

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 005 – AGOSTO DE 2013**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA

ACCIÓN EJECUTIVA PARA EL COBRO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL – La exigibilidad de la obligación no depende del procedimiento extrajudicial para constituir en mora al deudor. **Página 51.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – Cuando ambas posesiones proceden de la misma fuente, ha de triunfar quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio. **Página 7.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – Si el demandado acepta la condición de poseedor, el demandante queda relevado en la demostración de tal circunstancia. **Página 7.**

ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – El término de prescripción ordinaria es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho. **Página 86.**

ADMISIÓN DE LOS TESTIMONIOS – Cuando tienen el doble carácter de prueba directa y prueba de referencia. **Página 60.**

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA – Es viable en el caso de los hijos mayores de edad que prestan el servicio militar. **Página 108.**

ALLANAMIENTO A CARGOS – No libera a la Fiscalía de su carga probatoria en la demostración del injusto ni al juez del respectivo análisis. **Página 83.**

AUTO ILEGAL – Lo es aquel que rechaza la demanda y carece de motivación. **Página 32.**

AUTO ILEGAL – Por admitir el recurso de apelación contra la decisión que niega la corrección aritmética de providencia judicial. **Página 21.**

CAMBIO DE RADICACIÓN – Protección de la seguridad e integridad personal de los testigos e intervinientes en el proceso. **Página 111.**

CONSERVACIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES – Responsabilidad penal de los moradores transitorios del inmueble. **Página 117.**

CONTRATO DE TRABAJO – Al trabajador corresponde demostrar los extremos temporales de la relación. **Página 35.**

DEBIDO PROCESO – No se vulnera por la inasistencia del representante de las víctimas a la audiencia en la que se presentaron los alegatos de conclusión. **Página 64.**

DEBIDO PROCESO EN DESACATO – Es necesario notificar al encargado de cumplir la orden y requerir, de manera previa al incidente, al superior del mismo. **Página 65.**

DEBIDO PROCESO EN LOS PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES DEL JUEZ – El funcionario judicial no puede señalar a una persona como infractor de una norma determinada y después recurrir a otra para sancionarlo. **Página 80.**

DEMANDA LABORAL – Contiene indebida acumulación de pretensiones cuando no es posible descubrir lo que el demandante persigue. **Página 41.**

DEMANDA LABORAL – Las pretensiones en ella contenidas deben ser expresadas con claridad y guardar relación con los hechos que le sirven de fundamento. **Página 50.**

DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS - No se limita a la fijación de la cuota alimentaria y no puede ser entorpecido por las trabas administrativas o burocráticas. **Página 28.**

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO – Es posible en la adición del escrito de acusación. [Página 101](#).

DISCAPACIDAD – Es un hecho que debe ser establecido científicamente. [Página 46](#).

DIVORCIO - La culpabilidad del cónyuge demandante en las faltas establecidas como causales de divorcio debe ser planteada mediante demanda de reconvención. [Página 29](#).

DIVORCIO – La infidelidad de uno de los cónyuges no habilita al otro para incurrir en el mismo proceder o en otro de similar laya. [Página 29](#).

DIVORCIO – Puede ser solicitado por quien perdonó o consintió las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte. [Página 29](#).

ENTREVISTAS RENDIDAS POR FUERA DEL JUICIO ORAL – Su evaluación probatoria solo es posible cuando ellas son usadas en el juzgamiento para impugnar la credibilidad y se permite someterlas a controversia. [Página 105](#).

EXENCIÓN DEL SERVICIO MILITAR POR RAZONES DE SALUD - Si el estado de salud dificulta la prestación del servicio militar, mas no justifica la desincorporación, el conscripto puede cumplir con actividades administrativas, cívicas o académicas acordes con su patología. [Página 108](#).

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Está facultada para adicionar, corregir o aclarar el escrito de acusación inicialmente presentado. [Página 68](#).

HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad al no disminuir la velocidad por reducción de las condiciones de visibilidad ni conservar la distancia legal de separación entre los vehículos. [Página 86](#).

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN PROCESO REIVINDICATORIO - No existe cuando se corrige la letra omitida en la dirección del inmueble objeto de la demanda. [Página 7](#).

INTERROGATORIO DE LOS TESTIGOS POR EL JUEZ – Es nulo cuando quebranta los principios de imparcialidad y de igualdad y equilibrio entre las partes. [Página 64](#).

JURISDICCIÓN DEL TRABAJO – Principio de la carga de la prueba. [Página 37](#).

