las circunstancias en las que esto sucedió, ni cómo obtuvieron el conocimiento de su comisión.

De otro lado, la sociedad encartada al contestar la demanda arguye otras conductas asumidas por el petente, constitutivas de justa causa para terminarle el contrato de trabajo, mismas que no se pueden tener en cuenta por cuanto, como se anticipó, no le fueron precisadas específicamente al momento de notificarle dicha determinación, una de las cuales además resulta extemporánea, no guardando entonces coherencia con la fecha de terminación.

Como epílogo lógico de lo anterior la sentencia recurrida habrá de ser confirmada.

Sentencia 032 del 20 mayo de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: confirma la sentencia apelada.

TRABAJADORES OFICIALES – Quienes no están en el régimen de transición no pueden ser beneficiados, en la liquidación de sus mesadas pensionales, con normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo 01 de 2005.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Acto Legislativo 001 de 2005; Ley 100 de 1993, artículos 36 y 289; Decreto 1919 de 2002; Decreto 1158 de 1994.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 6 de febrero de 1989, 40254 del 13 de abril de 2010, 21235 de abril 21 de 2004

TESIS DE LA DECISIÓN:

No se remite a hesitación alguna que, en efecto existió un ligamen de tipo laboral entre las partes en contienda, sin embargo, de entrada dirá esta colegiatura que el fallo de instancia objeto de ataque por la parte demandada está llamado a su revocatoria, ya que no se demostró que la norma convencional incluyera las primas referidas como factor de salario para la mesada pensional.

La ley laboral determina la forma como se deben liquidar las mesadas pensionales para el caso de los trabajadores oficiales, a saber:

El decreto 1919 de 2002 determinó que a partir de su vigencia, a los empleados y trabajadores del orden territorial se aplicaría el régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados de la rama ejecutiva orden nacional; esta normatividad se expidió ante la falta de claridad referente a los derechos prestacionales de los servidores públicos en la entidades territoriales, los cuales no habían sido considerados en las disposiciones prestacionales del orden nacional, generando inconsistencias en la aplicación de los derechos laborales en los distintos niveles de la administración pública nacional.

Para este efecto es necesario precisar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene como principio el respeto a los derechos adquiridos bajo el régimen de transición que la norma señala; así quienes reunían los requisitos para obtener su pensión, al momento que entro a regir, se beneficiaron del reconocimiento de las condiciones de favorabilidad y la salvaguarda de los derechos adquiridos según el artículo 289 de la misma Ley.

Ahora, dentro del sistema de seguridad social en pensiones vigente, y partiendo del principio de que a la ley le compete señalar los derechos mínimos que tienen los trabajadores oficiales, reconociendo que no existe impedimento para que mediante la negociación colectiva los sindicatos mejoren la situación laboral de todos los trabajadores, se abrió campo para que a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 se puedan exigir derechos reconocidos en las convenciones colectivas por los trabajadores oficiales para la liquidación de sus mesadas pensionales; pero todo estos beneficios sin perjuicio de los límites que consagró el acto legislativo N° 1 de 2005 : 1-) en cuanto al respeto de todos los derechos adquiridos; 2-) el que a partir de la vigencia del mismo acto, no podrán establecerse en las convenciones colectivas condiciones pensionales diferentes a las establecidas en la ley; 3-) para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones; y 4-) que las reglas de carácter pensonal que regían a la fecha de vigencia del acto legislativo (julio 26 de 2005) contenidas en convenciones colectivas de trabajo, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

Es por eso que para el presente caso particular, y dada la prueba documental que permite dilucidar que el señor José Isaac Buchelly Naranjo se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 1° de agosto de 2006 lo que indica que ingresó a la

empresa a partir del 1° de agosto de 1986, y que nació el 21 de enero de 1955 (folios 22 a 25), y Mario Alberto Espinosa Vargas ingresó desde el 6 de mayo de 1981 y hasta obtener su pensión mediante resolución de noviembre 6 de 2008, y que nació el 5 de abril de 1958 (folios 3 y 72), por lo que no estaban cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo cual se les pudiese aplicar la normatividad anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de los factores salariales en la cuantificación de su mesada pensional.

Para ese evento, es claro también que la normatividad aplicable para la respectiva liquidación de las mesadas pensionales, diferente a la aplicada por la a quo, no es otra que la contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el cual expresa con claridad meridiana:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE> “ (subrayado de la sala)

Por tanto las previsiones sobre factores salariales para la liquidación de mesadas pensionales contenida en la normatividad anterior, fueron subrogadas totalmente por la nueva normatividad (Ley 100/93 y AL N°1 de 2005), pues en esta última y vigente a la fecha en que se reconoció el derecho, se parte de la base que para fijar el monto de la mesada pensional se sujeta al ingreso base de cotización, el cual no tiene en cuenta los factores constitutivos de salarios enunciados, lo que excluye de plano las normas convencionales que determinaron, mientras las normas constitucionales y legales lo permitían, los factores salariales mediante los cuales se debía calcular la mesada pensional.

Así es que, las liquidaciones que hizo la empresa a los trabajadores sobre sus mesadas pensionales, incluyen indefectiblemente los factores salariales como puede verse a folios 22 a 25 y 71 a 75, pues allí se parte del salario, al cual le suman el auxilio de transporte, las extras convencionales, las horas extras, los dominicales, recargos nocturnos, la prima promedio, para determinar el salario promedio con el cual se liquidaron las mesadas pensionales a los trabajadores. De lo que se deduce que dicha liquidación en nada riñe con el artículo 13 de la convención colectiva de trabajo que establece el derecho pensional, pues la misma establece:

“A partir de la vigencia de la presente convención colectiva de trabajo, las empresas municipales reconocen al trabajador que cumpla veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad para el hombre y cuarenta y cinco (45) años de edad para la mujer, una pensión de jubilación de un ciento por ciento (100%) del salario promedio de los últimos seis (6) meses de servicio”.

Y para esta colegiatura, la liquidación y entendimiento que hizo la empresa mediante las resoluciones en las cuales reconoció el derecho pensional convencional, estuvo ajustado a lo establecido en la norma en comento, pues la misma no determinó los factores integrantes del salario promedio que se pactaba convencionalmente; lo cual conforme lo pidieron los actores en la demanda y lo reconoció el a quo, no puede ser objeto de aplicación de normas anteriores a la

vigencia de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo número 1 de 2005, los cuales son los que rigen el derecho pensional de los actores como quiera que ninguno de los dos se encuentra enmarcado dentro del régimen de transición; evento en el cual sí serían acreedores a la aplicación del principio de favorabilidad que contienen las normas anteriores al nuevo régimen de seguridad social en pensiones.

Para concluir, tiene asidero la inconformidad de la apelante cuando reitera que no puede aplicárseles a los actores en las liquidaciones de sus mesadas pensionales de jubilación factores salariales no convenidos convencionalmente para la liquidación; pues con claridad meridiana se observa que fueron tenidos en cuenta en la liquidación del salario promedio para el pago de la mesada pensional factores que aunque no pactados convencionalmente, se estimaron como retribución a los trabajadores por sus servicios personales y que tuvieron su origen en la ley, dejando de lado las prestaciones extralegales que aducen los actores como factores salariales para liquidar su pensión de jubilación, factores que como se dijo no fueron objeto del pacto convencional sobre su inclusión o no en la liquidación de la mesada pensional.

Pues acertada razón le asiste a la recurrente cuando precisa que los factores tenidos en cuenta por la jueza de instancia no constituyen salario, habida cuenta de que mediante el Decreto 1158 de 1994, se dispuso que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, estaría constituido por los siguientes elementos:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Obsérvese que los factores reclamados en la demanda no se encuentran contenidos entre los que enlista el consultado decreto 1158 en su numeral 1° modificadorio del artículo 6° del Decreto 691 de 1994.

Como epílogo lógico de lo anterior la providencia recurrida habrá de ser revocada.

Sentencia 034 del 30 mayo de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: revoca la sentencia apelada.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DEL TRABAJO – Infringe también la prohibición de faltar al trabajo quien concurre al mismo y luego, de manera injustificada, decide retirarse antes de concluir su jornada/PRUEBA DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO – Debe ser concluyente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23, 58, 60, 62 y 175.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y Tribunal Superior del Trabajo, decisiones del 04 de septiembre de 1948, del 11 de octubre de 1973, del 12 de noviembre de 1985 y 36458 del 12 de noviembre de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De entrada esta sala considera que la decisión debe ser confirmada, razón por la cual los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si la falta cometida por el actor, como lo es ausentarse de su lugar de trabajo dentro de la jornada laboral sin autorización de su empleador, se encuentra revestida de la justeza necesaria para dar por terminado su contrato de trabajo; y si está demostrado el trabajo en tiempo suplementario, es decir, en horas extras y en dominicales y festivos.

Para resolver el primer problema jurídico planteado por esta Sala, se debe recordar que nuestra jurisprudencia ha dicho que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, para que se radique la carga de la prueba en cabeza del empleador, quien deberá probar la justa causa que lo llevó a ello, para así lograr ser exonerado de la respectiva indemnización.

En este sentido se tiene que no existe duda acerca del hecho de que la sociedad enjuiciada, AVINSA S.A., dio por terminado de manera unilateral el contrato del actor, alegando como justa causa para ello el abandono por parte de aquel de su sitio de trabajo el 22 de diciembre de 2008 –que en consonancia con la diligencia de descargos se debe entender como el 21 de diciembre de 2008-, sin ninguna explicación, pese a tener indicaciones del supervisor de la granja la María de quedarse a finalizar el alistamiento de la misma; ya que este hecho expuesto por el actor fue aceptado por su oponente.

Quedando así demostrado el hecho del despido, proseguiremos con el análisis de si la causal aducida como justa por la ex empleadora del actor, en realidad está revestida de dicha connotación.

Al respecto se advierte que las causas para que el empleador proceda a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de manera justa están contempladas en el artículo 62 literal a) del C.S.T. y S.S., norma que en su numeral 6°, prevé:

“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

En este sentido se tiene que se erige como justa causa para que el empleador de por terminado el contrato de trabajo el incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones señaladas en los artículo 58 y 60 ibídem, normas que consagran el deber del trabajador de realizar la labor en los términos estipulados, y acatar y

cumplir las órdenes e instrucciones que se le impartan, así como la prohibición que tiene de faltar al trabajo sin justa causa o sin permiso para ello.

Descendiendo al caso bajo estudio tenemos que la causal que se le endilga al actor para dar por terminado su contrato de trabajo con la sociedad encartada, está debidamente demostrada, pues no sólo fue aceptada por éste en la diligencia de descargos que su ex empleadora le hiciera y cuya acta fue aportara al presente asunto, sino que de ello dan cuenta los testimonios recabados.

Pues, el señor Martínez Castañeda en la evocada diligencia acepta que, siendo conecedor de que al día siguiente llegaban pollitos y que por ello era necesario tener la granja lista por cuestiones de bioseguridad, se retiró de su lugar de trabajo el domingo 21 de diciembre de 2008 a mediodía, bajo el argumento de que no alcanzaban a realizar toda la labor encomendada, ya que sólo eran tres trabajadores para la cantidad de trabajo que debían realizar, y que en las granjas que estaban listas cabía el pollito.

Así las cosas, no encuentra esta Sala, el hecho alegado por el actor sobre que la cantidad de trabajo encomendada para el día 21 de diciembre de 2008 era tal que el personal a cargo no alcanzaba a realizarla, como justificante para que abandonara sus labores sin finalizar la jornada laboral y aún sin terminar las funciones a su cargo.

En este orden de cosas resulta meridiano que el demandante cometió una falta grave, al incumplir con las obligaciones y deberes que le imponía su contrato de trabajo con la encartada, al no respetar la jornada laboral ni las funciones que le fueran asignadas para el día 21 de diciembre de 2008.

Es que como se dejó sentado líneas atrás el trabajador debe cumplir personalmente con las tareas encargadas, en los términos estipulados y acatando las Forma de notificación que en materia laboral, en virtud del principio de oralidad que cobija estas actuaciones y por orden del artículo 41 del C.P.T. y S.S., es procedente para los autos que se dictan por fuera de audiencia, pues los demás son notificado en estrados.

Pues, cuando la mentada norma consagra la prohibición de faltar al trabajo no se refiere únicamente a no presentarse al lugar de labor, como mal lo colige el extremo activo, toda vez que, igualmente el trabajador falta al trabajo cuando concurre al mismo, empero sin justificación alguna y antes de terminar su jornada laboral decide retirarse.

De tal suerte que uno de los elementos que caracterizan el contrato de trabajo es precisamente el poder subordinante que el empleador ejerce sobre el trabajador, en virtud del cual puede exigirle el cumplimiento de órdenes en cuanto al tiempo, modo y cantidad de trabajo y cumplimiento de horarios, el cual precisamente lo distingue de otro tipo de relaciones contractuales que no conllevan obligaciones patronales.

Por otra parte, y respecto a lo alegado por el apoderado del demandante en el fallido recurso de apelación, sobre que el día que el pretensor se ausentó de su trabajo era un día de descanso obligatorio, se le recuerda que la labor en estos días

está permitida para aquellas actividades que no se puedan interrumpir por su naturaleza o por motivos de carácter técnico, como lo era la desempeñada por su representado, quien en diligencia de descargos admite que la función asignada era necesaria para recibir el pollito al día siguiente.

Siguiendo la anterior línea de pensamiento se tiene que el actor violentó las obligaciones y prohibiciones impuestas en la legislación del trabajo, facultando así a su ex empleadora para dar por terminado su contrato de trabajo.

En lo que tiene que ver con el segundo problema jurídico planteado, en cuanto al pago del trabajo en tiempo extra se debe tener claro, que la simple manifestación de haberse laborado de manera indeterminada, no conlleva a condena alguna, puesto que debe ser probatoriamente sustentada, en atención al principio de la carga de la prueba que recae sobre el trabajador demandante.

Pues para proceder a la liquidación de las horas extras tendría que estar demostrado de manera fehaciente y sin lugar a equivocaciones exactamente cuáles fueron las horas y los días laborados, de una manera clara y precisa, pues no le es dable a la Sala hacer cálculos o suposiciones para deducirlos.

Es así como se observa que si bien los testimonios declaran de manera consistente expone que el actor laboró domingos y festivos, los mismos resultan vagos e imprecisos en cuanto a que no los circunscriben a un espacio de tiempo, pues ni siquiera precisan en qué días de descanso obligatorio exactamente prestó sus servicios el actor.

Sobre este aspecto, recordemos que nuestra jurisprudencia tiene enseñado que la prueba del trabajo en tiempo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, posición que se ha mantenido invariable desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, en los siguientes términos:

"la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas". (Véanse, entre otras sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53).

"Cuando el trabajador alega que trabajó en días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado. Porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa". (TST, Sent. sep. 4/48.).

Y aunque las declaraciones hubieran sido enfáticas en señalar que el petente no tenía días de descanso, tampoco saldrían avantes las querencias en este sentido, pues ello sería suponer que éste durante su vinculación laboral nunca se ausentó de su puesto de trabajo, y como se dijo en antecedencia a la Sala no le está dado hacer especulaciones, habida cuenta que el trabajo en tiempo complementario debe estar plenamente definido en el informativo y si no lo está cualquier tipo de condena carece de fundamento y de sustento fáctico.

Razones suficientes para denegar las pretensiones consistentes en pagos de horas extras, misma suerte que correrá la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T., puesto que no se demostró que hubieren salarios o prestaciones sociales insolutos.

Como epílogo lógico de lo anterior la sentencia recurrida habrá de ser confirmada.

Sentencia 034 del 30 mayo de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: confirma la sentencia apelada.

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO – La relación con sus asociados, en circunstancias excepcionales, puede estar regida por un contrato de trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23, 24, 35 y 64; Ley 79 de 1988, artículos 59 y 70; Decreto 4588 de 2006.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión del 11 de octubre de 1973; Corte Constitucional, sentencias C-211 de 2000 y T-063 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De entrada esta sala considera que la decisión debe ser revocada, razón por la cual el problema jurídico a dilucidar gira en torno a determinar si en el presente asunto se desvirtuó el compromiso contractual asociado suscrito entre el actor y Servicoop C.T.A., mediante la demostración de una verdadera relación laboral entre las partes, y en caso afirmativo se estudiarán las restantes pretensiones, correspondientes a reintegro, indemnización por despido sin justa causa y la indemnización total de perjuicios por el accidente de trabajo sufrido por el demandante.

Inicialmente se abordará el tema del presunto contrato de trabajo que pretende el extremo activo que se declare, teniendo en cuenta la posición de las partes, pues, aquel considera que sostuvo un verdadero contrato de trabajo con las demandadas; mientras que éstas exponen que estuvo vinculado con Servicoop C.T.A. en calidad de asociado, órgano solidario que a su vez le prestaba sus servicios a la empresa Itacol de Occidente Ltda., en virtud de una oferta mercantil suscrita entre aquellas.

En este sentido se tiene que entre una Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados pueden surgir diversas relaciones de índole contractual, tópico sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-063 de 2006, en la cual se analizaron diferentes hipótesis en las que se puede encontrar un asociado frente a la cooperativa, y que colocan a las partes en diferente posición jurídica, en cuyo caso es pertinente analizar las condiciones jurídicas del contrato celebrado, así como las condiciones fácticas en que se desenvuelve dicho contrato, ya que puede llegarse a la necesidad de aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la

forma jurídica que las partes hayan dado a la relación contractual, para derivar de ello un contrato de trabajo.

Pues bien, según el artículo 70 de la Ley 79 de 1988 las cooperativas de trabajo asociado *"son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios"*.

De acuerdo con los elementos establecidos en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado se caracterizan por: (i) que los asociados son al mismo tiempo los aportantes de capital y los gestores de la empresa; (ii) que el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de dichas organizaciones, lo que significa que, en concordancia con el artículo 59 de esta ley, dicho régimen *"no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes"*; y (iii) que las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria.

Las características citadas conllevan a que en principio no sea posible hablar de empleadores por una parte y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente.

No obstante, existen casos excepcionales que modifican la posición jurídica de las partes dentro del contrato, haciendo por ejemplo que aparezcan elementos de subordinación en la relación.

La concurrencia del elemento de subordinación con los demás previstos en el artículo 23 del C.S.T. puede dar lugar a la configuración de una relación laboral bajo la fachada de un contrato cooperativo, que da lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales, asunto éste que en principio es competencia del juez laboral vislumbrar.

Sin embargo, conforme a lo expuesto, quien pretende acudir a la jurisdicción para que se declare que se vinculación a una cooperativa de trabajo asociado mutó en un contrato de trabajo, no tiene a su favor la presunción del art. 24 del C.S.T., al existir una regulación especial para el tema de cooperativas, por ello, es que aquel que se repute como trabajador debe asumir la carga probatoria de demostrar que su acuerdo cooperativo se desnaturalizó ante la presencia del elemento subordinación en su relación.

Por lo que acudiremos a las pruebas adosadas mediante autos al proceso, a fin de establecer si las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo o si el servicio del demandante fue prestado bajo un convenio cooperativo.

Al efecto se tiene que es el mismo extremo activo plural, cuando al contestar la demanda, acepta que la cooperativa de trabajo asociado ejerció subordinación frente al actor, pues, por su parte la sociedad Itacol de Occidente Ltda. manifiesta que *"los asociados reciben ordenes del jefe de cuadrilla y de la secretaria de la COOPERATIVA..."*.

Mientras que Servicoop C.T.A. al responder el hecho sexto (6°) del escrito inicial informa que *"no aparece constancia alguna en el sentido de que la autoridad superior JEFE*

DE CUADRILLA DE LA COOPERATIVA y en el sitio de trabajo le hubiera dado ordenes concretas y perentorias en el sentido de que dejara las actividades de cargue y descargue que el mismo demandante afirma estar realizando...”.

Así las cosas no existe duda de que la actividad personal desarrollada por el actor en virtud del acuerdo cooperativo suscrito con Servicoop C.T.A. estuvo sujeta a la subordinación y dependencia de esta última, desquiciando de esta manera su calidad de asociado, pues de lo informado por las accionadas se desprende que el mismo no actuaba como autogestor de manera autónoma como lo dispone el Decreto 4588 de 2006.

Es que si bien el convenio cooperativo no se rige por la legislación en materia laboral, es por cuanto el mismo presupone que todos los asociados se encuentran en el mismo plano de igualdad y desarrollan el objeto de la cooperativa de trabajo asociado de manera autónoma, razón por la cual en principio no se puede hablar de empleadores y trabajadores.

No obstante, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es totalmente factible que el acuerdo cooperativo sea desvirtuado, en casos como el presente, cuando se demuestra que en la relación se presentan los elementos de un contrato de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

En este orden de cosas se advierte que en la relación sostenida entre el actor y la cooperativa enjuiciada se presentaron los tres elementos del contrato de trabajo, quedando así rebatido el compromiso contractual asociado suscrito entre aquellos, y configurándose entonces una verdadera relación laboral.

Demostrado como quedó que entre el demandante y Servicoop C.T.A. en realidad existió un contrato de trabajo, se pasará a estudiar la responsabilidad de la empresa beneficiaria de los servicios suministrados por aquella.

En este sentido se tiene que en virtud del numeral 2° del artículo 35 del C.S.T. y S.S. se consideran simples intermediarios, quienes contratan servicios de trabajadores a favor de otro empleador, utilizando sus elementos de trabajo y en actividades ordinarias inherentes o conexas al mismo.

En el caso bajo examen es indiscutible que el demandante desarrolló su relación de trabajo en las instalaciones de Itacol de Occidente Ltda., sociedad cuyo objeto social o actividad principal no es extraña al de Servicoop C.T.A., más bien son complementarios, así como tampoco lo es el servicio de cargue y descargue, que prestaba el actor, pues el mismo le resulta necesario a la sociedad demandada no sólo al momento de recibir las materias primas, sino también para entregar el producto terminado.

Entonces, resulta procedente la declaratoria de solidaridad en cabeza de la sociedad Itacol de Occidente Ltda., como se dijo, por acreditarse además de la existencia del contrato de trabajo entre Servicoop C.T.A. y el actor, el elemento determinante para la solidaridad como lo es que las labores no sean extrañas a las actividades normales de la empresa.

Adicional a lo dicho en las líneas precedentes, no puede perderse de vista la declaratoria de confesión presunta que operó sobre algunos hechos de la demanda por la inasistencia del representante legal de Itacol de Occidente Ltda. a la audiencia obligatoria de conciliación de que trata el artículo 77 del C.S.T. y S.S., en virtud de la cual, la jueza a quo, tuvo como cierto aquel que relata que la cooperativa convocada a juicio, presta sus servicios de intermediación laboral para la sociedad citada, presunción legal que no fue desvirtuada al interior del proceso y que se declaró con sujeción a las normas legales y jurisprudenciales que tratan la materia, ya que se individualizaron los hechos sobre los cuales operó.

Ahora, resulta pertinente pronunciarse sobre las restantes pretensiones, correspondientes a la indemnización por despido injusto, el reintegro del accionante y la indemnización por perjuicios a raíz del accidente de trabajo sufrido por aquel.

Inicialmente abordaremos la pretensión tendiente a obtener la indemnización por despido sin justa causa, por ser la única llamada a prosperar como pasaremos a ver.

Sobre el tema se debe recordar que nuestra jurisprudencia ha dicho que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, para que se radique la carga de la prueba en cabeza del empleador, quien deberá probar la justa causa que lo llevó a ello, para así lograr ser exonerado de la respectiva indemnización.

En este sentido, se advierte que milita a infolios memorial dirigido al pretensor por la gerente de la cooperativa llamada a juicio, en el que le informa que le da por terminado el convenio cooperativo asociado, por no haberse presentado a laborar desde el día 15 de julio de 2009, sin justificación alguna.

Bajo esta órbita y como quiera quedó demostrado el hecho del despido, es preciso determinar si la empleadora demostró la justa causa que la llevó a terminar la vinculación del señor Lucumi Ordoñez.

Al respecto se observa que por el contrario fue el petente el que logró desvirtuar la justa causa que se le adujo para terminar su relación contractual con las enjuiciadas, pues lo expuesto por él sobre que se presentó a laborar el día 15 de julio de 2009, empero la secretaria de la cooperativa traída a juicio le informó que ella lo llamaría para determinar en donde lo reubicarían, fue ratificado con el testimonio del señor José Ignacio Calderón Pernia.

Sobre el particular el señor Calderón Pernia declaró:

“...Si me consta que se presento como el no podía alzar peso yo deje de hacer mis labores y lo acompañe donde la secretaria Deysi Alzate y ella le dijo lo que había dicho antes de que se fuera para la casa lo cual ella le iba a tener alguna razón...”

De tal forma que el actuar del petente al no regresar luego del día 15 de julio de 2009, estuvo revestido de buena fe al confiar en la palabra de quien actuaba en representación de su empleadora, que le informó que ella lo llamaría para indicarle en donde se le reubicaría, dado que según se desprende del dictamen del médico laboral, aquel para dicha data no podía cumplir con las labores inicialmente

asignadas, habida cuenta de que no debía permanecer de pie toda la jornada ni levantar más de 15 kilogramos de peso.

Salta a la vista entonces la mala fe con la que actuó la cooperativa convocada, cuando le indica al actor que le informarían cuándo y en dónde debía presentarse a trabajar, haciéndolo incurrir en error y aduciéndole ello como justa causa para finalizar su relación.

De allí que se condenará solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, con base en el salario mínimo legal para la época, pues fue el que se pactó en el compromiso contractual asociado suscrito entre el demandante y la cooperativa accionada y no se demostró un salario diferente, teniendo en cuenta que la relación laboral inició el 26 de marzo de 2009 y finalizó el 28 de julio de 2009, razón por la cual en atención a lo prescrito por el artículo 64 del C.S.T. y S.S. dicha condena asciende a la suma de \$496.900.

Finalmente se advierte que las restantes pretensiones, como son el reintegro y la indemnización total y ordinaria de perjuicios por el accidente de trabajo sufrido por el actor, habrán de ser denegadas, como pasa a explicarse.

En lo que tiene que ver con el reintegro se tiene que no existe norma legal o convencional que consagre dicha figura a favor del demandante, pues éste no se encuentra dentro de los presupuestos contemplados en el párrafo transitorio del artículo 6 de la Ley 50 de 1990 en concordancia con el numeral 5° del artículo 8° del Decreto 2351 de 1965, ya que para la entrada en vigencia de la evocada ley no había iniciado su relación laboral, ni tampoco demostró encontrarse con una limitación física severa o profunda, que lo convirtiera en beneficiario de la Ley 361 de 1997.

Por su parte la indemnización total y ordinaria por perjuicios de que trata el artículo 216 del C.S.T. y S.S. presupone la existencia de la culpa patronal, misma que exige su demostración por parte del trabajador, y en el presente asunto dicha responsabilidad no quedó comprobada.

Como epílogo de la anterior la sentencia recurrida habrá de ser revocada.

Sentencia 038 del 30 mayo de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila.
Decisión: revoca la sentencia apelada.

SALA PENAL:

HOMICIDIO CULPOSO – Exceso de velocidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Nacional de Transito, artículo 74; Ley 906 de 2004, artículo 447.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 38467 del 14 de agosto de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El a quo tomó partido por la versión rendida por el procesado DIEGO JAVIER POSADA LOPERA, su esposa y el perito aportado por la defensa, para concluir que el dicho de ellos permitía concluir que el motociclista invadió el carril del automóvil y en la maniobra intentada por el conductor para superar ese peligro, entonces aconteció el accidente en el que murió Víctor Hugo Astudillo.

(...)Por lo que se viene considerando, el Tribunal concluye que la versión rendida por el procesado, su esposa y el perito PULIDO no corresponde a la verdad de lo sucedido conforme lo demuestra la realidad probatoria, por cuanto el episodio de tránsito se demuestra ocurrido conforme lo reconstruyó el perito VILLEGAS cuya experticia se apunala creíble, verosímil y razonable con lo dicho por la guarda de tránsito NELCY OMEN y las fotografías tomadas en seguida del accidente por el testigo YIMMI ASTUDILLO, que en conjunto ofrece información atendible sobre la forma imprudente, temeraria y violatoria de reglamentos como el aquí procesado DIEGO JAVIER POSADA LOPERA, conducía su automóvil la noche de los hechos y en el preciso momento de generar el accidente.

Es que, aún en el hipotético caso que la acción invasiva del motociclista que alega la defensa hubiera ocurrido, la maniobra que debía realizar el automovilista para eludir al motociclista correspondía efectuarla hacia afuera de su propio carril, esto es a la derecha, y no a la izquierda porque con tal acción atropellaba de frente al motociclista, como efectivamente ocurrió, y adicionalmente le restaba espacio para enderezar su posición hacia su propio carril, amén que, conforme a las imágenes ofrecidas por el perito de la defensa, el conductor del automóvil habría podido realizar esa maniobra defensiva, que no logró precisamente por el exceso de velocidad a la que transitaba.

Además, a ese conjunto de testigos de cargo que demuestran la imprudencia y violación de reglamentos por parte del acusado, se une el declarante SALCEDO ORTIZ, quien autorizadamente expuso que la velocidad en el lugar de los hechos debe disminuirse por la presencia de intersecciones, siendo entonces obligación del conductor reducir su desplazamiento a 30 k/h conforme se lo impone el artículo 74 del C. Nacional de tránsito, al presentarse casos en los cuales se reducen las condiciones de visibilidad y por la proximidad de las intersecciones ya señaladas.

En ese contexto, el a quo incurrió en desfasada valoración probatoria al apuntalar su errática decisión en el testimonio del procesado, de su esposa y el testigo PULIDO, quien incurrió en yerros mayúsculos en su peritaje, pues lo basó en hechos no ocurridos como el arrastre del motociclista y el velomotor por parte del automóvil, en una huella de frenada menor a la realmente comprobada que fue de 23 metros mientras que el perito Pulido consideró 14 metros (que tampoco corresponde a los 12 metros indicados por la guarda OMEN), con lo cual su dictamen se construyó con datos equivocados que arrojan por consiguiente resultado contrario a la realidad probatoria.

Además, el testigo Pulido no tuvo en cuenta los fragmentos de los vehículos colisionados que tanto la testimonial como la documental fotográfica muestran en el carril del motociclista, con lo cual dedujo una zona de colisión que las pruebas no sustentan, pues con enorme equivocación el testigo Pulido asegura sucedida sobre el carril del automotor, cuando el conjunto probatorio controvertido en el

juicio muestra que el área de impacto de los vehículos tuvo lugar en el carril por el que transitaba con todo su derecho vial el motociclista.

En ese contexto no resulta cierto como plantea la defensa que el frenazo del automóvil hubiera ocurrido para evitar al motociclista, sino porque el procesado reaccionó a su propia imprudencia para evitar salirse de su carril mediante maniobra asaz temeraria, pues viró a la izquierda al tiempo que frenó a fondo, y con ello generó pérdida del control del carro, invasión del carril contrario y estrellón fatal contra el motociclista.

La culpa de ese grave accidente solamente recae en el conductor del automóvil, el procesado POSADA LOPERA, quien por transitar a exceso de velocidad realizó maniobras en su propia protección pero vulnerantes de la vida del motociclista que transitaba por el carril contrario, con lo cual su gran esfuerzo por protegerse de los efectos de su imprudencia, terminó segando la vida del motociclista que transitaba confiado por su carril, mientras que el automovilista lo hacía enseñoreado de imprudencia y con abierta violación de las normas que lo obligaban a reducir la velocidad, conforme lo impone el artículo 74 del Código Nacional de tránsito terrestre.

De esta manera el resultado relevante consistente en el sacrificio antijurídico de la vida del señor VICTOR HUGO ASTUDILLO, fue producto del obrar imprudente y violatorio de reglamentos ejecutado sin justificación alguna por el acusado DIEGO JAVIER POSADA LOPERA, por manera que si hubiera conducido su automóvil dentro del límite legal y razonable de velocidad, no habría requerido girar la dirección a la izquierda y menos frenar abruptamente y a fondo, sino que habría podido controlar la máquina y movilizarse correctamente sin la invasión del carril contrario y el arrollamiento letal del motociclista, quien, se insiste, en ese momento transitaba conforme a derecho y confiado en que en la curva ningún imprudente y temerario lo invadiría con tanta desmesura como para matarlo, e incluso arriesgando su existencia y la de su esposa que lo acompañaba.

De esta manera, la realidad probatoria comprueba que el procesado POSADA LOPERA elevó en forma antijurídica el riesgo que comporta conducir vehículos automotores, sorprendiendo al confiado motociclista que transitaba por su carril y a velocidad permitida, erigiéndose así en la víctima exclusiva de los desmanes y yerros del automovilista.

De esta manera, el Tribunal REVOCARÁ el fallo impugnado y en su lugar, CONDENARA a DIEGO JAVIER POSADA LOPERA, como autor responsable de la conducta punible de Homicidio Culposo, siendo víctima VICTOR HUGO ASTUDILLO.

Sentencia de segunda instancia (AC-308-12) del 18 de enero de 2013, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: revoca la sentencia apelada.

ESCRITO DE ACUSACIÓN – No es posible solicitar la exclusión de los elementos de prueba en él relacionados/ENTREVISTAS COMO EXPOSICIONES PREVIAS AL JUICIO – Son simples actos de investigación y no tienen el carácter de prueba.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Penal, artículos 337, 339, 343, numeral primero, 392, literal d), 347, 393, literal b) y 403.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 32685 del 16 de marzo de 2011, ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, 28294 del 5 de octubre de 2007, 32829 del 17 de marzo de 2010, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, 25738 del 9 de noviembre de 2006, 31001 del 21 de octubre de 2009, ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz, y 31946 del 24 de febrero de 2010; Corte Constitucional, sentencia C-209 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Dentro de los límites trazados por los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal se procede a desatar la alzada sobre los aspectos objeto de la misma así:

Solicitó la exclusión de algunos informes que la Fiscalía relacionó en la acusación y le descubrió oportunamente, porque los mismos presentan inconsistencias en las fechas con relación a su realización o porque están repetidas, por lo tanto confunden a la defensa.

Las manifestaciones que hace el fiscal en el pliego de cargos, su adición si es del caso, en la audiencia de acusación y en el alegato final del juicio, constituye un acto acusatorio complejo, que consiste en la pretensión de condena propuesta por la fiscalía, lo que le pide al juez de conocimiento, es un acto de parte, no susceptible de ser declarado nulo, que sólo puede ser desnaturalizado o modificado por el propio fiscal, así que, al no demostrar lo que prometió acreditar probatoriamente, sus pretensiones inculpativas serán desestimadas por el juez.

Es más, según el Artículo 339 de la Ley 906/04 modulado mediante sentencia C-209/07, en la audiencia de formulación de la acusación, el Ministerio Público, la Defensa y la Víctima, únicamente, están legitimadas para realizarle observaciones que consideren necesarias con relación a los presupuestos del Artículo 337 *Ibidem*. Con el objeto que el fiscal aclare, adicione o corrija la acusación según el Artículo 343-1.

Obsérvese que el recurrente no postuló oportunamente reparos de esa naturaleza al acto complejo de acusación, se entiende por encontrarlo ajustado a los presupuestos legales, por eso no requirió su corrección, adición o aclaración en el momento procesal correspondiente. Implícitamente, en su alegato de impugnación acepta que tales inconsistencias fueron superadas por el ente acusador.

Se evidencia que el recurrente confunde el decreto de la prueba que opera en la audiencia preparatoria, en el cual se realizó un juicio de conducencia, pertinencia y utilidad de la evidencia, que de ser admitida en el juicio, allí se practicarán. En otras palabras, no todas las “pruebas” decretadas se practican en el juicio, todo dependerá de la táctica y estrategia de las partes.

Es más, con relación a los elementos materiales de prueba, *“... a partir de la acusación simplemente se descubre en garantía del derecho a la defensa”*, y, éstos sólo adquieren la calidad de pruebas cuando son practicadas en el juicio oral.

Así que, constituye un dislate pretender que se excluyan unos elementos de prueba que la fiscalía relacionó y trasladó a la defensa para los quehaceres que le son propios, en el estadio procesal correspondiente y, bajo el entendido que sobre tal acto de postulación no existe restricción ni control diferente al referido en acápites precedentes. No puede pretender la defensa la exclusión de una evidencia porque está repetida al darle traslado o porque no es de su agrado.

Igualmente, es desafortunada la pretensión de exclusión de las entrevistas que le descubrió la fiscalía, dado que el ente acusador bien puede usarlas o no para refrescar memoria o para impugnar credibilidad del correspondiente testigo, cometido que igualmente puede realizar la defensa.

Debe recordarse, que al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores y, no constituyen en sí mismas prueba alguna; pues, su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento.

De esta manera dichos medios de convicción, son practicados durante las etapas de indagación e investigación y su capacidad o vocación probatoria, está ligada a su presentación y debate ante el juez de conocimiento a través del testigo o perito, sometido al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes.

La anterior postura, obedece a que la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al juicio oral *“...no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con la observancia de los principios que han sido ampliamente reseñados en esta providencia”*.

“La prueba, entonces, no es la exposición anterior o entrevista previa, sino la declaración que rinde el testigo en el juicio oral, en el que estas pueden utilizarse para refrescarle la memoria o impugnar su credibilidad...”

Si bien es cierto, las entrevistas por sí solas no son prueba, porque se practicaron por fuera del juicio; sin embargo, cuando se recibe en la forma establecida por la ley, sirve para dos objetivos específicos: a) refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y, b) impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

En el caso, concreto, la Fiscalía determinó que la utilización de las entrevistas, tenían como finalidad impugnar la credibilidad y refrescarle la memoria a los testigos, en razón a que las mismas le habían sido descubiertas con el escrito de acusación, su adición y en la audiencia de acusación, lo que, en virtud de las reglas del contrainterrogatorio, es posible, porque, el artículo 393 establece que para tales efectos se puede utilizar *“cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre*

los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral”.

Lo que se acompaña con el artículo 347, donde se plantea que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, *“para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.*

Además, de acuerdo al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal la información contenida en las exposiciones o declaraciones *“no puede tomarse como una prueba”*, no obstante, cuando se ejerce el contrainterrogatorio, es posible que se refute en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”, como clara expresión del derecho de contradicción, tal como lo señala el 393 de la norma adjetiva.

Bajo este esquema, cuando el testigo se retracta o cambia las condiciones modales de su inicial relato, la parte interesada, podrá utilizar bajo el designio de la impugnación de credibilidad, la entrevista, la cual deberá leerle o hacer leer en voz alta, su versión ex juicio, para luego, interrogarle respecto de los motivos de su contradicción o diferencia, procedimiento que los cuales se satisface los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Se reitera en síntesis, las entrevistas como exposiciones previas al juicio, son simples actos de investigación de los delitos y sus autores, en sí mismas no son prueba alguna, no tienen vocación probatoria, sólo sirven para preparar el juicio, y por lo tanto, la prueba será únicamente la declaración del testigo en el juicio oral, no se pueden introducir al juicio como elemento material probatorio autónomo, independiente, en tanto, debe comparecer al juicio oral quien la rindió.