JURISDICCIÓN DEL TRABAJO - Tiene competencia para resolver litigios generados en la prestación de servicios personales de carácter privado. [Página 37](#).

NULIDAD – La restitución de bienes inmuebles destinados a la explotación agrícola debe tramitarse por el proceso ordinario agrario y no por el verbal de mayor cuantía. [Página 25](#).

NULIDAD – No constituye irregularidad alguna el no titular la aclaración, modificación o adición de la acusación. [Página 68](#).

NULIDAD – Puede ser decretada durante el trámite del recurso de queja. [Página 25](#).

NULIDAD DE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES POR DEFICIENCIAS EN LOS REGISTROS DE AUDIO – No es viable decretarla si ellas no afectan la estructura del proceso y no vulneran las garantías de las partes e intervinientes ni el principio de oralidad. [Página 71](#).

NULIDAD POR LA FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE EL SENTIDO DEL FALLO Y LA SENTENCIA – Al anunciar sentencia condenatoria por una conducta y luego decidir la absolución. [Página 105](#).

NULIDAD PROCESAL – No la ocasiona el conceder un recurso de apelación en efecto diferente al que corresponde. [Página 44](#).

ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO – No puede confundirse con la orden de captura, ni exigir, para su validez, que cumpla con los requisitos establecidos para esta. [Página 116](#).

PECULADO POR APROPIACIÓN – Los particulares también pueden ser víctimas de esta clase de conductas. [Página 68](#).

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL – No puede ser revocada parcialmente so pretexto de la corrección de un error aritmético. [Página 39](#).

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – A la Fiscalía incumbe demostrar que el procesado carece del respectivo permiso. [Página 83](#).

PREVARICATO POR OMISIÓN – Los directores de los establecimientos carcelarios deben formular, sin dilación alguna, la denuncia penal por los delitos cometidos en los centros de reclusión. [Página 76](#).

PREACUERDOS – Además de la degradación o rebaja legal por alegación de culpabilidad, la Fiscalía y la defensa pueden dosificar la pena y ocuparse de los subrogados o sustitutos. [Página 92](#).

PREACUERDOS – El juez no puede improbarlos apoyándose en las meras actas de las audiencias preliminares o en premisas falsas. [Página 92](#).

PREJUDICIALIDAD CIVIL – El proceso divisorio no se suspende por el trámite del proceso de sucesión de uno de los condueños. [Página 11](#).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – El delito de menor entidad se determina, no por la pena mayor en abstracto, sino por la sanción dosificada en concreto. [Página 121](#).

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Es posible condenar por lesiones personales dolosas aunque la imputación y la acusación hayan señalado la responsabilidad por homicidio agravado en grado de tentativa. [Página 121](#).

PROPIEDAD INTELECTUAL – Pertenecen a las entidades públicas las obras que sus empleados o funcionarios crean en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de sus cargos. [Página 18](#).

RECURSO DE APELACIÓN – El recurrente debe concretar los temas y las razones de la impugnación. [Página 74](#).

RECURSO DE APELACIÓN – No es viable frente al auto que rechaza la solicitud de nulidad. [Página 23](#).

RECHAZO DE LA DEMANDA EJECUTIVA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA – No es posible, para ello, invocar una norma del Código General del Proceso no vigente al momento de su presentación. [Página 6](#).

REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO – Si ha sido reconocida la parte civil, es válida su aportación en copia simple. [Página 86](#).

REGISTRO Y ALLANAMIENTO – No es cierto que las informaciones de fuentes no formales no constituyen motivo fundado para ordenar su práctica. [Página 116](#).

REINTEGRO DE PERSONA DISCAPACITADA – Es compatible con la indemnización sancionatoria. [Página 46](#).

REINTEGRO DE PERSONA DISCAPACITADA - La apertura del proceso de reorganización de la empresa no es obstáculo para ello. [Página 46](#).

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Es preciso comprobar la impericia, negligencia o indolencia profesionales. [Página 4](#).

SANCIÓN POR DESACATO – Debe recaer sobre el funcionario responsable del cumplimiento del fallo. [Página 14](#).

SENTENCIA CONDENATORIA – Las pruebas de referencia no pueden ser su fundamento único. [Página 95](#).