Así mismo, debe aclarar la Sala que lo que se incorpora al acervo probatorio no es la entrevista en sí misma, sino la valoración que debe hacer el Juez en sana crítica de todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Efectuada las anteriores consideraciones, la Sala estima que la Fiscalía puede hacer uso del elemento material descubierto, con el único fin de refrescar memoria o impugnar credibilidad, por consiguiente, no existe fundamento jurídico alguno para excluirlas como equivocadamente lo pretende el recurrente.

En cuanto a la pretensión de exclusión de las diligencias de reconocimiento fotográfico y fílmico porque está detenido el procesado, es claro que lo deseable y adecuado sería el reconocimiento en fila de personas; pero, en eventos como éste que el procesado se niega a su práctica manifestándolo por escrito, resulta un dislate, pretender que la Fiscalía no acuda a evidencias sustitutas. Porque se trata de un problema probatorio, que sólo le incumbe a la Fiscalía, que bien lo puede solucionar con otras pruebas, así se infiere del siguiente precedente jurisprudencial.

“Las diligencias de reconocimiento, fotográfico y en fila de personas, como unos de los métodos legalmente establecidos para identificar los autores o partícipes de

una conducta materia de investigación por la Fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados, aparecen reguladas en los artículos 252 y 253 de la ley 906 de 2004.

Según estas disposiciones, en los eventos en que no se tiene certeza sobre la identidad del autor de un determinado comportamiento, el solo reconocimiento fotográfico no resulta suficiente para dotar de eficacia demostrativa el señalamiento realizado ante los investigadores por la víctima o el testigo. Si bien el reconocimiento fotográfico puede llegar a ser considerado como uno de los métodos válidos para encauzar la investigación hacia una determinada persona, para que pueda tener algún mérito persuasivo en el juicio oral en relación con el señalamiento que el testigo realiza, es indispensable que durante la fase de investigación se practique la diligencia de reconocimiento en fila de personas “en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado”, como forma de confirmar la identificación fotográfica llevada a cabo, y comportar de este modo un verdadero elemento material probatorio de cargo por parte de la Fiscalía, el cual, de todos modos, necesariamente debe ser presentado a través de un testigo de acreditación (art. 337.5. d).

Esto último indica que al juicio debe comparecer personalmente la víctima o el testigo que llevó a cabo el reconocimiento, a fin de que ratifique o rectifique el señalamiento y la identificación practicada en la investigación, salvo el caso que el reconocimiento se pretenda hacer valer como prueba de referencia a términos de los artículos 437 y siguientes del Estatuto Procesal Penal.

Con relación al contenido de la USB, también resulta pueril la discusión dado que si la fiscalía no le descubrió el contenido; simplemente, no podrá sorprender a la defensa en el juicio con evidencias o elementos materiales de prueba que no le descubrió en la oportunidad correspondiente, además, anuncia que no es de su interés acudir a las referidas memorias. Así que, no podemos adelantarnos a decidir sobre algo hipotético, que aún no ha sucedido y no sabemos si ocurrirá siquiera. Igual raciocinio se impone, con relación a los declarantes que dice no fueron descubiertos, pues, sino lo fueron en su oportunidad no podrán testificar simple y llanamente.

Asimismo, con relación a la orden de batalla, de captura, legalización de la misma y demás documentos que se relacionan en el escrito de acusación sus anexos y adiciones, de los cuales se le corrió traslado al recurrente, no se pueden excluir porque a la contraparte le parecen inocuos; pues, para la representante de la fiscalía le pueden ser útiles y, es quien está legitimada para determinar el uso que les va a dar en el juicio o se abstenga de utilizarlos, sin que la contraparte pueda oponerse o vetar esa opción.

Auto de segunda instancia (2011-01286-01) del 14 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN ACCIDENTE DE TRANSITO – Responsabilidad al no conservar la distancia legal de separación entre los vehículos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Nacional de Tránsito, artículo 108.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La pretensión del apelante para que los testigos de descargo primen sobre los de cargo, no la admite el conjunto probatorio desfilado en el juicio oral cuya valoración a la luz de la sana crítica, lleva indiscutiblemente a demostrar que el acusado no guardó la distancia con el vehículo que lo antecedía, siendo la infracción a la norma de tránsito que le imponía conservar distancia de 10 metros (no 20 como erradamente dice el a quo) con el carro de la víctima, la que originó el accidente.

Esa actitud imprudente del procesado ROSERO ESCOBAR, fue la causa por la cual la buseta conducida por él impactó por la parte de atrás al automóvil guiado por la víctima MORENO MARTÍNEZ, hiriendo a sus ocupantes.

En efecto, el dicho del mismo ROSERO ESCOBAR se yergue contra lo afirmado por el apelante, siendo que el procesado asevera que al momento del impacto se desplazaba entre 20 a 30 k/h, velocidad que lo obligaba conforme al deber impuesto en el artículo 108 del Código Nacional de Tránsito a distanciarse 10 metros del vehículo que lo antecedía.

De haber mantenido esa distancia, aún en el hipotético evento que MORENO MARTINEZ se hubiese detenido de improviso, el conductor de la buseta habría tenido tiempo de frenar e incluso de ocupar otro carril, pero ninguna acción defensiva le fue dada precisamente porque con su actuar obraba agresivamente en el flujo automotor, sin consideración ni respeto por el derecho de otros conductores a ocupar la vía pública.

Esta situación la resalta la huella de frenada de 10 metros, indicativa de que en el breve espacio entre ingreso y paso del peaje, y los 100 metros siguientes donde se produjo la colisión, ROSERO ESCOBAR impulsaba con desmesura la buseta, conducta que reafirma su manera atrabiliaria e ilícita de conducir el vehículo.

Lo anterior se refuerza, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 108 del Código Nacional de Tránsito, según el cual para guardar la distancia el conductor que precede a otro dentro del mismo carril, deberá atender el estado del suelo, humedad, visibilidad, peso del vehículo y otras condiciones que puedan alterar la capacidad de frenado de éste, manteniendo una distancia prudente con el vehículo que antecede.

En este caso, especialmente el peso del vehículo conducido por el acusado, lo llamaba por prudencia y sensatez a guardar con mayor rigor una distancia que le permitiera sortear alguna emergencia y especialmente asegurar la capacidad de frenado.

Las pruebas del juicio demuestran que el acusado no conservó la distancia de ley ni tampoco la que la razón y las concretas circunstancias le dictaban, sino que pasó el peaje a una distancia menor, y por tal razón –que entraña su imprudencia por violación del reglamento- atropelló al automóvil que lo antecedía golpeándolo en su parte trasera derecha, causando las lesiones a los ocupantes del mismo.

En ese contexto, el a quo valoró debidamente los testimonios aportados por la defensa y en el análisis de su información confrontada con el conjunto probatorio, indefectiblemente concluyó que no decían la verdad porque se contradecían no solo con el acusado, sino con los testimonios atendibles y veraces en los que la Fiscalía sustentó y demostró los cargos contra ROSERO ESCOBAR.

Así, el testigo HENRY SANTA RODRIGUEZ aparece diciendo que los vehículos ocupaban el carril central cuando realmente transitaban por el derecho; que el vehículo Mazda iba por el carril izquierdo cuando rodaba por el del centro.

Esas inconsistencias del testigo Santa desvalorizan su dicho y lo colocan en escenario diferente al de los hechos, mostrándolo mendaz por inexacto, amén de que su imprecisa percepción de lo realmente acontecido, lo descalifica esencialmente.

Además, porque si los hechos hubieran ocurrido como él plantea, el carro blanco, el de la víctima, una vez colisionado por la buseta, con gran probabilidad habría impactado al Mazda verde, nada de lo cual ocurrió ni estuvo a punto de suceder siendo que la realidad probatoria muestra la producción de episodios bien diferentes a los que quiere infructuosamente sostener este testigo en afanosa actitud de favorecer al acusado, intento mendaz que no logra, pues, como se viene resaltando, incurre en protuberantes contradicciones con su mismo prohijado ROSERO ESCOBAR.

Además de esas inconsistencias, el declarante Santa dice, contra lo dicho por el conjunto probatorio, que los hechos sucedieron dos metros después del peaje cuando lo expresado por los testigos víctimas de los hechos y por el guarda de tránsito NOPE VARGAS comprueba que fue 100 metros adelante del peaje, conforme lo atestaron las víctimas y el guarda quien precisamente por los vestigios hallados en el escenario dedujo que la colisión aconteció 100 metros adelante del peaje.

Igualmente, el testigo SANTA va en contravía de lo depuesto por su amigo LINO ROSERO, pues mientras este asevera que la colisión sucedió 300 o 400 metros después del peaje, su partidario Santa, que ocupaba puesto al lado de él, dice que dos metros después, con lo que reitera su postura mentirosa y parcializada a favor del acusado.

Estas dicientes contradicciones entre estos dos declarantes que se sitúan en lugar privilegiado de percepción de los hechos, lleva a concluir que ambos mienten: el acusado en su afán de exculparse y su amigo Santa en su interés inocultable de favorecerlo a costa de la verdad y de la administración de justicia.

A su turno, LOURDES ESTELA SOTELO igualmente se contradice con el propio acusado en cuyo favor pretendió, inútilmente, rendir testimonio, pues reporta la colisión en el mismo sitio del peaje, contra la realidad probatoria que lo determinó a 100 metros. Pero además, con ese aserto la incoherente testigo afirma distancia todavía más contraria a la proclamada por el procesado, quien mendazmente quiere situarla a 300 o 400 metros de la caseta del peaje.

Así las cosas, no resulta cierto que el a quo no hubiera analizado y valorado los testimonios de descargo, sino que al realizar tal labor a la luz de la sana crítica y de manera conjunta arribó, como no podía ser de otra forma acorde con la lógica y la razón, a la conclusión de que los testigos SANTA y SOTELO faltaban a la verdad y por esa actitud sus dichos no merecían crédito alguno sino repudio, ya que así de descalificados e inverosímiles carecían de fuerza para refutar y contraprobar los testimonios de cargo, cuya limpidez probatoria constituye fundamento serio, atendible y seguro para edificar la sentencia condenatoria contra el acusado LINO DANIEL ROSERO ESCOBAR, como autor responsable más allá de toda duda, del delito de lesiones personales culposas materia de juzgamiento.

De otro lado, la Sala no encuentra que la caución prendaria para gozar del subrogado luzca exagerada, pues su monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, se ajusta a la capacidad económica que la actuación atribuye al sentenciado.

Ahora bien, respecto al periodo de prueba para gozar del subrogado penal, el Tribunal advierte que debe ser el mínimo legal de dos años ya que el a quo sin motivación alguna lo elevó al máximo de 5 años, y ante la falta de justificación de ese incremento, el principio de proporcionalidad y necesidad impone rebajarla al mínimo de ley.

Por consiguiente la sentencia apelada se confirmará con la modificación indicada.

Sentencia de segunda instancia (AC-475-12) del 20 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: modifica la sentencia apelada.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL DESACATO – Exigencias jurisprudenciales/DESACATO – El cumplimiento de la orden, después de la culminación de su trámite, exime de la sanción.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-11113 de 2005, T-343 de 2011 y T-421 de 2003; Corte Suprema de Justicia, decisiones de tutela 54697 del 17 de enero de 2013, ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, 2012-01547-01 del 31 de julio de 2012, ponencia del magistrado Jesús Valle de Rutén Ruiz y 2012-02908-00 del 21 de enero de 2013, ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El Tribunal es competente para decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por el ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, por expresa autorización de los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000.

Los problemas jurídicos planteados radican en determinar i) si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales emitidas dentro de un incidente de desacato, y de ser así, ii) establecer si los Jueces Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, libertad, y acceso a la administración de justicia del ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, al no suspender o revocar las sanciones impuestas por incumplimiento del fallo de tutela adiado el 31 de julio de 2012.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que el asunto debatido tiene relevancia constitucional, como quiera que el accionante aduce que los Jueces Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, libertad y acceso a la administración de justicia, al no revocar o suspender la orden de arresto proferida en su contra, a pesar de haberse demostrado el cumplimiento del fallo de tutela.

En cuanto al segundo requisito de procedibilidad, considera la Sala que se cumple ya que el accionante ataca las decisiones adoptadas en el trámite del incidente de desacato, a través de las cuales le fue impuesta sanción de arresto y multa por el incumplimiento del fallo de tutela, contra las que no procedía ningún recurso, pudiéndose concluir que agotó todos los medios ordinarios de defensa judicial que tenía a su alcance.

Asimismo, se advierte que el auto a través del cual la Juez Promiscuo Municipal de El Águila sancionó con un día de arresto y multa de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes al ciudadano Ubeimar Delgado Blandón en su calidad de Gobernador del Valle del Cauca, data del 18 de diciembre de 2012 y la decisión emitida en virtud del grado jurisdiccional de consulta se profirió el 24 de enero de 2013 por el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, despacho que confirmó la sanción, en tanto que, la acción de tutela se interpuso el 8 de febrero hogaño, es decir, 11 días después, de donde se extracta que se cumple con el requisito de la inmediatez.

De igual manera, se advierte que mediante memorial radicado el 7 de febrero de 2013, es decir, después de haberse confirmado la sanción por parte del Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, el Secretario Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca, solicitó a la Juez Promiscuo Municipal de El Águila que levantara las sanciones impuesta contra el Gobernador del Valle del Cauca, argumentando que se había cumplido la orden, al haber pagado el bono pensional adeudado al señor José Alonso Ramírez Vargas, de donde se extracta que el accionante identificó los hechos que en su criterio generan vulneración de sus derechos fundamentales, dentro del trámite del incidente de desacato.

Ahora bien, corresponde a la Sala determinar si dentro del trámite del incidente de desacato, se incurrió en alguna vía de hecho, que afecte algún derecho fundamental del ciudadano Ubeimar Delgado Blandón.

De acuerdo a lo observado en el cuaderno correspondiente al incidente de desacato iniciado por el señor José Alonso Ramírez Vargas, se tiene que mediante sentencia del 30 de agosto de 2012 el Juez Primero Civil del Circuito de Cartago, modificó el numeral segundo de la sentencia del 13 de julio de 2012, proferida por la Juez

Promiscuo Municipal de El Águila, en el sentido de ordenar “*al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y A LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE EL AGUILA VALLE que en el término de 48 horas, siguientes a al notificación de este fallo, proceda sin dilaciones de ninguna especie a redimir y pagar el bono pensional del accionante JOSE ALONSO RAMÍREZ VARGAS y una vez, efectivo el pago del bono pensional, deberá el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS “PORVENIR”, dentro de las 48 horas siguientes, expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre el reconocimiento de la pensión del accionante.*”

Asimismo, se advierte que ante el incumplimiento de la orden, el 14 de septiembre de 2012, el señor José Alonso Ramírez Vargas, solicitó el inició del incidente de desacato, por lo que el 17 del mismo mes y año, la Juez Promiscuo Municipal de El Águila, dispuso requerir al Gobernador del Valle del Cauca, para que cumpliera la orden impartida en el fallo de tutela, habiéndose enviado el oficio T No. 071 del 25 siguiente, a través de la planilla 54 de la misma fecha.

En consideración a que no se demostró el cumplimiento integral de la orden de tutela, el 12 de octubre de 2012 la Juez Promiscuo Municipal de El Águila, dispuso iniciar el incidente de desacato y concedió el término de 3 días a las accionadas para que se pronunciara frente a las razones del incumplimiento y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer, habiéndose enviado el oficio 080 del 30 del mismo mes y año, dirigido a Ubeimar Delgado Blandon, en su calidad de representante de la Gobernación del Valle del Cauca.

En respuesta al inicio del incidente de desacato, la Directora Técnica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de la Gobernación del Valle del Cauca, manifestó que no se podía cumplir lo ordenado en el fallo de tutela, ya que mediante Resolución 1249 del 15 de mayo de 2012 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público había aceptado la solicitud de promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos, de conformidad con lo señalado en las Leyes 550 de 1999, 922 de 2004 y 1116 de 2006, acuerdo en el que se incluyó la obligación que se tenía con el accionante, debiéndose establecer la prioridad y el orden de la prelación de pagos que se van a ejecutar.

En consideración a que no se había dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela, luego de surtirse todas las etapas establecidas en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto interlocutorio 036 del 18 de diciembre de 2012, la Juez Promiscuo Municipal de El Águila, sancionó con un día de arresto y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes y multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, en su calidad de Gobernador del Valle del Cauca, por el incumplimiento de lo ordenado en la sentencia de tutela, decisión que fue notificada al precitado a través del oficio 112 del 18 de diciembre de 2012.

El conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, le correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, despacho que el 24 de enero de 2013, confirmó la sanción impuesta por la Juez Promiscuo Municipal de El Águila, al Gobernador del Valle del Cauca, al no haberse demostrado el pago del bono pensional adeudado al señor José Alonso Ramírez Vargas.

A través de memorial radicado el 28 de enero de 2013, es decir, cuando ya se había resuelto el grado jurisdiccional de consulta, la Coordinadora del Área de Representación Judicial de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca, solicitó que se revocara la sanción impuesta, argumentando que la obligación de esa entidad frente al accionante estaba reconocida, pero que al no ser el único ciudadano afectado con la precaria situación fiscal del Departamento, no podía hacer pago alguno, petición que el 29 del mismo mes y año, fue negada por la Juez Promiscuo Municipal de El Águila.

El 7 de febrero de 2013 el doctor Germán Marín Zafra Secretario Jurídico del Departamento del Valle del Cauca, solicitó una vez más la suspensión o revocatoria de la sanción impuesta al Gobernador del Valle del Cauca, demostrando el cumplimiento de la orden dada en el fallo de tutela, pues en esa fecha se había pagado el bono pensional al señor José Alonso Ramírez Vargas, quien allegó un memorial coadyuvando esa solicitud.

Mediante auto interlocutorio 009 del 8 de febrero de 2013, la Juez Promiscuo Municipal de El Águila, negó la solicitud de levantamiento de la sanción de arresto y multa impuesta al accionante, argumentando que la decisión adoptada por ella, había sido confirmada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Cartago, lo que la hacía inmodificable a pesar de la demostración de cumplimiento de la orden, ya que esa determinación no es una simple consecuencia del incumplimiento, sino que se trata de una medida correccional que busca evitar que las autoridades reiteren la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que los Jueces Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, no incurrieron en alguna irregularidad procesal ni sustancial, que afectara los derechos fundamentales del ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, a quien se le dio la oportunidad de demostrar el cumplimiento de la orden emitida en el fallo de tutela o la imposibilidad para hacerlo.

No se puede desconocer que los Jueces Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, resolvieron el incidente de desacato, ajustándose a la orden emitida en el fallo de tutela, respetaron el debido proceso del ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, toda vez que fue debidamente notificado del inicio del trámite y se le dio la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, demostrando el cumplimiento de la orden.

Tampoco se puede considerar que la sanción impuesta sea arbitraria, como quiera que se emitió con fundamento en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las pruebas que se habían allegado al trámite del incidente de desacato, según las cuales no se había cumplido la orden emitida en la sentencia.

No es de recibo el argumento expuesto por el accionante, según el cual, estaba en imposibilidad de pagar el bono pensional al señor José Alonso Ramírez Vargas, en virtud del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Departamento del Valle del Cauca, aduciendo que se vulneraría el derecho fundamental a la igualdad de los demás ciudadanos a los que se les adeuda prestaciones laborales, ya que el precitado es un sujeto de especial protección en consideración a que es una persona de la tercera edad, presenta discapacidad del 79.90% y padece una

precaria situación económica, situaciones que fueron el sustento para acceder a las pretensiones elevadas dentro de la acción de tutela y que hacía aún más reprochable el incumplimiento de la orden.

Así las cosas, advierte la Sala que la petición de amparo resulta improcedente, toda vez que las providencias que sancionaron al actor con un (1) día de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes no pugnan abiertamente con el ordenamiento legal ni responden a la voluntad arbitraria de sus signatarias.

Sin embargo, como quiera que el ciudadano Ubeimar Delgado Blandón, Gobernador del Valle del Cauca, mediante Resolución 0024 del 30 de enero de 2013, acató la orden impartida en el fallo de tutela, pues dispuso emitir y pagar el bono pensional a favor del señor José Alonso Ramírez Vargas, lo cual se efectuó el 7 de febrero del mismo año, tal como lo confirmó el precitado, la Sala dejará sin efectos las sanciones que le fueron impuestas por los Juzgados Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, ya que, aunque tardíamente, se cumplió el objeto del incidente.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que:

‘La imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

‘En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando. Al contrario, si el accionado no acepta la existencia de desacato y el juez, por incorrecta apreciación fáctica, determina que éste no existió, se desdibujará uno de los medios de persuasión con el que contaba el accionado para que se respetara su derecho fundamental. Al tener un carácter persuasivo, el incidente de desacato sí puede influir en la efectiva protección de los derechos fundamentales del accionante y en esa medida existiría legitimación para pedir la garantía del debido proceso a través de tutela.’ (Subrayado fuera de texto, sentencia T-421 de 23 mayo de 2003).

En un caso idéntico al aquí debatido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, luego de concluir que la solicitud de amparo era improcedente, ya que no se demostró la configuración de ninguna vía de hecho por parte de los despachos accionados, consideró que: *“Desde otra perspectiva, encuentra la Sala que la resolución No.4495 de 17 de mayo de 2012, fue expedida tardíamente, es decir, sólo después de proferida la decisión que en grado de consulta resolvió sobre las sanciones impuestas, circunstancia que pone de presente que los funcionarios accionados no incurrieron en un proceder constitutivo de una vía de hecho.*

No obstante, como el Instituto de Seguro Social aun cuando extemporáneamente expidió la indicada resolución, es menester reiterar el precedente de la Sala en el que dijo que “...como el accionante aun cuando extemporáneamente, acató el referido fallo, la Corte dejará sin efectos las sanciones que le fueron impuestas por el juzgado, pues el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió...”

Asimismo, la citada Corporación en otro asunto idéntico al aquí analizado, resolvió que: “3. No obstante, como quiera que la funcionaria competente de la citada entidad, esto es, la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal, mediante Resolución de 17 de octubre de 2012, acató la orden impartida en el fallo de tutela, pues resolvió la petición de la allí accionante respecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en su condición de cónyuge supérstite y, en representación de karen Tatiana Sánchez Liloy en calidad de hija del fallecido Heriberto Sánchez, y dicho acto administrativo fue notificado a la interesada (folios 6 a 10), la Corte dejará sin efectos las sanciones que le fueron impuestas por el Tribunal, ya que, aun cuando tardíamente, se cumplió el objeto del incidente...”

De acuerdo a lo anterior, la Sala dejará sin efectos los autos adiados el 18 de diciembre de 2012 y 24 de enero de 2013, emitidos por los Jueces Promiscuo Municipal de El Águila y Tercero Penal del Circuito de Cartago, respectivamente.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-2013-00044-01) del 22 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara la improcedencia de la tutela presentada y deja sin efectos las sanciones impuestas.

ORDEN DE CAPTURA – No es condición indispensable que la Fiscalía informe al indiciado sobre la existencia de la investigación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Penal, artículos 221 y 291.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 32634 del 01 de octubre de 2009, 32422 del 10 de marzo de 2010, 12447 del 11 de julio de 2002, 12091 del 1 de agosto de 2002, 24650 del 18 de noviembre de 2008; Corte Constitucional, C-799 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con lo señalado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta y sustentada por la defensa del señor Fredy Rodríguez López, cometido que se asume en el marco trazado por el recurrente y, dentro de los límites de los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal.

Los problemas jurídicos planteados por el recurrente radican en determinar i) ¿si las omisiones de informarle la iniciación de la investigación y de agotar el procedimiento de declaratoria de persona ausente constituyen irregularidades sustanciales y, ii) si de existir le vulneró el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción e igualdad de armas?

Adrede o por equivocación el recurrente asumió como un acto procesal único, las audiencias preliminares de legalización de la captura, imputación e imposición de

medida de aseguramiento; sin advertir que, se trata de audiencias preliminares autónomas e independientes, con regulación legal, desarrollo procesal, propósitos, temáticas, oportunidad y objeto constitucional diversos.

Nótese que el tema de la captura, está reglado en el Título IV – Régimen de la Libertad y su Restricción – Capítulo II, del Código de Procedimiento Penal, específicamente, los requisitos generales de la misma, fue modificado por el Artículo 19 de la Ley 1142 de 2.007.

Por consiguiente, frente al caso concreto, para disponer la captura del señor Fredy Rodríguez López; únicamente, se requería la solicitud del fiscal en la cual le expresara los motivos fundados de la misma aunada a los soportes o elementos materiales de prueba, evidencia física o información relevante de testigo o informante, que la soportase. Con base en tal argumentación objetiva y debidamente acreditada el Juez de Control de Garantías dispuso la orden de captura.

Así que, en tales quehaceres oficiales ejecutados dentro de las órbitas de sus competencias, los servidores estatales no incurrieron en transgresión alguna de derechos y garantías fundamentales del encartado, como lo pregona el recurrente.

En síntesis, constituye una falacia que la fiscalía previa a la obtención y ejecución de la orden de captura debía citar e informar al indiciado, que en su contra se llevaba a cabo una averiguación, según la cual estaba comprometido en la comisión de un grave delito; máxime, que el indiciado sabía de la existencia de la denuncia e investigación en su contra que se evidenció en la reacción violenta de sus consanguíneos por el criminal proceder que le atribuyen.

No se discute que Rodríguez López tenía el derecho a saber que era investigado y, en consecuencia, pudo acudir a la fiscalía a solicitar y obtener efectiva información sobre el particular, en lugar de ocultarse como lo hizo, comportamiento que habilitó el trámite, obtención y ejecución de la captura, la cual en modo alguno está condicionada o supeditada a la existencia previa de tal información sobre la iniciación de la averiguación, lo cual por cierto haría nugatorio el ius puniendi.

El recurrente hábilmente pretende que se apliquen los presupuestos de la audiencia de formulación de la imputación a la audiencia de legalización de la captura cuando son dos audiencias totalmente diferentes como se advirtió en precedencia.

Efectivamente, tratándose de la audiencia de formulación de imputación que se halla reglada en el Código de Procedimiento Penal Libro II, Título III, Capítulo Único, en la cual la fiscalía le comunica la imputación fáctica y jurídica circunstanciada en términos claros, precisos y completos en los términos de los Artículos 286 y siguientes de la Ley 906/04, con la observancia de los derechos y garantías constitucionales, dado que a partir del acto de imputación se vincula como sujeto pasivo de la acción penal al encartado y, el mismo integra la estructura básica del debido proceso, en tanto que, el indiciado en ese momento adquiere la condición de imputado o procesado y es presupuesto de los actos procesales subsiguientes.

Obsérvese que, al instante de ser capturado el señor Rodríguez López se activaron sus derechos fundamentales en su plenitud y, de su observancia da cuenta el recurrente, que circunscribe su inconformidad a lo sucedido con antelación a ese acto que se ajustó a derecho según lo definió el Tribunal Constitucional.

En definitiva, en la audiencia de imputación, si el fiscal dentro del ejercicio de sus funciones y dentro del ámbito de su competencia, considera que dada la gravedad del delito investigado o de la conducta contumaz asumida por el indiciado (a) es menester agotar el trámite, obtención y ejecución de la captura; por sustracción de materia no será menester la citación con información sobre el motivo de la audiencia, entre otras razones porque en esos casos es desde allí donde nacen los derechos a que se refiere la sentencia de la Corte Constitucional.

Téngase en cuenta que la constatación de la efectiva citación del indiciado con información sobre los motivos que llevan al fiscal a requerirlo por estar investigándolo (a) como autor o partícipe de un delito (s), son presupuestos insoslayables para el indiciado que injustificadamente no concurre a la audiencia de imputación; evento en el cual, se procederá al trámite de la contumacia según el Artículo 291 del Código de Procedimiento Penal, más no para la audiencia de legalización de la captura como equivocadamente lo pregona el recurrente.

En otras palabras, tanto en Ley 600/00 como en el procedimiento de tendencia acusatoria Ley 906/04, la captura del indiciado no constituye un presupuesto del proceso penal, porque no hace parte de la estructura del proceso, su ilegalidad no invalida la totalidad del proceso, no es presupuesto de la imputación previa, legalización de la captura y audiencia de imputación son actuaciones procesales totalmente independientes sin que la una sea presupuesto de la otra. Así que las irregularidades que pudieren afectar la captura no se transmiten a las actuaciones subsiguientes.

En otras palabras, los vicios que sólo inciden en el derecho fundamental de la libertad personal, tienen corrección y restablecimiento al interior del proceso penal e incluso por la vía del *habeas corpus*.

Adicionalmente, debe advertirse que los motivos de ineficacia de los actos procesales *no son de postulación libre, como la jurisprudencia insistentemente ha dicho, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes*".

Por consiguiente, el recurrente no satisfizo los requerimientos fácticos, probatorios y argumentativos que demandan la estructuración de los principios que rigen la ineficacia de los actos procesales y que dicen relación con los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, residualidad, acreditación e instrumentalidad. Por consiguiente, al no acreditar su concurrencia en forma específica se impone la confirmación del auto impugnado.

Auto de segunda instancia (2011-00372-01) del 25 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA – El juez no puede inmiscuirse en la potestad que tiene la Fiscalía para determinar los delitos que incluye en la imputación o en la

acusación/IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA – Los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen de la conexidad entre los delitos que son de su competencia y los de cualquier otro funcionario judicial.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Penal, artículos 50, inciso segundo, 35, numerales 17 y 28, 36, numeral segundo, 43, 52, inciso segundo y artículo 337; Código Penal, artículos 103, 104, numeral séptimo, 340, inciso segundo, 365, 376 y 384.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala es competente para pronunciarse frente a la impugnación de competencia de la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, planteada por la defensa del señor Héctor Fabio Noreña Henao, de conformidad con lo establecido en los artículos 34 numeral 5º y 341 de la Ley 906 de 2004.

En audiencias concentradas celebradas el 21 de agosto de 2012 ante el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Buga, se le imputaron cargos al señor Héctor Fabio Noreña Henao por el delito de concierto para delinquir agravado, de que trata el artículo 340 inciso 2º del Código Penal, los cuales no aceptó, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Con posterioridad, propiamente el 14 de diciembre de 2012, ante el mismo funcionario se llevó a cabo audiencia preliminar en la que la fiscalía adicionó la imputación al procesado por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, artículos 103 y 104 numeral 7º; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, artículo 365; y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, artículos 376 y 384 numeral 3º, todos consagrados en el Estatuto Sustantivo Penal, cargos que tampoco fueron aceptados por el señor Noreña Henao, adicionándose la medida de aseguramiento sólo por las dos primeras de las precitadas conductas punibles.

El 20 de diciembre de 2012, la Fiscalía 15 Especializada Bacrim de Cali, radicó escrito de acusación convocando al procesado a responder en juicio oral y público sólo por el punible de concierto para delinquir agravado, dejando de hacerlo por los delitos por los que se adicionó la imputación el día 14 del mismo mes y año, situación que el representante del ente instructor pretendió corregir a través de la adición de la acusación en la audiencia del pasado 12 de febrero, pero el defensor impugnó la competencia de la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de esta localidad al considerar que las conductas atentatorias contra los bienes jurídicos de la vida y la seguridad pública de que tratan los artículos 103, 104 y 365 no tienen relación con la descrita por el artículo 340 inciso 2º del Código Penal.

Estima el peticionario que en la audiencia de adición a la imputación la fiscalía no demostró la conexidad de las últimas conductas imputadas con relación al punible de concierto para delinquir agravado, y que por ello existe incompetencia de dicha juez penal especializada para conocer de aquellas.

Para resolver lo pertinente, deber tenerse en cuenta que la regla general establecida por el artículo 50 de la Ley 906 de 2004 es que por cada delito se debe adelantar una sola actuación procesal, salvo las excepciones legales, entre ellas cuando se trate de delitos conexos, que se deben investigar y juzgar conjuntamente según lo dispone el inciso 2º del mismo canon.

La Fiscalía Delegada, en ejercicio de la acción penal, determinó formular imputación en contra del señor Noreña Henao, inicialmente, por el punible de concierto para delinquir agravado, y luego, en audiencia de adición de imputación, por los delitos contra la vida, la seguridad y la salud pública ya mencionados, al considerarlos delitos conexos, señalándose que contra estos actos, por ser de mera comunicación, no procede recurso alguno.

En otras palabras, la formulación de imputación de cargos en contra del procesado ya se superó, lo cual se surtió en las correspondientes etapas de las audiencias preliminares celebradas el 21 de agosto y el 14 de diciembre de 2012, sin que sea dable en este estadio procesal controvertir lo atinente al tema de la conexidad, se itera, por tratarse el sistema penal acusatorio de fases preclusivas.

Asimismo, téngase en cuenta que el objetivo principal de la audiencia de formulación de acusación lo es sanear el proceso, para lo cual tanto la defensa como los intervinientes están facultados para referirse sobre los requisitos del escrito de acusación, descritos en el artículo 337 del Estatuto Procesal Penal, pero en manera alguna se podrá interferir en los delitos por los cuales se pretende acusar, pues esto es potestativo de la Fiscalía, tal como lo ha decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al manifestar que *“los requisitos consagrados en el artículo 337, al que alude la norma citada, son enteramente formales, evidenciándose inconcuso que de ninguna forma el juez de conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía (...)”*.

En el asunto sub examine, el defensor sustenta su crítica sobre la presunta incompetencia de la juez de conocimiento para seguir conociendo del proceso, en que la Fiscalía no demostró la conexidad de unos delitos con respecto al primero por el que se imputaron cargos, concierto para delinquir agravado, denotándose con lo visto que es potestad exclusiva del ente instructor determinar por cuales delitos formula imputación o por cuales presenta acusación, sin que le sea dable al juez de conocimiento interferir en tal decisión.

En este orden, corresponde determinar a qué funcionarios les está asignado por ley conocer de los delitos aquí imputados, advirtiéndose que la competencia en cuanto se refiere a los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, tipificados en los artículos 340 inciso 2º y 376 y 384 numeral 3º del Código Penal, aparece radicada en cabeza de los jueces penales de circuito especializados, según lo previsto por los numerales 17 y 28 del artículo 35 de la codificación procesal penal del sistema acusatorio, mientras que de las conductas atentatorias contra la vida y la seguridad pública, consagradas respectivamente en los artículos 103 y 104 numeral 7, y 365 del código de las penas, le corresponde conocer a los jueces penales del circuito, atendiendo la competencia residual reglada en el numeral 2º del artículo 36 de la Ley 906 de 2004.

Asimismo, el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal establece que: *“Es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito.*

Quando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, éste se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación...”.

Para dilucidar entonces el tema de la impugnación de competencia presentada por el togado de la defensa, debemos remitirnos a lo dispuesto por el artículo 52 del Estatuto Adjetivo Penal, que en su inciso 2º determina que *“Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal de circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquél”*, con lo cual ninguna duda se ofrece que es la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de esta localidad quien tiene la competencia para seguir conociendo del presente proceso en el que se imputaron cargos por los pluricitados delitos.

Debe precisar la Sala al peticionario, que la inconformidad planteada con respecto a la conexidad de los últimos delitos por los cuales se imputaron cargos a su representado con el injusto de concierto para delinquir agravado, al igual que lo atinente a la materialidad de las conductas punibles y la presunta responsabilidad del procesado, son temas que en el estadio procesal en que se encuentra la actuación, deben debatirse en el juicio oral y público, ya que en las audiencias de formulación de imputación la Fiscalía General de la Nación a través de su Delegada, estimó que se trata de delitos conexos, y en este sentido le imputó cargos al señor Noreña Henao.

Considera la Sala que al no concurrir ninguna causal de orden constitucional o legal que le impida a la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga seguir conociendo del asunto adelantado en contra del señor Héctor Fabio Noreña Henao, se dispone devolver la actuación a dicho estrado judicial.

Auto 2012-01393-01 (impugnación de competencia) del 27 de febrero de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: asigna la competencia para seguir conociendo del proceso al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga.

NULIDAD – El compulsar copias para investigar, de manera independiente, la presunta comisión de una conducta punible conexas no es irregularidad grave que afecte al debido proceso ni constituye violación al principio de la doble incriminación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 8, 19, 31, 306. 400 y 401.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 33075 del 12 de mayo de 2010 y 39105 del 29 de agosto de 2012, ambas con ponencia de la magistrada María del Rosario González de Lemos.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar i) si la nulidad planteada por el defensor de la señora Dora Alba Quintero se elevó dentro del término establecido para ello, de conformidad con los artículos 400 y 401 de la Ley 600 de 2000 y de ser así, establecer si se configura alguna causal de nulidad de la presente actuación, al haberse iniciado en virtud de la compulsión de copias dispuesta por esta Corporación, en proveído del 28 de abril de 2006, a través del cual se revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira, para en su lugar condenar a la señora Dora Alba Quintero por las conductas punibles de peculado por apropiación y tráfico de moneda falsa, dentro del proceso radicado 2004-00115.

El inciso segundo del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, establece que: *“Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar nulidades originadas en la etapa de investigación y las pruebas que sean procedentes.”*

Asimismo, el artículo 401 de la misma ley, consagra que: *“Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir...”*

Descendiendo al caso concreto, se advierte que dentro del término del traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el cual corrió desde el 22 de agosto de 2012 al 11 de septiembre del mismo año, el defensor de la señora Dora Alba Quintero, no solicitó la nulidad de la actuación por la supuesta irregularidad cometida al momento de ordenarse la compulsión de copias contra la precitada, debiéndose concluir que la petición efectuada en la audiencia preparatoria era extemporánea y por tanto, debió ser rechazada por la Juez Cuarto Penal del Circuito de Palmira.

Además de ser extemporánea la solicitud de nulidad elevada por el defensor de la señora Dora Alba Quintero en desarrollo de la audiencia preparatoria, advierte la Sala que tampoco está demostrada la causal invocada, por las siguientes razones:

El artículo 306 de la Ley 600 de 2000, establece que: *“Son causales de nulidad:*

1. *La falta de competencia del funcionario judicial.
Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.*
2. *La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.*

3. La violación del derecho de defensa.”.

La causal invocada por la defensa de la señora Dora Alba Quintero es la consagrada en el numeral 2º del artículo transcrito, ya que según él, la compulsa de copias dispuesta por ésta Sala en la sentencia de segunda instancia emitida el 28 de abril de 2006, dentro del proceso radicado 2004-00115, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso de su defendida, al haberse vulnerado los principios de non bis in ídem y no reformatio in pejus.

El artículo 19 de la Ley 600 de 2000, establece que: *“La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.”*

El artículo 8º de la Ley 599 de 2000, consagra que: *“A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera que sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.”*

El principio del non bis in ídem, implica que no se pueden revivir actuaciones judiciales sobre hechos en los cuales ya se tomó una decisión definitiva, siendo esta prohibición una consecuencia del reconocimiento de la cosa juzgada.

La presente actuación se inició por la compulsa de copias dispuesta por la Sala en sentencia del 28 de abril de 2006, emitida dentro del asunto radicado 2004-00115 seguido contra la señora Dora Alba Quintero por las conductas punibles de peculado por apropiación y tráfico de moneda falsificada, y tiene que ver con el presunto ocultamiento del oficio 325 del 15 de mayo de 2002 proferido por la Coordinación de la Fiscalía Seccional de Palmira, dirigido a la doctora Carmen Eugenia Caicedo Delgado y del acta elaborada en la misma fecha en la Oficina de Administración de Bienes de la Fiscalía de Cali, en la que aparecían relacionados los dólares auténticos que la precitada sustituyó por unos falsos, para apropiarse del dinero.