SERVICIO MILITAR – Los bachilleres no pueden ser incorporados como soldados regulares. [Página 108](#).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Es posible la admisión del testimonio no enunciado como medio de prueba pero descubierto oportunamente a la defensa. **Página 59.**

SOLICITUDES PROBATORIAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO – La carga de sustentarlas también debe cumplirse cuando se pide como prueba algún medio solicitado por la contraparte. **Página 60.**

SUCESIÓN PROCESAL – La calidad de sucesor procesal, salvo en los procesos de ejecución, debe ser solicitada expresamente por los interesados. **Página 11.**

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Concesión a ex secretario de juzgado condenado por fraude procesal. **Página 99.**

SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN POR PRISIÓN DOMICILIARIA – No es posible otorgarla sin considerar la gravedad de la conducta y el interés superior del menor. **Página 114.**

TENTATIVA DE HOMICIDIO – En ella puede incurrir quien no dio lugar a la disputa o riña. **Página 56.**

TESTIGOS DE LA CONTRAPARTE – Es posible interrogarlos de manera directa. **Página 125.**

TRABAJADORES DE TELECOM – El régimen de pensiones, salvo algunas excepciones, no se rige ya por el Decreto 2661 de 1960. **Página 33.**

UNIÓN MARITAL DE HECHO – La declaración de los testigos no debe ser exacta. **Página 16.**

UNIONES TEMPORALES - Las acciones laborales contra ellas, al no ser personas jurídicas ni tener capacidad para comparecer al proceso, deben ser promovidas contra todos sus integrantes. **Página 45.**

VÍCTIMAS – Los elementos materiales probatorios solicitados por su apoderado en la audiencia preparatoria deben ser descubiertos por la Fiscalía. **Página 89.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Es preciso comprobar la impericia, negligencia o indolencia profesionales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2341 a 2356.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 5 de marzo de 1940 y sentencia 174 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con las pretensiones formuladas por la actora, los hechos que a su vez le sirvieron de sustento y los fundamentos de derecho, se advierte que se está en presencia de un caso de responsabilidad derivada de la actividad médica, por lo que compete a Sala determinar: “si en este caso se comprobó impericia, negligencia o indolencia profesional al momento de verificarse la atención requerida por la demandante durante el parto”.

Para resolver, sea lo primero anotar que quien ejerce la profesión de médico se halla obligado a agotar todas las precauciones para asegurar la salud del paciente, ya que estando en riesgo la vida o la posibilidad de que sobrevenga algún grado de incapacidad física, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, de ahí que no resulte válido afirmar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable o graves errores de diagnóstico o tratamiento, sino que por el contrario la responsabilidad médica se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad general.

Ahora bien, la mala práctica médica, se puede definir como una situación de “impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible”.

En cuanto a la legitimación en la causa no hay reparo como quiera que se encuentra acreditado que BEATRIZ EUGENIA GARCÍA LLANOS es afiliada a COOMEVA E.P.S., que el servicio objeto de este proceso fue prestado a través del Centro Médico de Especialistas “Las Mercedes” de propiedad de MILCIADES GARCÍA y fue atendida por el doctor TULIO RINCÓN.

En esta instancia se recaudó el concepto emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se lee “Se trata de una mujer adulta quien el 29/10/1996 presenta parto vaginal según describen nota de enfermería como normal sin complicaciones, no hay aportado partograma, ni consentimiento informado, ni evoluciones médicas, ni nota médica de atención del parto que aclare la realización o no episiorrafia así como tampoco hay aportados controles postparto. En la información aportada se observa nueva consulta el 19/09/2000 por síntomas y hallazgos físicos compatibles con incontinencia rectal”.

En concepto emitido por el Subdirector (e) Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario del Valle se indicó que “En relación de establecer nexo de causalidad se debe mencionar que la incontinencia fecal y esfínter anal, es una complicación inherente a la atención del parto que se puede presentar en una minoría de las pacientes independientemente de la realización o no de la episiotomía” y agrega que “la lesión del pudendo interno (No demostrado hasta el momento) es una complicación aún más rara relacionada con el paso de la cabeza del feto a través (sic) del canal del parto y no se considera relacionada con la realización de episiotomía”.

Durante el interrogatorio realizado al médico tratante TULIO RINCÓN, éste no confesó haber incurrido en alguna irregularidad en el tratamiento de la demandante.

Así las cosas, de las pruebas arrojadas al expediente se advierte que no existen elementos de juicio que permitan deducir que la lesión sufrida por la aquí demandante ocurrió con ocasión de una mala praxis al momento de surtirse el parto el 29 de octubre de 1996, atendido por el doctor TULIO RINCÓN, ya que como se conceptúo por el doctor FONSECA es un riesgo inherente a dicho procedimiento y en tales condiciones no se podría derivar responsabilidad en cabeza de los demandados.