El argumento para ordenar la compulsa de copias con el objeto de investigar la posible comisión del delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, fue que al parecer la señora Dora Alba Quintero, quien se desempeñaba como Asistente Judicial de la Fiscalía Ciento Cuarenta y Tres Seccional de Palmira y a quien se le entregó el original del oficio 325 del 15 de mayo de 2002, al igual que el acta en la que aparecían relacionados los dólares auténticos, omitió anexar esos documentos al expediente respectivo, sin que los mismos hubiera sido encontrados en las dependencias de esa fiscalía.

Consideró la Sala que el no haberse anexado esos documentos al expediente, tenía relación directa con el cambio de algunos dólares auténticos por unos falsos, ya que de esa manera se hizo creer que al momento de recibirlos no se había tenido la posibilidad de confrontarlos, sin que pudiera dejarse de lado que al indagar a la señora Dora Alba Quintero acerca del paradero del oficio 325 del 15 de mayo de 2002 y el acta en la que aparecía la relación de los billetes, esta respondió con evasivas.

La acción penal por los delitos de peculado por apropiación y tráfico de moneda falsa, tuvo su origen en el apoderamiento ilegal en el que incurrió la señora Dora Alba Quintero, al haberse quedado con 6 billetes auténticos, los cuales cambió por dólares falsos, a efectos de ocultar las conductas punibles en las que había incurrido, en tanto que, la destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, nació en el hecho que al parecer la precitada ocultó el oficio 325 del 15 de mayo de 2002 y el acta en la que aparecía la relación de los billetes, con el fin de hacer creer que al momento de recibirlos no tuvo la posibilidad de confrontarlos, sin que se pueda considerar que por haberse emitido condena por las primeras conductas referidas, se esté vulnerando el principio de cosa juzgada o del non bis in ídem, al ordenarse que se investigara la posible comisión del último delito mencionado.

En el presente caso, existe cosa juzgada con relación a las conductas punibles de peculado por apropiación y tráfico de moneda falsificada, porque se emitió sentencia condenatoria contra la señora Dora Alba Quintero, la cual cobró ejecutoria material, en consideración a que mediante proveído del 28 de mayo de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de la precitada.

Pero si una de las conductas presuntamente desplegadas por la señora Dora Alba Quintero, fue ocultar el oficio 325 del 15 de mayo de 2002 y el acta en la que aparecía la relación de los billetes, con el fin de ocultar el apoderamiento de los dólares auténticos, es probable que hubiera incurrido en otra conducta punible diferente al peculado por apropiación y al tráfico de moneda falsificada, sobre la cual no se ha emitido decisión de fondo debidamente ejecutoriada, siendo procedente adelantar la acción penal para que se determine si efectivamente se configuró otro delito y sí la precitada tuvo alguna responsabilidad en el mismo.

Bien puede ocurrir, que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se vulneren varias veces la misma disposición o varias disposiciones de la Ley penal y por eso el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, regula el concurso de conductas punibles, por lo que en esos eventos, el hecho que se haya emitido sentencia debidamente ejecutoriada por una de esas conductas, no impide que se siga adelantando la acción penal por las demás, siempre y cuando no haya prescrito la acción.

La Sala observa con extrañeza la posición asumida por la defensa, al plantear la declaratoria de nulidad de toda la actuación y del proceso radicado 2004-00115, lo cual es totalmente improcedente, como quiera con una simple lectura del expediente, claramente se puede concluir que no ha existido vulneración alguna a los principios de cosa juzgada y al non bis in ídem, pues, se reitera, se trata de la posible comisión de varias conductas punibles, donde con relación a dos de éstas se emitió sentencia condenatoria, decisión que en nada impide el juzgamiento del punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, por el que también fue acusada la señora Dora Alba Quintero.

No se puede dejar de lado, que a la señora Dora Alba Quintero se le endilgaron tres conductas punibles, peculado por apropiación, tráfico de moneda falsificada y destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, las cuales, si bien es cierto, se originaron en los mismos hechos, es decir, en el apoderamiento de 6

billetes de 100 dólares auténticos que fueron sustituidos por unos falsos y en el presunto ocultamiento de unos documentos con el fin de hacer creer que no se tuvo la posibilidad de confrontar que los billetes recibidos eran los mismos que aparecían relacionados, los delitos son independientes y para determinar su configuración se requiere analizar aspectos totalmente distintos.

En ningún momento se le ha imputado más de una vez la comisión de la misma conducta punible a la señora Dora Alba Quintero, lo que pasa es que según lo expuesto en la acusación, la precitada pudo haber incurrido en un concurso de delitos, esto es, peculado por apropiación, tráfico de moneda falsificada y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, lo que hace exigible que sean investigados y juzgados cada uno de ellos, sea de manera independiente o bajo la misma cuerda procesal, de modo tal, que al haberse emitido condena por los dos primeros, debe continuarse el juzgamiento por el último, por lo que se hace exigible adelantar la actuación correspondiente.

Además, el peticionario no demostró que realmente a la señora Dora Alba Quintero se le hubiera imputado la conducta punible de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, dentro del asunto radicado 2004-00115 y que a pesar de ello la Sala hubiera compulsado copias para que en otro proceso se investigara la configuración de ese delito y la presunta responsabilidad de la precitada.

En cuanto a la supuesta vulneración del principio de la no reformatio in pejus alegada por la recurrente, se tiene que el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Política establece que: *“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”*, lo cual no ocurrió en el asunto seguido contra la señora Dora Alba Quintero, ya que además de no ser ésta la apelante, el Tribunal no agravó su situación, sino que al advertir la posible configuración de otra conducta punible, estaba en el deber de compulsar las copias pertinentes a efectos que se investigara la presunta responsabilidad de la procesada frente a ese delito, por el que no se ha emitido sentencia definitiva.

En conclusión, al no haberse demostrado la alegada irregularidad sustancial que afecta el debido proceso de la señora Dora Alba Quintero, la Sala confirmará el auto apelado, máxime, que en caso de emitirse sentencia condenatoria en su contra por el delito de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, bien puede pedir la acumulación jurídica de penas.

Auto de segunda instancia (2012-00103-01) del 4 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

FORMATO ÚNICO DE NOTICIA CRIMINAL – Es documento público y como tal debe someterse a las reglas del descubrimiento probatorio.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 337, 344 y 346.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 28656 del 28 de noviembre de 2007, 34392 del 25 de agosto de 2010 y 28847 del 12 de mayo de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con lo señalado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta por la Fiscalía 27 Especializada UNAIM, para lo cual se pronunciará, únicamente, sobre la inadmisión del formato único de noticia criminal de conformidad con los Artículos 31 Superior y 20 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 337 de la Ley 906 de 2004, señala que *“El escrito de acusación deberá contener:*

(...)

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieran prueba.

b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.

c) El nombre la dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.

d) Los documentos, objetos u otros elementos que quiera aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.

e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección, y datos personales.

f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la fiscalía

g) Las declaraciones o deposiciones.

La fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas”.

El artículo 344 ibídem señala que *“Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.*

(...)

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.”

El artículo 346 de la misma ley, establece que: *“los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.”*

En el presente caso, está demostrado que ni en el escrito de acusación, ni en las audiencias de acusación y preparatoria la fiscalía hizo referencia al formato único de noticia criminal FPJ-2 de 29 de junio de 2.012 anunciando que sería un E.MP., más, que aduciría en el juicio a través de su respectivo testigo de acreditación.

Nótese que el anexo al escrito de acusación no se mencionó como evidencia a ser considerada eventualmente en el juicio oral la mentada noticia criminal; igualmente se advierte que, en la audiencia de formulación de acusación le dio lectura a los dos documentos que haría valer en el juicio y, omitió enunciar el formato de denuncia FPJ-2, y, desde luego, tampoco lo descubrió en la oportunidad legal.

Adicionalmente, de conformidad con lo señalado en el inciso 1º del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía debió, como efectivamente se comprometió, realizar el descubrimiento dentro de los 3 días siguientes a la audiencia de formulación de acusación,

El recurrente sin ambages admite que no pidió y menos le descubrió el aludido documento a la defensa y; no obstante, ese conocimiento cierto e indiscutido, de manera desleal pretende desbalancear a su favor el proceso cercenando el principio vertebral del sistema acusatorio cual es la igualdad de armas, el cual no admite la supremacía de una parte frente a la otra.

De otra parte, es un dislate mayúsculo del fiscal pretender sostener que la noticia criminal contenida en un escrito, no constituye o sea documento público y, le quite a su albedrío la connotación de elemento material probatorio.

El descubrimiento probatorio oportuno busca el juego limpio al interior del proceso penal, que los intervinientes en el mismo tengan la oportunidad “de conocer el contenido de un elemento material probatorio, evidencia física, informe, entrevista o, en fin, de un medio suasorio que pueda interesar a su teoría del caso...”

Como tales presupuestos factuales y jurídicos no se satisfacen por el recurrente, inexorablemente, sus planteamientos están llamados al fracaso. Por consiguiente, sean suficientes las anteriores consideraciones para impartirle la condigna confirmación a la decisión del a quo, en tanto, se ajusta estrictamente al orden constitucional y legal.

Auto de segunda instancia (2012-80113-01) del 6 de marzo 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

SECUESTRO SIMPLE – No comete dicha conducta quien retiene justificadamente, por corto tiempo y para dejarla a disposición de la Policía, a la persona sorprendida en flagrante delito de hurto.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 32; Ley 906 de 2004, artículo 302.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, el denunciante CONCHA SOTO asevera haber sido retenido ilícitamente por lapso aproximado de 50 minutos, tiempo que sus captores demoraron en ponerlo a disposición de la Policía; por su parte, el implicado DIEGO FERNANDO AVILA PATIÑO asegura que la retención se realizó porque CONCHA SOTO momentos antes había hurtado un teléfono celular en su negocio situado en la Galería de Sevilla, por lo que junto con su hermano lo ingresaron a su vehículo para dejarlo a disposición de la autoridad, actividad que demoró 20 minutos aproximadamente.

La información aportada por el conjunto de testigos, efectivamente lleva a concluir que pasada la una de la tarde del 23 de junio de 2007, Fabián Armando Avila abordó en la calle a Concha reclamándole por el hurto de un teléfono celular. En esa discusión demoraron cerca de 15 minutos conforme se desprende de lo dicho por el denunciante y la testigo GLORIA STELLA GARCÍA.

Enseguida, al sitio llegó DIEGO FERNANDO AVILA junto con JOSE MELQUIN GUZMAN, conductor de su vehículo, procediendo a ingresar a CONCHA SOTO dentro del mismo, acción que aparece sucedida hacia la una y treinta de la tarde, conforme se desprende de lo informado por el denunciante y las testigos García y YOMARA CUERVO, empleada de uno de los negocios de telefonía de Diego Avila.

A continuación, los procesados con el liderazgo de Diego Fernando Avila, impelieron a Concha a realizar un recorrido (durante el cual fue amenazado y violentado con el empleo de arma de fuego dice el denunciante) en el vehículo de Avila por varios sitios de la ciudad, incluso hasta las afueras de Sevilla, a la entrada de la vereda Samalia, para finalmente regresar al centro y previa llamada telefónica, dejar a disposición de la Policía al retenido CONCHA SOTO, situación acaecida hacia la 1:50 de la tarde, conforme lo atesta el policial MANUEL ORTIZ PRIETO, a quien los implicados hicieron entrega del señalado CONCHA SOTO y del teléfono celular que aseveraban hurtado por él.

La integración de la información reseñada lleva a concluir que efectivamente CONCHA SOTO permaneció retenido por cuenta de los implicados AVILA PATIÑO por espacio cercano a 30 minutos (el acusado Diego Avila admite que por 20 minutos aproximadamente), desde cuando lo ingresaron forzosamente al vehículo de Diego Avila y el momento en que la autoridad de policía recibió la llamada con la que el uniformado Ortiz Prieto fue informando acerca de esa aprehensión, dirigiéndose al sitio donde le fue entregado el capturado y el teléfono celular.

En tales condiciones, el punto en discusión se centra en dilucidar si configura delito de secuestro el tiempo empleado por los captores AVILA PATIÑO para dejar a disposición de la autoridad policial, al implicado CONCHA señalado de haberles hurtado un teléfono celular.

Al efecto, conviene recordar que el artículo 32 de la Constitución Política dispone que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona.

El plazo para realizar la conducción del capturado en flagrancia ante el juez, se reduce al término de la distancia, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 302 del C.P.P., según el cual:

“Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía”, autoridad que –sigue diciendo la norma- en el mismo lapso dejará a la persona capturada en flagrancia a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Así, pues, en el presente caso la realidad probatoria demuestra que los procesados Avila Patiño demoraron un poco más del término de la distancia en conducir al aprehendido CONCHA SOTO ante la autoridad de policía, pues conforme se evidencia de lo dicho por el denunciante y las testigos que convergen con su información, retardaron ese deber aproximadamente 30 minutos, mientras que el propio acusado Diego Avila admite que la retención de Concha demoró aproximadamente 20 minutos antes de ser reportada su aprehensión a la Policía Nacional.

Igualmente, se debe tener en cuenta que durante el lapso que demoró la retención, los hermanos Avila Patiño obraron paladinamente, pues actuaron en un día de mercado y en ningún momento pretendieron ocultar la acción de captura que realizaban contra CONCHA SOTO.

Al punto, los testigos adveran la manera como Fabián Avila interceptó a Concha quien se movilizaba en bicicleta, para realizarle reclamo por el teléfono hurtado, discusión que demoró cerca de quince minutos.

En seguida, llegó Diego Avila en su vehículo y, entonces, los implicados procedieron a ingresar a Concha en su interior, acción de dominación que también fue percibida por las testigos María Galeano, María Pinzón y Gloria García.

En esas condiciones, se reafirma que el momento en que se inició la retención fue apreciado por muchas personas quienes, asimismo, supieron que la inmovilización de Concha acontecía por estar implicado en el hurto de un teléfono celular, según explicaban los aprehensores AVILA PATIÑO.

El delito de secuestro simple se configura cuando se priva injustificadamente a otro de su libertad, siendo indiferente el propósito que guíe al plagiario, quien en todo caso materializa la sustracción o la retención de otra persona con pleno conocimiento de que carece de justificación para proceder de esa manera.

Igualmente, se tiene dicho que para la existencia de este delito no se exige que la privación de libertad sea por duración considerable, sino que puede ser por un corto lapso toda vez que la consumación se inicia cuando la víctima ha sido efectivamente privada de su libertad de manera injustificada.

En el presente caso resalta con suma importancia esa condición de injusticia de la retención para la configuración del delito, siendo que la actuación enseña que los procesados protagonizaron la privación de libertad de Concha Soto en flagrante delito de hurto de un teléfono celular, con lo cual se afianza la tesis defensiva acogida por el a quo, de que la retención sucedió de manera justificada.

Cuando la privación de la libertad acontece en flagrante delito, conducta de ese linaje no constituye privación injusta de la libertad en la medida que desde la propia

Constitución Política se autoriza, e incluso se impone como deber ciudadano, obrar de esa manera respecto del delincuente cogido en flagrancia.

Ese contexto de los hechos, permite considerar de manera razonable que los acusados privaron de la libertad a Concha Soto en circunstancias que configurarían causa justificada, pues los medios probatorios en su conjunto muestran que retuvieron a CONCHA porque momentos antes les había hurtado un teléfono celular.

El propio denunciante muestra inconformidad no por la retención en sí, sino por haberse prolongado el tiempo para ser dejado a disposición de la policía, con lo cual el conjunto probatorio lleva a concluir que el momento mismo de la retención tuvo causa justificada y con ello legitimidad, siendo cuestionable solamente el tiempo que se dice excesivo para haber dejado al capturado bajo recaudo de la autoridad de policía.

La valoración conjunta de los medios permite aseverar que la retención de CONCHA SOTO demoró entre veinte y treinta minutos, pero consideradas las circunstancias en que se realizó, los medios empleados para ejecutarla al igual que la finalidad revelada por los implicados desde el mismo instante de la captura, no permite concluir libre de duda que la superación del término de la distancia para dejarlo a disposición de la policía, configure delito de secuestro.

En efecto, desde el inicio de la acción los implicados mostraron públicamente que aprehendían a Concha Soto por causa justa, sin que el lapso que demoraron para dejarlo a disposición de la autoridad, hubiera enervado ese propósito que, se insiste, no se amolda al del plagiarlo que de manera injusta priva de la libertad de movimiento a la víctima.

En este caso, valga insistir, esa retención se realizó por haber sido cogido en flagrante delito de hurto y para dejarlo a disposición de la Policía, como efectivamente aconteció, sin que la breve demora en hacerlo hubiera mudado la conducta de los implicados y su contenido de voluntad, a una privación de libertad encajable en el delito de secuestro.

Bien vale recordar que cuando la retención de la persona se realiza con causa justificada, entonces la acción no se predica delictuosa por falta de antijuridicidad. Esa situación se amolda razonablemente a la conducta de los acusados, quienes no mostraron propósito de privar injustamente de la libertad a Concha Soto, sino de hacerlo sobre la base de haberlo descubierto en flagrante delito de hurto de un teléfono móvil.

En esas condiciones, el obrar de los procesados no se dirigió a vulnerar el bien jurídico de la libertad de Concha, sino que autorizados por la Constitución y la ley en casos de flagrante delito procedieron a retenerlo a fin de dejarlo a disposición de la autoridad de policía.

El rebasamiento del término de la distancia aparece censurable, por cuanto buena parte de esos 20 o 30 minutos de exceso, los implicados lo dedicaron a maltratar a la víctima, lo obligaron a movilizarse en el vehículo del acusado Diego Avila al tiempo que lo amenazaban y le lanzaban improperios.

Sin embargo, en ese recorrido forzado los acusados no evidenciaron que pretendieran retener u ocultar al denunciante sino escarmentarlo por su acto de despojo, con lo cual la acción se mantuvo en su contenido de retener al “delincuente cogido “in flagranti”, mas no de inmovilizar a Concha Soto para impedirle su libertad de movimiento.

La actuación no permite concluir libre de duda razonable, que los implicados hubieran trocado su facultad de capturar en situación de flagrancia, por la de privar de la libertad injustamente a Concha Soto, y ante la imposibilidad de eliminar esa perplejidad el Tribunal encuentra acertada la providencia apelada, por cuanto la ausencia de certeza sobre la antijuridicidad de la conducta de los acusados, impone su absolución conforme lo decidió la Juez de primera instancia.

A partir de la situación de flagrancia, el señor CONCHA SOTO activó en su contra el proceder legítimo y justificado de los aquí procesados para capturarlo y dejarlo a disposición de la autoridad de policía, sin que el corto retraso en cumplir esta obligación constituya secuestro, por cuanto el propósito inicial no fue cambiado.

Si bien en el interregno constriñeron a la víctima a tolerar una especie de castigo por propia mano infligido por los acusados, sin embargo la actuación no desmiente que la captura de Concha Soto se produjo en flagrancia para dejarlo luego a disposición de la Policía, esto es, que la causa justificada para la captura realmente existió, así el procedimiento atrabiliario de los acusados finalmente hiciera pasible a la víctima de coacciones indeseadas.

Respecto a esta conducta que configuraría delito de constreñimiento ilegal, el Tribunal advierte que en este momento no puede endilgársele a los acusados porque atendida su menor punibilidad: 16 a 36 meses de prisión, la acción penal se encontraría prescrita, imponiéndose entonces la absolución dispuesta por el a quo sobre la base de no haber sido removido el principio de presunción de inocencia.

Sentencia de segunda instancia (AC-132-12) del 11 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: modifica la sentencia apelada.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL – Al asestar, durante una riña, una patada en la cabeza de la víctima y desbordar la intención de infligir lesiones personales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 38, 61, 63, 103, 104 y 105.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme se aprecia de lo depuesto por los testigos presenciales acabados de relacionar, la realidad probatoria enseña que entre NICOLAS RUIZ y José Manuel Alvarez el día de autos de presentó una confrontación que de altisonante verbal pasó a las vías de hecho, habiéndose trezado los contendientes en una riña, en la que Manuel Alvarez comenzó tirando golpes imprecisos contra Nicolás, quien para afrontarlos inicialmente empleó sus extremidades superiores, habiendo en una de esas ocasiones alcanzado la cara de José Manuel.

El contexto de los hechos contiene variados elementos que confluyen para predicar que Nicolás Ruiz y José Manuel Álvarez en desarrollo de su confrontación, mutuamente decidieron causarse daño. Si bien en su discordia emplearon expresiones verbales, desafiantes y censurantes, igualmente avanzados los ataques de Manuel contra Nicolás Ruiz, ambos se sumieron en ataques físicos recíprocos interrumpidos por la intervención de partidarios de uno y otro.

Sin embargo, existieron varios episodios en los que los testigos informan que los contendientes peleaban, y que cuando cesaban parecía que, especialmente Nicolás Ruíz, no regresaría al combate. Las transcripciones precedentes de lo dicho por cada presencial, integra el conjunto de lo sucedido en sus diversos y sucesivos momentos, cuya articulación lleva a concluir sin duda alguna que los contendientes pelearon, pues se golpearon mutuamente con evidente propósito de hacerse daño.

Si bien Manuel Álvarez arribó en actitud que puede entenderse provocadora y hostil, la reacción de NICOLAS RUIZ fue igualmente agresiva con lo cual finalmente ambos terminaron siendo agresores injustos mutuos, pues su voluntad tuvo el designio de dañarse uno al otro en la medida de su capacidad y tino de sus golpes.

La descripción de la escena que concluye con Manuel Álvarez en el piso sin poderse levantar y golpeado en su cabeza, corresponde al desencadenamiento final de la riña con su contendor NICOLAS RUIZ, quien con su mayor peso, corpulencia, estatura y plena sobriedad, siempre tuvo posición ventajosa o de superioridad respecto a Manuel, quien se encontraba bastante ebrio, y por su delgadez, peso y estatura menores finalmente fue derrotado en forma contundente por su adversario, quien arreció su acción agresiva recíproca en la fase final de la reyerta.

En este punto los testigos de descargo confluyen para mostrar que la tenacidad de José Manuel por agredir a su contrario, llevó a que derrumbara a Nicolás mediante maniobra que comprendió agarrarlo de las piernas hasta hacerlo caer, momento en el que –dicen los testigos conforme lo plantea la tesis defensiva- el corpulento Nicolás Rodríguez cayó sobre su contendor produciéndose el golpe de la cabeza de Manuel contra el pavimento.

Desde esa perspectiva, se reafirma que los implicados RUIZ y ALVAREZ se trenzaron en actividad agresiva recíproca, con el inocultable propósito de agredirse, de hacerse daño, aunque en unas circunstancias en las que el embriagado Alvarez no alcanzaba su designio porque la corpulencia, habilidad y sobriedad de Ruiz Montaña se lo impedía. Solamente al final de la confrontación el nivel de agresión fue mayor, porque Alvarez con un sorpresivo lanzamiento de su cuerpo para agarrar de las piernas a su contendor, lo desestabilizó hasta hacerlo caer, procediendo entonces –como afirma la testigo presencial Viviana López- a darle una patada en la cabeza, en momentos en que ALVAREZ yacía en el piso.

Esta información de la mencionada testigo no resulta extraña ni ajena a la secuencia como acontecía la contienda, sino que se aviene a una forma más agresiva de proseguir el combate con mayor intensidad y fuerza, tal como lo ilustra la agresión hacia las piernas de Nicolás que los testigos de defensa atribuyen a Manuel, quien a su turno, ya yacente en el pavimento, recibió la patada en la cabeza

por parte de Nicolás Ruiz conforme lo informa la testigo Viviana López, y que precisa propinada en la fase culminante de la riña.

El desenvolvimiento de la riña y los daños producidos en la humanidad de José Manuel Álvarez, los recoge coherentemente el Informe pericial de necropsia – estipulado por las partes-, en el que plasma que la víctima reporta desde la historia clínica trauma craneoencefálico severo causado por lesión por agresión.

Esa epicrisis corresponde a los hallazgos en el cadáver que de manera más detallada y precisa llevó a la forense a encontrar en el cráneo fractura múltiple del techo de la órbita derecha, fractura múltiple de la fosa temporal derecha y fractura lineal de la fosa occipital derecha de 3 cms., e igualmente en las meninges y el encéfalo hemorragia subaracnoidea generalizada y huellas de hematoma epidural de la base de hemicráneo derecho.

De manera consecuente, el conjunto de esa información le permitió a la médica forense concluir que la víctima falleció por encefalopatía hipóxica debido a trauma craneoencefálico contuso, y fijar la causa de la muerte en trauma craneoencefálico. También consigna que el fallecimiento sucedió el 4 de octubre de 2010 a las 06:40 am.

Por su parte la Historia clínica –también estipulada- del centro asistencial de Palmira donde fue llevado el lesionado Álvarez en seguida de haber recibido la agresión de parte de su contendor RUIZ MONTAÑO, consigna que ingresó a las 4:34 horas del 2 de octubre de 2010, llevado *“por evidenciar traumatismos en cara y cabeza, actualmente paciente con embriaguez grado 2. Refiere cefalea global intensa y náuseas”*.

Además consigna que epistaxis de fosa nasal derecha cesó espontáneamente; que en Snc presenta embriaguez grado 2, somnoliento, obedece órdenes y orientado en las 3 esferas. En la piel presenta abrasiones superficiales en cuero cabelludo región temporal y frontal con escaso sangrado activo, y abrasiones superficiales en codos. Agrega que el paciente se deja en observación para seguimiento neurológico por traumatismo craneano.

Esas anotaciones del examen físico del paciente, igualmente guardan correspondencia con la forma como los testigos ilustran el desarrollo de la riña y sus varios momentos, con lo que las abrasiones superficiales en codos bien cabe relacionarlas con su lanzamiento hacia las piernas de su adversario como forma de combate, y las raspadura en cuero cabelludo y el sangrado ya se relacionan con el golpe recibido, que conforme lo testificó Viviana López corresponde a la patada que le infligió Nicolás Ruiz en las postrimerías de la reyerta, y cuando Alvarez se encontraba en el piso, posición explicable en seguida de haberse lanzado en plancha hacia su adversario.

Ahora, la pluralidad de notas consignadas en el apartado DATOS DE EVOLUCIÓN y que dan cuenta del deterioro rápido y severo del paciente advertido hacia las 6:13 horas, comprueba que el trauma craneoencefálico sufrido en la riña realmente era bien grave, pero que no fue oportunamente diagnosticado en la Clínica de Palmira conforme lo depuso el testigo NUÑEZ ANTIA, quien al notar que en la cabeza de su amigo se manifestaba un CHICHO muy grande alertó a los médicos quienes en

adelante se ocuparon del herido al punto de decidir remitirlo a centro hospitalario de mayor nivel en la ciudad de Cali.

En la Clínica Nuestra Señora del Rosario de esa ciudad el lesionado ALVAREZ fue ingresado a las 11:17 a.m. del mismo 2 de octubre de 2010 por TCE severo hace 6 horas, sin claridad sobre el mecanismo del trauma, con TAC que reporta hematoma epidural grande con desviación de la línea media, pupilas anisocóricas, no reflejo corneal, se traslada a cuidados intensivos.

Los reportes de este centro asistencial guardan armonía con el precedente de Palmira, y además consigna las fases y signos de agravamiento del paciente José Manuel Alvarez, en quien igualmente hallaron escoriaciones en miembros inferiores, que, agrega el Tribunal, como las presentadas en los codos hace parte de la manera como Manuel asumió y desplegó el combate contra su adversario Nicolás Ruiz, y del contrataque de su parte que concluyó con la patada en la cabeza de la víctima para ese momento tirado en el piso.

El testimonio de SIGIFREDO OSORIO BENÍTEZ igualmente convocado por la defensa como perito en chaolín boxeo chino del norte, dice que con base en la necropsia, las historias clínicas y entrevistas se formó la idea de lo sucedido y la causa de la muerte de la víctima.

En su conjunto este testigo alude a que indudablemente entre Nicolás Ruiz y Manuel Álvarez se presentó una riña en la que mutuamente se agredieron.

Así, a la pregunta sobre a qué clase de golpes se refiere, responde que a vías de hecho entre los rijosos; en seguida contesta que entre los contendientes *“hubo una riña primero, tanto que como que hubo cambio de golpes de mano”*. Más adelante le responde al defensor que las raspaduras en cadáver indican que pudo haber forcejeo entre contendientes que luego cayeron, y al caer siempre se arrastra y por eso están las raspaduras por el lado derecho.

De la misma manera, en el contrainterrogatorio reitera que los contrincantes primero *“tuvieron agarres y golpes, unos que dieron de parte y parte. Occiso agarra al otro y caen, en esa caída es donde puede verse que recibieron los golpes”*, y agrega que las raspaduras se presentaron después que Manuel cayó al piso. Más adelante y no empece venir insistiendo en la caída como causa del TCE, sin embargo le responde al Fiscal que si es posible que una patada hubiera causado la muerte de la víctima.

El agente del Ministerio Público le pregunta si una persona que está en el piso y otra de pie la da una patada, ¿puede causar esa lesión? (la que sufrió la víctima), y responde: CLARO QUE SI causa esa lesión.

De esta manera, el testimonio del perito ofrecido por la defensa, concurre con los restantes testigos para concluir que entre Ruiz Montaña y Manuel Álvarez se presentó una riña, en cuyo desarrollo se golpearon mutuamente. Igualmente el testigo OSORIO BENITEZ concluye que una patada en la cabeza pudo causar la muerte de la víctima, con lo cual confluye con la testigo VIVIANA LOPEZ para apuntalar con las pruebas del juicio que efectivamente NICOLAS RUIZ MONTAÑO

en el curso de la riña sostenida con Álvarez, le propinó una patada en la cabeza que, finalmente por el TCE producido, desencadenó su deceso.

Revisados los signos de daños y violencia en el cuerpo de José Manuel Álvarez consignados en la historia clínica, se advierte que corresponde a un golpe de patada como la señalada por dichos testigos, pues si bien OSORIO BENITEZ extraña que una agresión de esa clase debería presentar hematoma y lesión, lo cierto es que la historia clínica consigna evidencia de traumatismo en cara y cabeza, abrasiones superficiales en cuero cabelludo región temporal y frontal con escaso sangrado activo.

De esta manera, la realidad probatoria comprueba que desde el comienzo los resultados requeridos por el testigo por una patada en la cabeza, ya eran visibles cuando el paciente ingreso a la Clínica Palmira, y sus daños internos con toda su gravedad verificados tiempo después conforme lo depuso el testigo Nuñez Antia y lo reafirman las anotaciones en historia clínica puestas a partir de las 6:13 de la mañana del 2 de octubre de 2010.

La convergencia de los testigos Osorio Benítez y Viviana López para sustentar que la víctima recibió patada en su cabeza produciendo el TCE determinante de su muerte, lo reiteran las apreciaciones del señor Osorio quien alude a que las 180 clase de patadas en el boxeo chino que domina, las aplica quien sea experto y tenga experiencia, con lo cual la realidad probatoria sustenta con firmeza que la patada causante de la muerte del señor Álvarez fue la que VIVIANA LOPEZ observó que NICOLAS RUIZ le propinaba a la víctima cuando ya estaba yacente, y en la fase final de la riña en que venían trenzados.

Además, porque la patada hecha según la descripción del testigo, debe realizarse de arriba hacia abajo golpeando con el talón, posición de los contendientes que en este caso no se describe así, sino Manuel asido a las piernas de Nicolás, previo lanzamiento en plancha hacia él, amén de que en víctima no se hallaron vestigios de los graves daños que en región cervical produce un golpe de esa contundencia y precisión de experto.

En esas condiciones que son las que recrean los medios, se impone comprender que fue en el desarrollo de la riña, de la interrelación de fuerzas y variadas posiciones que en una reyerta asumen los combatientes al ritmo de sus acciones de ataque y contraataque, donde el procesado NICOLÁS RUIZ MONTAÑO propinó patada libre o de futbolista como la cataloga el testigo Osorio, a la víctima, a quien así respondió su acción de haberlo agarrarlo por las piernas para desestabilizarlo.

La realidad procesal repele que el acusado estuviera a pie limpio al momento de agredir a la víctima, porque primero salió en ropa interior a afrontar al perturbador, luego se internó en la casa para vestirse con pantaloneta y camiseta, sin que en el contexto de los hechos y en el conocimiento del autor de que su segunda salida a la calle la haría para afrontar al desafiante ALVAREZ HERRERA, admita que hubiera salido sin calzado, pues desde entonces ya había decidido enfrentar a su contendiente en la calle y en condiciones adecuadas para asumir la reyerta.

En ese marco de riña entre Ruiz Montaña y Álvarez Herrera, no hay cabida para la tesis defensiva sustentada por el acusado en su testimonio –en cuyas respuestas

no logra evitar aludir a la existencia de riña- y por el defensor en sus alegaciones, según la cual el acometimiento lanzado por Manuel y que precedió a la caída postulada por el defensor, entraña caso fortuito, por cuanto tanto RUIZ como ALVAREZ de manera consciente y voluntaria desplegaron acciones antijurídicas, para hacerse daño mutuamente.

Ese estado de consciencia de sus actos, impide desligar a Ruiz Montaña de las agresiones recíprocas, y tampoco puede decirse ignorante de su obrar antijurídico y doloso, siendo que con pleno conocimiento y voluntad decidió enfrentarse mediante actos violentos a su oponente, conforme lo ilustra ampliamente el conjunto de los testimonios practicados en el juicio oral y la prueba médica y forense estipulada por las partes.

Las plurales agresiones recíprocas y los daños en la humanidad de José Manuel Álvarez causados por los golpes recibidos de su contrincante RUIZ MONTAÑO, entre los que se encuentran los derivados de la caída contra el pavimento y los producidos con la patada cuya existencia no ofrece perplejidad en el plenario, hacen parte de los efectos nocivos ocurridos dentro del combate mutuo en que se trenzaron antijurídicamente tales personas, por lo que caída y patada se ofrecen como el origen de los daños en la salud de la víctima ab initio descubiertos en su cabeza, cara, brazos y piernas, siendo ese TCE la causa determinante de la muerte de ALVAREZ HERRERA.

Además en el marco de la riña, la víctima siempre estuvo en condición disminuida, pues su acción hostil e incluso desafiante no tuvo el éxito rápido y contundente que si logró la respuesta violenta y certera de RUIZ MONTAÑO, quien se encontraba en sano juicio, su contendor embriagado; se trata de hombre corpulento y de mayor peso y estatura a la del –ante él- frágil y débil ALVAREZ, quien no obstante su actitud aguerrida por combatir fue derrotado por RUIZ, precisamente con las ventajas a su favor conforme se lo decía el testigo NUÑEZ ANTIA cuando infructuosamente medió para que no se agredieran.

Con todo, el desarrollo de la riña no muestra que el acusado hubiera roto las condiciones de ataque y contraataque con su contendor, sino que cuando se decidió al desenlace de la reyerta, lo hizo de manera eficaz y certera, infligiéndole las lesiones que se propuso, por lo que el resultado muerte se aprecia como resultado que desbordó su querer, y en tales condiciones deberá responder por el delito de homicidio preterintencional.

En el desenvolvimiento de la riña el propósito de RUIZ MONTAÑO no era el de matar a José Manuel Álvarez, sino el de causarle daño, infligirle lesiones, de las que siguió la muerte con evidente exceso de su primigenia intención.

Además, ese resultado no querido por el acusado le resultaba previsible, pues trenzado en la riña con su contendor, bien sabía que al agredirse mutuamente podrían generarse daños mayores a los de su intención. De ahí que como ese resultado nocivo ultra intencional no le resultaba ajeno al procesado, se reafirma que su conducta no sucedió por caso fortuito –como aduce la defensa y erróneamente acogió el a quo-, pues en el caso el resultado debe ser imprevisible o inevitable, y, como se viene diciendo, en este asunto al acusado le resultaba

previsible la ocurrencia de un resultado más grave, al querido por él al enfrentar a su contendor Alvarez Herrera.

Así las cosas, el Tribunal REVOCARA el fallo absolutorio impugnado y en su lugar CONDENARA a NICOLAS ALFONSO RUIZ MONTAÑO, como autor responsable del delito de homicidio preterintencional, pero no por agravado como postula el abogado de víctimas, porque tal pretensión rompe el principio de congruencia entre acusación, petición de condena en juicio oral y sentencia que es una garantía intangible del debido proceso.

Sentencia de segunda instancia (AC-369-12) del 20 de marzo de 2013, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.

ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD – Abogado que recibe poder de quien no está en condiciones mentales sanas para otorgarlo/FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO – En dicha conducta, y no en uso de documento falso, incurre quien falsifica la firma del otorgante de un poder/FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO – No puede suscribir un poder, sin dejar la huella de la dificultad en el arranque de su firma, quien padece del mal de Alzheimer/FRAUDE PROCESAL – Por dicho delito debe responder el apoderado judicial que obtiene su reconocimiento valiéndose de un poder falsificado.

FUENTES FORMALES:

Código Penal, artículos 31, 251, 289 y 453.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 32650 del 27 de junio de 2012, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez; Corte Constitucional, sentencia C-637 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En efecto, tal como se advirtió en precedencia no existe duda del padecimiento mental que sufrió el señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA desde el año 2002, deterioro mental degenerativo compatible con el Alzheimer que le ocasionó serias alteraciones cognitivas y cognoscitivas, evidenciadas no sólo por su familia sino también por los médicos tratantes y las personas que lo conocían y trataban.

Así mismo, resulta claro que desde enero del año 2006, la neuropsicóloga ANGELA MARÍA PÉREZ RESTREPO recomendó a los familiares de ANGEL JAIME GRAJALES SANTA evitarle actividades “*como el manejo del negocio, del dinero y conducir su automóvil, con el fin de evitar complicaciones.*”.

En ese orden de ideas, refulge evidente que el señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA para el 23 de abril de 2009, no se encontraba en condiciones mentales para obligarse, así como tampoco tenía la capacidad de entender o autodeterminarse debido a su padecimiento de enfermedad mental compatible con Alzheimer, el cual, como se dijo, se encuentra plenamente demostrado en el conjunto probatorio.

Así las cosas, estima la Sala que no le asiste razón a la juez a quo cuando de manera contraria a la realidad probatoria, dice que no se demostró por parte de la Fiscalía que JAIME MONTOYA NARANJO incurrió en el delito de abuso de condiciones de inferioridad, pues conforme lo enseña el conjunto probatorio, refulge claro y totalmente evidente que el señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA no estaba en condiciones mentales sanas para otorgar poder al implicado MONTOYA NARANJO el 23 de abril del año 2009 para que lo representara en el proceso de expropiación iniciado por el INCO.

Lo anterior, por cuanto desde el año 2002 el señor GRAJALES SANTA venía padeciendo de síndrome demencial compatible con el Alzheimer, trastorno mental que lo ubicaba para abril de 2009 en evidentes condiciones de inferioridad, pues no tenía capacidad de entender, comprender ni autodeterminarse y mucho menos de otorgar poder para su representación dentro del proceso de expropiación, que lo obligaba no sólo a un contrato de mandato sino también a que MONTOYA NARANJO actuara dentro de dicho proceso civil en su nombre y representación, situaciones que obviamente obligaban jurídicamente a GRAJALES SANTA quien se itera, no estaba en capacidad mental de autodeterminarse.