En segundo lugar, itérese que la responsabilidad médica es de medio y por ende, el compromiso del galeno es la de poner cada uno de los medios a su alcance de acuerdo a la *lex artis* en procura de la preservación o mejoría de la salud del paciente, y del extracto de la historia clínica allegada no aparece constancia alguna de que la demandada no haya recibido la atención médica requerida, ya que según la constancia dejada el parto fue normal, y no se puede determinar cuál fue el seguimiento que recibió la demandada. La Sala tampoco puede dejar de lado el lapso de tiempo transcurrido entre el parto que ocurrió en el año 1996 y la solicitud de atención médica en el 2000, donde no se advierte que se haya solicitado tratamiento alguno para la “exfinteroplastia anal” y que por lo menos genera duda sobre si tal enfermedad se produjo con el parto o tuvo otro origen.

A lo que se une la precisión realizada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 5 de marzo de 1940 cuando señaló “La obligación profesional del médico no es por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y, los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”

Por lo anteriormente expuesto habrá de confirmarse la sentencia apelada, sin condena en costas en esta instancia.

Sentencia de segunda instancia (2003-00113-00) del 21 de mayo de 2013, con ponencia del la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RECHAZO DE LA DEMANDA EJECUTIVA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA – No es posible, para ello, invocar una norma del Código General del Proceso no vigente al momento de su presentación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 153 de 1887, artículo 40; Código General del Proceso, artículos 18, 20, 25 y 627, numeral cuarto; Código de Procedimiento Civil, artículos 19 y 20, numeral segundo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Así las cosas, el planteamiento de la alzada, centra la discusión en el siguiente problema jurídico ¿puede rechazarse una demanda ejecutiva presentada el 06 de junio de 2012, por aplicación de las modificaciones sobre la cuantía introducidas por el artículo 25 del Código General del proceso, el cual empezó a regir desde el 1° de octubre de 2012?

A efectos de dar respuesta al anterior planteamiento, debe señalarse que la expedición de nuevas normas de carácter procesal, lleva inmerso el cuestionamiento sobre su aplicación a los procesos que ya se encontraban en curso para cuando éstas empezaron a regir. Así, se han expuesto posturas como que la ley anterior gobernará de principio a fin, toda la ritualidad de aquellas demandas cuyo trámite ya hubiese comenzado o, también, que la nueva norma

procesal debe ser aplicada únicamente a aquellos procesos posteriores a su vigencia.

Ciertamente, el legislador patrio no fue ajeno a dicha problemática y desde otrora adoptó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, norma rectora en asuntos de esta especie, la que antes de la modificación introducida por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012 establecía: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”* –subrayas del Tribunal-.

Pues bien, en el *sub lite* la decisión objeto dealzada se constituye en aquella a través de la cual la *a-quo* rechazó en aplicación de los artículos 18, 20 y 25 del Código General del Proceso la demanda ejecutiva de la referencia, bajo el argumento que las pretensiones solo alcanzan a ser de menor cuantía y por ende su conocimiento está asignado a los jueces civiles municipales en primera instancia.

Estudiada la referida providencia, de entrada se advierte que la misma, en sus consideraciones, dejó de lado que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, daba luces suficientemente aclaratorias sobre la aplicación en el tiempo de la Ley 1564 de 2012, en relación con las actuaciones procesales que venían surtiéndose de tiempo atrás. Como se recuerda, tal disposición establece que *“las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr, y las demás actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

En ese sentido, el *a-quo* dejó de advertir que la misma ley 1564 en su artículo 627 Num. 4°, estableció que *“La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas: (...) 4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, (...) ...entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).”*

En consecuencia, si las actuaciones que ya hubieren empezado se regirán por la ley vigente al momento de su iniciación, y la presente demanda se presentó el 06 de junio de 2012, las norma aplicables sobre la determinación de la cuantía eran entonces los artículos 19 y 20,2 del Código de Procedimiento Civil, que no las disposiciones referidas del Código General del Proceso, en las que la juez basó su decisión, las cuales solo tuvieron vigencia a partir del 1º de octubre de 2012.

En este orden de ideas, si la cuantía para época de la presentación de la demanda se determinaba por el valor de la suma total de las pretensiones acumuladas (Artículo 20 num. 2 C.P.C.), y para el año 2012 la mayor cuantía empezaba desde \$51.003.000, y las pretensiones de este proceso más los intereses de mora, superan ampliamente ese monto, correspondía entonces a la *a quo* asumir el conocimiento de este proceso, razón por la cual se revocará el auto atacado.