De otra parte, advierte la Sala que en el juicio oral quedó plenamente demostrado el fuerte vínculo de amistad que existía entre el procesado MONTOYA NARANJO y el señor GRAJALES SANTA, conforme lo señaló la testigo de la defensa LUZ MILA MORENO, quien fue clara, conteste y reiterativa al expresar que el implicado *“era muy amigo de don Jaime Grajales, iba a los eventos, eran muy amigos porque siempre don Jaime como permanecía allí, cuando él llegaba a veces le decía ‘Hola Tocayo!, como estas?’ y todo eso, esa amistad es prácticamente desde que yo estaba trabajando en el parador de Buga, en la Fogata.”*, esto es desde 1985.

En ese contexto, refulge evidente que entre el procesado MONTOYA NARANJO y el señor GRAJALES SANTA existía una amistad de antaño y que el procesado frecuentaba constantemente a ANGEL JAIME GRAJALES, razón por la cual, si bien pudo inadvertir el padecimiento mental de GRAJALES SANTA en su etapa inicial, relacionando su falta de memoria con achaques propios de la vejez u olvidos cotidianos, también lo es que dicho deterioro mental compatible con Alzheimer, le empezó a GRAJALES SANTA en el año 2002, por lo que para el año 2009 –cuando le otorgó poder al procesado-, su estado demencial ya resultaba evidente no sólo a sus familiares, sino también a sus amigos, allegados e incluso a personas del común, por encontrarse en una etapa avanzada, pues conforme a la ciencia médica, el inicio de la enfermedad dura de 2 a 5 años, y enseguida sobreviene sucesivamente la segunda y tercera etapa en donde son evidentes mayores alteraciones de la función cerebral con síntomas más preocupantes y que llaman más la atención, como lo son la afasia, apraxia, agnosia, temblor en las manos, pérdida de autonomía e incontinencia urinaria y fecal.

Lo anterior, encuentra confirmación en el dicho de AMANDA ZÚÑIGA y ALBERTO GRAJALES quienes coincidieron en afirmar que para el año 2007 el deterioro mental del señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA se intensificó y fue más notorio en el año 2007, dicho que concuerda con la historia clínica del paciente –que fue estipulada por las partes-, donde se consignó por el Médico Neurólogo Tratante, Dr. JORGE LUÍS OROZCO para el 23 de enero de 2006 : *“notan que hay perdida mayor de memoria y el paciente es consciente de ello, sin embargo sigue al frente en el*

negocio...”, y para el 7 de febrero de 2007: “lo notan muy enfermo (...) está muy exaltable y de mal genio, duerme muy poco”, síntomas estos que corresponden a la segunda y tercera etapa de la enfermedad de Alzheimer.

Así las cosas, el conjunto probatorio enseña que para el 23 de abril de 2009 –cinco meses antes que el psiquiatra forense determinara cuadro clínico evidente de síndrome demencial compatible con Alzheimer-, MONTOYA NARANJO debido a su estrecha amistad y contacto frecuente con el señor GRAJALES SANTA, estaba en total capacidad de percibir el deterioro mental en que se encontraba GRAJALES SANTA y que, como se dijo, fue notorio desde el año 2007, cuando ya había superado la etapa inicial del síndrome demencial que lo aquejaba.

En ese orden de ideas, erró la juez a quo al decir que existía duda respecto a sí el implicado MONTOYA NARANJO había podido percibir el padecimiento mental del señor GRAJALES SANTA en la época en que le otorgó el poder, pues se itera, la realidad probatoria y la ciencia médica enseñan que sólo en su etapa inicial el Alzheimer puede pasar desapercibido a personas extrañas a la familia del enfermo mental, pero en sus siguientes etapas, resulta ostensible y en el caso de GRAJALES SANTA, dicho padecimiento fue totalmente notorio desde el año 2007, no sólo a sus allegados sino a personas extrañas, como lo refirió ALBERTO GRAJALES cuando dijo en juicio que *“... en el 2007 yo escuchaba gente que me decía “ve estuve en el parador y tu papá ni siquiera me conoció.*

En ese contexto, estima la Sala que del conjunto probatorio se concluye más allá de toda duda que el procesado MONTOYA NARANJO pudo percibir para el 23 de abril del año 2009 el deterioro mental que aquejaba al señor GRAJALES SANTA, no sólo por su estrecha amistad y contacto frecuente, sino también porque desde el año 2007 era totalmente notoria dicha degeneración mental compatible con Alzheimer en la persona de ANGEL JAIME GRAJALES SANTA, no obstante lo cual, se aprovechó de esa condición de inferioridad y aceptó un poder supuestamente otorgado por GRAJALES SANTA para representarlo en el proceso de expropiación promovido por el INCO, a pesar que el señor GRAJALES SANTA no estaba en capacidad de entender ni comprender lo que hacía, así como tampoco tenía la facultad de autodeterminarse debido a lo avanzado de su deterioro mental.

Ahora bien, la juez de primera instancia dijo que MONTOYA NARANJO no obtendría ningún provecho ilícito del poder otorgado el 23 de abril de 2009 por ANGEL JAIME GRAJALES SANTA para que lo representara en el proceso de expropiación, debido a que dicho mandato no incluía la facultad de recibir y que por tanto, la indemnización que se ordenara a favor de GRAJALES SANTA no entraría a las arcas patrimoniales del acusado, aspecto en el que tampoco le asiste razón al a quo, pues el provecho ilícito debe analizarse no sólo respecto a las resultados del proceso de expropiación, sino desde el contrato de mandato, el cual le genera al procesado MONTOYA NARANJO un pago por su prestación de servicios, provecho a todas luces ilícito si tenemos en cuenta que JAIME ANGEL GRAJALES SANTA no estaba en capacidad de otorgar dicho poder.

Además, el provecho ilícito que contempla el artículo 251 del C.P., puede obtenerse a favor de un tercero, que en este caso resultan ser los hijos extramatrimoniales de GRAJALES SANTA, CARLOS ANDRES y JAIME GRAJALES, quienes tenían pleno conocimiento del deterioro mental de su progenitor no obstante lo cual, lograron

que aquel les otorgara la facultad de recibir en el proceso de expropiación, razón por la cual, todas las gestiones jurídicas adelantadas por el procesado MONTOYA NARANJO al interior del proceso de expropiación promovido por el INCO, generarían provecho ilícito a favor de CARLOS ANDRES y JAIME GRAJALES, quienes también abusaron de las condiciones de inferioridad de GRAJALES SANTA.

En ese orden de ideas, estima la Sala que no le asiste razón a la juez de primera instancia en la absolución JAIME MONTOYA NARANJO del delito de abuso de condiciones de inferioridad, porque: i) existe prueba suficiente del deterioro mental que padecía GRAJALES SANTA desde el año 2002, el cual comenzó a hacerse más notorio y evidente en el año 2007, conforme lo resalta la pericial y testimonial referidas en precedencia; ii) del conjunto probatorio se establece que para el 23 de abril de 2009 –fecha del poder otorgado a MONTOYA NARANJO-, GRAJALES SANTA no estaba en capacidad mental de obligarse, entender, ni autodeterminarse; iii) con dicho poder se generaba provecho ilícito para el procesado (honorarios) y para terceros (indemnización por la expropiación), con lo cual se reafirma la configuración de este delito en la medida que el acusado tenía por finalidad obtener bien para él o para otros el referido provecho ilícito, abusando para la obtención de ese propósito del trastorno mental de su viejo amigo, ANGEL JAIME GRAJALES SANTA; y, iv) resulta evidente la valoración probatoria desacertada y descontextualizada que realizó la juez a quo, por no ponderarla en conjunto ni articuladamente, sino con sesgo, parcelada y carente de objetividad.

Conforme a lo anterior, la absolución del delito de abuso de condiciones de inferioridad proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Buga a favor de JAIME MONTOYA NARANJO, habrá de revocarse para en su lugar proferir fallo condenatorio por dicho delito, ya que, como se dijo, la decisión absolutoria de primera instancia no encuentra confirmación en la realidad probatoria.

En cuanto al delito de Uso de Documento Falso, encuentra la Sala en primer lugar que erró la Fiscalía al tipificar la conducta punible cometida por MONTOYA NARANJO en este tipo penal, ya que la situación fáctica consiste en la falsificación de la firma de GRAJALES SANTA en el poder conferido al procesado (que es un documento privado y no público), así como del contenido de dicho documento, pues como se anotó, ANGEL JAIME GRAJALES SANTA debido a su padecimiento de Alzheimer no tenía capacidad ni entendimiento para obligarse en abril de 2009 y, conforme a las alteraciones que implica ese síndrome demencial, su firma debía presentar apraxia, es decir, dificultad en el arranque, la cual no fue evidenciada por el perito en grafología, quién por el contrario fue enfático en manifestar que las cuatro firmas analizadas no mostraban dificultad al inicio.

En ese orden de ideas, estima el Tribunal que la conducta desplegada por MONTOYA NARANJO encuadra jurídicamente en el delito de Falsedad en documento privado, el cual se encuentra descrito y sancionado en el artículo 289 del C.P., así:

“Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.”.

De la lectura de dicho artículo se evidencian dos claros requisitos:

1. Que el documento privado falsificado pueda servir de prueba, y
2. Que el documento falsificado sea utilizado como prueba.

El requisito principal para que se configure el delito es básicamente, que el documento falsificado sea utilizado como prueba para obtener un derecho o un beneficio. Esto quiere decir que si se falsifica un documento privado pero el documento no es utilizado luego como prueba, esa falsificación es considerada por la doctrina y la jurisprudencia como inocua, por tanto no hay delito debido a que no produce efecto alguno.

Independientemente de si el falsificador obtuvo beneficio o no, el hecho de haber utilizado el documento falso como prueba hace que se haya configurado el delito en cuestión, situación que ocurre en el caso que nos ocupa, donde MONTOYA NARANJO sabía de la falsedad del poder para actuar en representación del señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA dentro del proceso de expropiación promovido por el INCO, y además lo utilizó como prueba de ese falaz mandato en dicho proceso civil, para ejercer la representación jurídica de GRAJALES SANTA.

Así las cosas, advierte el Tribunal que MONTOYA NARANJO sí incurrió en la conducta penal de Falsedad en documento privado respecto al poder que supuestamente le fue otorgado por GRAJALES SANTA el 23 de abril de 2009, porque: i) la realidad probatoria enseña que para el año 2009 el señor GRAJALES SANTA debido a su avanzado deterioro mental por la enfermedad de Alzheimer, no estaba en capacidad cognitiva ni cognoscitiva para suscribir el poder, situación ampliamente conocida por su amigo JAIME MONTOYA NARANJO; ii) el peritaje grafológico realizado por CARLOS ARMANDO DE LA CARRERA FRANKLIN, concluyó que si bien las firmas dubitadas objeto de estudio provienen del mismo amanuense, las mismas no presentan dificultad en el arranque, alteración de la apraxia que caracteriza a los enfermos de Alzheimer como GRAJALES SANTA, quien para esa época llevaba cerca de siete años con la alteración neurodegenerativa, situación conocida por el abogado MONTOYA NARANJO que le imponía saber que el poder asumido era íntegramente falso; y, iii) lo anterior confluye con el dicho de AMANDA ZUÑIGA y ALBERTO GRAJALES quienes coincidieron en afirmar que desde el año 2007 GRAJALES SANTA presentaba problemas tanto físicos (temblor en las manos) como mentales (pérdida de memoria) para rubricar.

La obligación del abogado MONTOYA NARANJO de decir la verdad al asumir el poder con el nombre del señor GRAJALES SANTA y luego al presentarlo ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Buga para que le reconocieran personería adjetiva, resultaba perentoria ya que el mencionado poder tiene capacidad probatoria y se elaboró para ser utilizado con fines jurídicos y con clara incidencia en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso de expropiación adelantado por el INCO contra ANGEL JAIME GRAJALES SANTA.

En efecto, la actuación reporta que en ejercicio de ese poder falsamente otorgado por ANGEL JAIME GRAJALES SANTA, el abogado MONTOYA NARANJO mediante memorial del 13 de octubre de 2009 presentado dentro del proceso de expropiación solicitó librar mandamiento ejecutivo en contra de INCO por un valor total de \$16.827.789.279; igualmente, mediante escrito de la misma fecha, solicitó el

embargo y retención de los dineros depositados por INCO en sus cuentas corrientes y de ahorros como medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la obligación reconocida en la sentencia.

Posteriormente, mediante memorial del 26 de agosto de 2010 el abogado MONTOYA NARANJO solicitó no dar trámite a la objeción por error grave presentada por el apoderado de INCO, así como también mediante memorial presentado el 12 de octubre de 2010, solicitó no acceder a la reposición presentada por el apoderado de INCO.

Así las cosas, refulge evidente que una vez el abogado MONTOYA NARANJO obtuvo mediante el poder falso el reconocimiento de personería adjetiva dentro del proceso de expropiación adelantado por el INCO contra GRAJALES SANTA, actuó dentro del mismo mediante sendos memoriales que incidían en la controversia entablada, con finalidad inequívoca de lograr elevada indemnización a favor de su supuesto mandante, el señor GRAJALES SANTA, quien se itera, no se encontraba en capacidad física ni mental para otorgarlo, con la consiguiente afectación del patrimonio público en cabeza de la entidad demandante INCO.

En estas condiciones, resalta la deficiente apreciación probatoria del a quo y su valoración en conjunto, pues del contenido de la historia clínica estipulada por las partes, de los dictámenes neuropsicológicos y psiquiatras forense y del peritaje grafológico valorados en conjunto, se concluye sin lugar a dudas, que ANGEL JAIME GRAJALES SANTA, debido a su padecimiento de Alzheimer al momento de plasmar su firma debía dejar en el arranque los síntomas de apraxia, pues se trataba de un paciente que para el año 2009 llevaba siete años de progresiva degeneración neurológica, que conforme a las etapas en que se ha clasificado dicha enfermedad el señor GRAJALES SANTA ya presentaba los síntomas característicos de la 2ª y 3ª etapa, tales como temblor en las manos, trastornos del sueño, no reconocimiento de familiares y amigos, apraxia, afasia, estados de excitación, mal genio, incontinencia, escaras y otro tipo de complicaciones, síntomas estos que los distintos medios reportan padecidos por el señor GRAJALES SANTA.

Por tanto, como esos rasgos inocultables y anejos a los síntomas en avanzado estado degenerativo por el mal de Alzheimer, no aparecen en el poder atribuido al enfermo como otorgado al aquí acusado, es por lo que se concluye, a tono con la realidad probatoria, que GRAJALES SANTA no pudo suscribir el mencionado documento. El presente caso, obligaba a que el a quo realizara una ponderación probatoria de manera articulada y no sectorizada, defecto de apreciación y valoración de los medios que la llevó de manera errada y distanciada de la realidad probatoria a absolver al acusado del delito contra la fe pública, cuya demostración en el presente caso se logra merced al principio de libertad probatoria y no exclusivamente con la confrontación de las rúbricas extrañadas por el a quo.

Incluso, el testimonio de AMANDA ZÚÑIGA y de ALBERTO GRAJALES confluyen dentro de ese conjunto probatorio para informar sobre el deterioro notorio y dramático en la salud mental del señor GRAJALES SANTA, conforme se viene resaltando en el curso de esta providencia, información que el testigo de la defensa TRIVIÑO ACOSTA también expresa cuando dice que para el 14 de julio de 2009 observó temblor en las manos de ANGEL JAIME GRAJALES SANTA, así como

dificultad en su desplazamiento que lo obligaba a apoyarse en un bastón, agregando que en esa fecha asistió a su corte de cabello en compañía de sus dos hijos y una enfermera.

En estas condiciones, lo expuesto por LUZ MILA MORENO, en el sentido de señalar que GRAJALES SANTA participó activamente en la cabalgata de julio del 2009, contraría frontalmente la historia clínica y los peritajes –neuropsicológicos y psiquiatras forenses-, incorporados al juicio, que en conjunto con lo dicho por los testigos AMANDA ZÚÑIGA, ALBERTO GRAJALES y el propio TRIVIÑO ACOSTA, informan sobre síntomas percibibles y notorios del mal de Alzheimer que padecía el señor GRAJALES SANTA desde tiempo atrás a agosto de 2009 (cuando la testigo LUZ MILA MORENO dice haberlos percibido), no pudiendo entonces ocultar la realidad de esos síntomas degenerativos ya tan evidentes.

De otra parte, encuentra la Sala que no le asiste razón a los no recurrentes cuando dicen que la capacidad de GRAJALES SANTA para firmar se demostró en juicio con la incorporación de varios documentos firmados para la fecha en que otorgó el poder en cuestión, como cheques, compras y renovación de cédula, entre otros, porque, en primer lugar, esos documentos señalados no existen en la actuación ni fueron allegados al juicio por alguno de los testigos, y en segundo lugar, porque la renovación de la cédula de GRAJALES SANTA, se realizó en octubre de 2007, es decir, dos años antes del poder otorgado al acusado, por lo que se itera, no es cierto que se haya demostrado que para abril del año 2009 el señor GRAJALES SANTA se haya obligado de múltiples formas, distintas al supuesto mandato otorgado al procesado MONTOYA NARANJO; amén que la información aportada por la testigo AMANADA ZÚÑIGA confluye para hacer ver que en el año 2007 era palmar el deterioro neurológico del señor GRAJALES SANTA, y no para afirmar salud mental de dicha persona, como de manera contraria a la realidad probatoria aduce la representante del Ministerio Público.

Ahora bien, dicha falsedad no solo fue material –firma de GRAJALES SANTA-, sino también ideológica pues las facultades contenidas en ese poder no podían ser otorgadas por GRAJALES SANTA debido a su deterioro mental causado por el Alzheimer, que para el 23 de abril de 2009 no le permitía tener capacidad de entender, comprender, obligarse y mucho menos autodeterminarse, por lo que no sólo su firma no podía ser impresa en la forma que aparece (sin dificultad en el arranque), sino que su voluntad no podía expresarse de esa manera (extendiendo poder para su representación judicial). Ambas alteraciones en el mandato, esto es, la firma falsa y su contenido las conoció ampliamente el acusado, dado su estrecha y vieja relación con su amigo, el enfermo de ALZHEIMER, señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA.

En ese contexto, estima la Sala que no le asiste razón a la juez de primera instancia cuando dice que la Fiscalía no demostró la responsabilidad de MONTOYA NARANJO en el delito de falsedad, que en este caso recae sobre documento privado, pues se trata de un poder que tiene esa calidad, porque como se indicó el señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA no estaba en capacidad mental para obligarse y las firmas impresas en ese documento no ostentan la dificultad en el arranque que caracteriza a los enfermos de Alzheimer como lo era GRAJALES SANTA.

Así las cosas, la absolución por el delito de uso de documento falso proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Buga a favor de JAIME MONTOYA NARANJO, habrá de revocarse para en su lugar proferir fallo condenatorio por el delito de falsedad en documento privado, ya que, como se dijo, la decisión absolutoria de primera instancia no encuentra sustento en la realidad probatoria y porque esta decisión no contraría el principio de congruencia; toda vez que los hechos imputados por la Fiscalía no sufren ninguna alteración, mientras que el delito por el que se condenará resulta de menor entidad al acusado, y hace parte del mismo *nomen iuris*, con lo que se reafirma respeto total por el principio de congruencia.

Frente al delito de Fraude Procesal, estima la Sala, a tono con lo expuesto en precedencia, que también erró la funcionaria de primera instancia al señalar que la Fiscalía no había logrado demostrar la responsabilidad de MONTOYA NARANJO, pues se itera, dicha conclusión obedeció a su análisis parcelado y desarticulado de las pruebas practicadas en juicio, las cuales no valoró en conjunto, ni en contexto y con descuido de los elementos de la sana crítica.

En efecto, el delito de Fraude Procesal se encuentra contemplado en el artículo 453 del C.P., que dispone:

“Art. 453 fraude Procesal. (Modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de julio 7 de 2004). El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”.

En el caso que nos ocupa, MONTOYA NARANJO incurrió en este delito, pues mediante un poder falso, supuestamente otorgado por el señor ANGEL JAIME GRAJALES SANTA el 23 de abril de 2009, hizo incurrir en error a la Juez 2º Civil del Circuito de Buga, obteniendo de ella su reconocimiento como apoderado judicial del señor GRAJALES SANTA a partir del 24 de abril del 2009, en el proceso de expropiación promovido por INCO contra GRAJALES SANTA, al igual que la postulación dentro del proceso de pretensiones económicas con virtualidad de afectar el patrimonio de la demandante INCO, pues tal finalidad tienen las solicitudes de aumento al monto indemnizatorio.

En efecto, la conducta desplegada por MONTOYA NARANJO se enmarca jurídicamente en el tipo penal de Fraude procesal, porque el medio fraudulento indicado en la norma lo constituye el poder falsificado que presentó ante funcionario judicial de quien obtuvo providencia mediante la cual fue reconocido como apoderado de JAIME GRAJALES SANTA, quien –como se dijo–, para el 23 de abril de 2009 debido a su deterioro mental no contaba con la capacidad ni entendimiento para otorgarlo, así como tampoco lo rubricó, pues la firma obrante en ese documento privado no tiene las alteraciones propias de quien padece síndrome de Alzheimer, como lo es –en el caso de la escritura–, la dificultad en el arranque, denominada científicamente, apraxia.

Por lo tanto, no es cierto –como lo dijo el a quo–, que no se configuró el delito de fraude procesal porque “*simplemente*” no se probó el delito medio cual es la falsedad, pues como se dijo: i) sí está demostrado en el conjunto probatorio que

MONTOYA NARANJÓ incurrió en la falsificación del poder fechado del 23 de abril de 2009 y lo usó ante autoridad judicial; y, ii) con dicho documento falso –que constituye el medio fraudulento–, hizo incurrir en error a la Juez 2º Civil del Circuito de Buga, quien le reconoció personería jurídica como apoderado de GRAJALES SANTA, mediante auto del 24 de abril de 2009, no obstante la falsedad de dicho mandato.

Así las cosas, la absolución del delito de Fraude Procesal proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Buga a favor de JAIME MONTOYA NARANJO, habrá de revocarse para en su lugar proferir fallo condenatorio por dicha conducta punible, ya que, como se dijo, la decisión absolutoria de primera instancia no encuentra confirmación en la realidad probatoria.

Por otra parte, es conveniente precisar que la configuración del delito de Fraude Procesal no depende de que exista como delito medio la falsedad, como erradamente lo argumentó la juez de primera instancia, pues dicho fundamento de absolución contraría la tipificación de la conducta punible que únicamente exige que mediante *medios fraudulentos* se haga incurrir en error al servidor público, por lo que se itera, dicho tipo penal no exige la comisión de otro delito para su configuración.

Conforme a lo expuesto, considera el Tribunal que no existen las dudas planteadas por la juez a quo respecto a la responsabilidad de JAIME MONTOYA NARANJO en el concurso de delitos de Fraude procesal, falsedad en documento privado y abuso de condiciones de inferioridad, porque la realidad probatoria analizada en conjunto y conforme a los lineamientos de la sana crítica conduce al convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal del procesado, razón por la cual, como se indicó en precedencia, se revocará la absolución por esos delitos, para en su lugar emitir Fallo condenatorio.

Por otra parte, advierte el Tribunal que la Fiscalía no demostró que JAIME MONTOYA NARANJO hubiera incurrido en los delitos de concierto para delinquir y estafa agravada en grado de tentativa, pues respecto a estos únicamente llevó al juicio al investigador LUÍS EDUARDO GARZÓN, quien si bien es cierto, señaló al implicado de haber concertado con los hijos extramatrimoniales de GRAJALES SANTA, CARLOS ANDRES y JAIME GRAJALES, apropiarse del dinero proveniente de la indemnización por el proceso de expropiación adelantado por el INCO contra GRAJALES SANTA, también lo es que no sustentó su dicho en EMP o EF alguna, pues las aludidas interceptaciones telefónicas de donde surge tal señalamiento no fueron incorporadas a juicio, así como tampoco incorporó a la actuación el informe de Telefónica Movistar que certificara que uno de los abonados telefónicos de donde se producían las llamadas interceptadas pertenecía al procesado MONTOYA NARANJO.

Así las cosas, se confirmará la absolución por los delitos de Concierto para Delinquir y Estafa Agravada en grado de Tentativa, pues como se dijo, la Fiscalía no logró demostrar la autoría de MONTOYA NARANJO respecto a estos delitos.

En consecuencia, la sentencia absolutoria proferida a favor JAIME MONTOYA NARANJO habrá de revocarse parcialmente, para en su lugar, condenarlo por los delitos de FRAUDE PROCESAL en concurso Heterogéneo y Sucesivo con

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO y ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD, ya que no tiene razón el a quo al decir que existen dudas en la autoría y la responsabilidad del procesado en dichos delitos, pues el conjunto probatorio demuestra que MONTROYA NARANJO se aprovechó de las condiciones de inferioridad de ANGEL JAIME GRAJALES SANTA por su deterioro mental y falsificó un poder con el nombre del enfermo para representarlo en el proceso de expropiación promovido por el INCO ante la Juez 2º Civil del Circuito de Buga a quien indujo en error con dicha falsedad, obteniendo de esa funcionaria, que mediante auto del 24 de abril de 2009 le reconociera personería jurídica como apoderado judicial de ANGEL JAIME GRAJALES SANTA, ante quien igualmente y merced al poder espúreo a nombre del enfermo, actuó dentro del proceso de expropiación.

Sentencia de segunda instancia (AC-136-13) del 26 de abril de 2013, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: revoca, de manera parcial, la sentencia absolutoria.

DEBIDO PROCESO EN AUDIENCIA PREPARATORIA – El juez no puede, a su arbitrio, alterar o trastocar el trámite para ella previsto, no garantizar el derecho de contradicción en materia probatoria e intervenir en las solicitudes que corresponden a las partes,

FUENTES FORMALES:

Código de Procedimiento Penal, artículos 179B, 356, 358 y 457.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 39516 del 20 de marzo de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sería del caso resolver lo que es materia de controversia, como es la admisión del testimonio de la médica GLORIA ANGELA SEPULVEDA GALLO sino es porque se encuentra una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y por lo tanto da lugar a invalidar lo actuado a partir del momento en que se realizó la enunciación de pruebas por las partes.

En el caso de la audiencia preparatoria, el artículo 358 de la Ley 906 de 2004 estableció una serie de actividades que *deben ser dispuestas por el señor Juez* cuyo orden no responde al mero capricho sino a la secuencia lógica para conseguir su finalidad, desde el pleno descubrimiento de los elementos materiales probatorios por cuenta de los sujetos procesales y a partir de ahí la enunciación de las pruebas para que de esa totalidad a la que cada uno aspira, puedan llegar a pactos sobre ciertos hechos y circunstancias sobre las cuales no existirá controversia y se tendrán por demostrados pues no afectan las respectivas teorías del caso, de tal forma que se propenda por la economía procesal y ambos se abstengan de solicitar determinados medios de conocimiento que van a enseñarle al juez condiciones fácticas sin interés de contradicción por las partes.

Hasta ese momento el procesado y su defensor podrán avizorar la consistencia de la pretensión de la Fiscalía y la suya propia para efecto de decidir si acepta o no el cargo. Si no lo hace y continúa entonces el trámite, *“el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión”* esto significa que en dicha oportunidad el director de la audiencia debe requerir la motivación de la pertinencia. En este evento tiene cabida una solicitud excepcional de pruebas por parte del Ministerio Público.

Culminados los requerimientos probatorios, se le deberá dar el uso de la palabra a las partes y al Ministerio Público a efecto de que soliciten si a bien lo tienen la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, luego de lo cual el Juez decretará las pruebas que han de practicarse en el juicio oral y se pronunciará motivadamente acerca de si accede a una de las peticiones ya citadas propias del derecho de contradicción de las partes en esta audiencia; notificará en estrados y dará paso a los recursos.

El anterior procedimiento es el debido en materia de la audiencia preparatoria y no lo hubo en el caso concreto. Desde el inicio de la misma, el 4 de marzo de 2013 se le imprimió un completo desorden que conllevó al incumplimiento de esta secuencia con el resultado de la configuración de una irregularidad sustancial en la estructura del acto procesal que afecta entonces la legalidad del enjuiciamiento.

Veamos por qué:

Una vez iniciada la audiencia preparatoria, conforme al artículo 356 de la Ley 906 de 2004, el señor juez debe disponer:

“1.- Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial si el realizado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere el juez lo rechazará.

2.- Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
(...)”

La señora Juez verificó que la Fiscalía hubiera descubierto los elementos materiales probatorios durante el término de los tres (3) días posteriores a la audiencia de formulación de acusación y la defensa y la representante de la víctima se mostraron conformes.

Posteriormente le solicitó al señor defensor que enunciara sus elementos materiales probatorios y evidencia física. El profesional del derecho se refirió a entrevistas de docentes, a un certificado de estudios de la menor y a la historia clínica de la menor proveniente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es en este punto donde el Juzgador debe armonizar el descubrimiento con la exhibición de esos elementos materiales probatorios a la Fiscalía. La Defensa tiene un tiempo mayor (hasta la Preparatoria) para hacerle conocer al ente acusador los suyos, a no ser que cuente con ellos para la audiencia de Formulación de acusación, obligación entonces que conforme a la lealtad procesal se actualiza para esa oportunidad; empero si aún no los tiene puede seguir en su labor investigativa para dárselos a conocer en la audiencia preparatoria. Así como para la Defensa es

importante estudiar los elementos materiales probatorios de tal forma que puede solicitar los que le interesen y la Fiscalía tiene un término legal máximo de tres (3) días luego de culminada la audiencia de formulación de acusación, ese mismo interés le asiste a la Fiscalía frente a los que serán objeto de descubrimiento por su contraparte, acepción que lleva implícita la exhibición si se trata de aquellos, o de evidencia física.

Por ello, cuando el artículo 358 de la Ley 906 de 2004 demanda: *“A solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados”*, tal disposición debe concordarse con el derecho que le asiste al ente acusador respecto de los que son objeto de descubrimiento por la Defensa. Esto porque además de dicho conocimiento puede desprenderse algunas estipulaciones que se propongan entre las partes, o la solicitud de rechazo, inadmisibilidad o exclusión de pruebas, o solicitud de pruebas de refutación por parte del ente fiscal en esa audiencia.

El error de la juzgadora estuvo en considerar que dicha exposición debía hacerse mucho después, luego de las solicitudes probatorias hechas por las partes, como si se tratara de un paso a seguir después de las mismas por estar consagrado en una disposición posterior, atendiendo a la relación sistemática de las normas, pues primero está el artículo 357 que demanda la forma como deben realizarlas (solicitudes probatorias) y luego el artículo 358 (exhibición) antes citado, pero olvidó su elemento gramatical que distingue la oportunidad distinta a la interpretada, pues se refiere a *“durante la audiencia”*. Recordemos además que el Juez de conocimiento está llamado a garantizar el descubrimiento probatorio entre las partes, cuya oportunidad es previa a la enunciación probatoria, significación además que en igualdad de armas requiere de esa exhibición de elementos materiales probatorios y de evidencia física.

El aserto anterior tiene mayor trascendencia frente al caso concreto cuando la señora Fiscal delegada le solicita a la Juez que le ordene al defensor le enseñe tales elementos. Lo hizo después de las estipulaciones probatorias; sin embargo la A quo le señaló que eso se haría dentro del “trámite normal” de la audiencia, luego de que cada Parte hiciera sus solicitudes probatorias. El mismo defensor percibió que no había realizado el descubrimiento dispuesto para el inicio de la audiencia no para el final, pues cuando termina sus solicitud de pruebas conforme a la orden de la juzgadora, le dice: *“...son las que pretendo introducir y descubrirle a la señora fiscal en el momento oportuno para que se tengan en cuenta señora juez”*.

Ciertamente, ya el momento oportuno había pasado, prueba de ello es el caos que se genera en la intelección de lo ocurrido en esa audiencia, a partir de este momento.

Autorizado el Defensor para la exhibición de los elementos materiales probatorios que había reclamado con antelación la representante de la Fiscalía, se denotó que no contaba con los mismos porque según él, su investigador le había incumplido, así también el ICBF requería de un mayor tiempo para hacerle entrega de la historia clínica. Solicita entonces un plazo de tres días; luego de las intervenciones de los sujetos procesales e intervinientes frente a una decisión interlocutoria al respecto, la señora Juez repone su negativa inicial para suspender la audiencia y concederle

unos días a fin de que consiga la mencionada historia clínica que ya había solicitado como prueba cuya incorporación estaría a cargo del investigador Freddy Calero Mesa. De esta manera se invirtió totalmente el orden de la audiencia frente al descubrimiento probatorio de la Defensa hacia la Fiscalía, pues se pretendió cumplir con este paso obligado, pero después de las solicitudes probatorias. Peor aún lo ocurrido en la continuación de esa audiencia preparatoria.

La señora Juez reinicia el trámite y i le pregunta al señor defensor quien además de informarle que le entregó a la señora Fiscal la historia clínica, de contera cambia las solicitudes probatorias, asunto supuestamente ya culminado y sustenta ahora la declaración de CHRISTIAN ANDRES ARIAS GARCIA; señala que de los docentes cuya declaración solicitó ahora requiere son otros, los de NELSON ARTURO FRANCO Y MILENA CUARTAS.

La señora Juez totalmente desfasada con lo ocurrido en la audiencia anterior, le dice: ¿entonces me repite cuales son las solicitudes probatorias?

El defensor vuelve a mencionar los anteriores y la señora Juez integra la de los docentes que supuestamente él ya no necesitaba y descarta la de una nueva deponente Encarnación Tascón Moreno, que no había solicitado en la anterior audiencia, todo esto dentro de un diálogo personal con la defensa. En ese dictado que el defensor le hace de sus solicitudes a nivel de recordatorio, afirma de nuevo que la historia clínica la introducirá a través del investigador antes citado.

Pregunta ahora: ¿Ya la Fiscalía había hecho sus solicitudes probatorias? La Fiscal responde positivamente. La señora recuerda la estipulación realizada sobre la identidad del procesado a través del informe de un dragoneante a quien cita. Continúa preguntando: ¿También habíamos hablado de la exclusión, rechazo, inadmisibilidad de medios de prueba? Inaudible la respuesta. Sigue la funcionaria: ¿Frente a qué? Inaudible la respuesta. Vuelve a preguntar: ¿Y no era lo que habíamos quedado de exhibir? Se escucha lejos del micrófono la voz de la señora fiscal delegada cuya intervención no se entiende. Sobreviene un silencio y se escucha de nuevo a la A-quo diciendo: “Esas valoraciones están ahí incluidas dentro de la historia clínica pero si es necesario que cada uno de los profesionales que valoró a la niña venga al juicio. Se registra otra interrupción de la grabación y regresa el audio (sin dejar constancia de la razón de las suspensiones en la grabación) con la siguiente pregunta de la directora del juicio:

“Entonces como pretende introducir con el investigador John Freddy Calero Mesa unas valoraciones de tipo psicológico, *¿con qué personas pretende introducir esas valoraciones?*

Es ahí donde la Defensa le responde, citándole a los profesionales en Psicología y a la médica GLORIA ANGELA SEPULVEDA GALLO de manera improvisada porque es obvio que lo hizo por directriz de la señora Juez y según se menciona en otras intervenciones previo aviso de la misma Fiscalía del error que iba a cometer tratándose de informes periciales, hacerlo a través de un investigador. Para nada, se le requiere sobre la pertinencia que había sustentado en la primera audiencia sobre la historia clínica, sin individualizar tales pruebas periciales.

Le concede el uso de la palabra a la señora Fiscal para efecto del rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, punto en el que se suscita la discusión

sobre la declaración de la médica. La *A-quo* toma la decisión y la somete a recursos, sin darle la oportunidad a la Defensa de contradecir las solicitudes probatorias de la Fiscalía, tampoco al Ministerio Público como lo ordena el artículo 359 y más asombroso aún es que luego de conceder el recurso de apelación resuelve decretar todas las demás pruebas solicitadas por la Fiscalía y por la Defensa sin importarle la misma carencia de motivación de la pertinencia respecto de las últimas comprendidas en la intervención final de la Defensa.

En resumen, en esta audiencia preparatoria se conculcó el debido proceso en forma relevante porque: (i) no se garantizó en su momento oportuno el descubrimiento probatorio de la Defensa a la Fiscalía pese a la solicitud de la parte interesada; (ii) después de que las partes realizaron sus solicitudes probatorias, se interrumpió la audiencia para darle un plazo a la Defensa para el descubrimiento de un elemento material probatorio; (iii) pese a que el señor defensor ya había hecho la petición de pruebas entre ellas la del testimonio del investigador Freddy Calero Mesa, con quien se introduciría la historia clínica de la menor víctima del I:C.B.F, se le direccionó por la señora Juez para que cambiara e introdujera distintos informes periciales que hacen parte de la misma, a través de diferentes testigos peritos; (iv) cuando él ya había sustentado la pertinencia de la declaración del investigador para introducir la historia clínica en la anterior audiencia, además de que se le alecciona para que improvisadamente solicite nuevas pruebas no se le requiere por la motivación de la pertinencia de las mismas; sin embargo luego se inadmite una de ella por la sustentación extemporánea; (v) la señora juez le quita la oportunidad a la defensa de controvertir a la vez las solicitudes probatorias de la Fiscalía y (vi) luego de darle trámite a los recursos de reposición y apelación , de paso, en un momento indebido, decreta todas las demás pruebas y da por terminada la audiencia. Si bien la Corte Suprema de Justicia en una tercera decisión se retracta de la segunda y regresa a la postura inicial de considerar el recurso de alzada sólo para la inadmisión, rechazo o exclusión de las pruebas, esto significa que no hay precedente en la materia, y por lo menos de compartir la *A-quo* su último pronunciamiento podría haber lugar a un recurso de queja (art. 179B, C.P.P.), que ante lo sorpresivo de su decisión no garantizó de forma alguna la contradicción por parte de la Defensa.

La trascendencia entonces de tales irregularidades es notable frente a la estructura del debido proceso pues no es propio del capricho de los operadores judiciales seguir o trastocar el diseño legal de esta audiencia, al punto de intervenir en las solicitudes que debe hacer una de las partes, y afectar para el caso concreto, la garantía de contradicción que no se puede convalidar ante un supuesto silencio de la defensa técnica. Por este motivo, la Sala anulará la audiencia preparatoria con fundamento en el artículo 457 del Código Adjetivo, a partir de la enunciación de las pruebas, actividad que debe rehacerse luego del descubrimiento realizado por la Defensa a la Fiscalía, de acuerdo con el numeral 3º y siguientes del artículo 356 del Estatuto procesal, además de los demás mandatos que guían el debido procedimiento de la misma.

Auto de segunda instancia (AC-179-13) del 24 de mayo de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: anula la audiencia preparatoria.

Presidente Tribunal

Dr. Jaime Humberto Moreno Acero
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

ADVERTENCIA DE RELATORÍA:

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

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