Auto de segunda instancia (2012-0076-01) del 4 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN PROCESO REIVINDICATORIO - No existe cuando se corrige la letra omitida en la dirección del inmueble objeto de la demanda/**ACCIÓN REIVINDICATORIA** – Cuando ambas posesiones proceden de la misma fuente, ha de triunfar quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio/**ACCIÓN REIVINDICATORIA** – Si el demandado acepta la condición de poseedor, el demandante queda relevado en la demostración de tal circunstancia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 946 y 950; Código de Procedimiento Civil, artículo 76.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisión del 16 de octubre de 182, con ponencia de Humberto Murcia Ballén.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Por razones de técnica, la Sala se ocupará en primer lugar de analizar la petición de declaratoria de nulidad de la actuación, la cual se basa en una supuesta incongruencia entre las pretensiones y la sentencia, ello en razón de que en la demanda se indicó que el inmueble objeto de reivindicación se encontraba ubicado en la calle 5 No. 5E-18 del municipio de Buga, mientras que en la sentencia, específicamente en su corrección, se estableció que está ubicado en la calle 5A No. 5E-18 de Buga.

Así, aunque es cierto que en la demanda se indicó como nomenclatura del inmueble de marras la calle 5 No. 5E-18, lo cierto es que al informativo se allegaron abundantes pruebas documentales, de las que se establece con claridad que la dirección correcta es la calle 5A No. 5E-18 de Buga, tales como el certificado de tradición expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buga y de la escritura pública por la cual adquirió el inmueble la demandante, en donde figura como 5 A.

Incluso la parte demandada aportó como pruebas, recibos de pago del impuesto predial, para demostrar que ejercen la posesión del bien, en los cuales con claridad se indica que la nomenclatura del bien es Calle 5 A No. 5E-18 de Buga; se efectuaron dos peritajes, en los se indica la misma identificación numérica, y fuera de ello se practicó inspección judicial al predio en la que se consignó como dirección Calle 5 A No. 5E-18, diligencia en la cual participó el abogado que ahora pide la nulidad, Dr. GERARDO ANTONIO PATIÑO ZAPATA, sin que en ningún momento se hubiera opuesto a la misma, es decir, haciendo ver que se estaba haciendo una inspección a un inmueble diferente al indicado en la demanda, lo que efectivamente no hizo porque era consciente que se trataba del mismo, luego, al hacerlo a estas alturas, pues ni siquiera hizo ninguna referencia sobre el tema al alegar de conclusión, ello se constituye en una falta de lealtad con la contraparte y la administración de justicia.

En efecto, tratar en el trámite de la segunda instancia de sacar provecho de un *lapsus cálimi* (error al escribir) del apoderado de la actora, no puede ser aceptable, máxime cuando debe dársele prevalencia a lo sustancial sobre lo procedimental, y en este caso, claramente la parte pasiva tiene plena conciencia de cuál es el inmueble objeto de reivindicación, sin que por demás el *a quo* no haya tenido competencia (art. 140.2 del C.P.C. – causal citada por el censor), pues claramente sí la tiene conforme lo prevé el artículo 16.1 *ibídem*, por tratarse de un proceso ordinario de mayor cuantía.

Ahora. En cuanto a que no existió congruencia con la demanda, en verdad sí existió, pues el inmueble que se ordenó restituir a la parte actora, indudablemente es el mismo de que es objeto la demanda, este es, el plenamente identificado por su cabida y linderos conforme la inspección judicial realizada, los dictámenes periciales, el certificado de tradición y la escritura pública por la cual lo adquirió la demandante. En conclusión, se despachara en forma negativa la petición de nulidad, por las razones antes indicadas.

En el *sub lite*, tal como lo observó el *a quo*, el derecho de dominio sobre el bien objeto de reivindicación, se encuentra en cabeza de la demandante, pues ésta lo adquirió por la compra que le hiciera a su hija GEORGINA AMEZQUITA QUINTERO, a través de la escritura pública 1438 del 2 de diciembre de 1.998 (título), debidamente registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 373-28479 (modo), de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buga.

Sobre esta materia, es necesario observar, y a efectos de dar respuesta al argumento en que se basa la censura a la sentencia de primera instancia, que el hecho de no entrarse a poseer el inmueble al momento de adquirirse la titularidad del bien, no conlleva a que no se tenga el dominio, pues incluso el nudo propietario, es decir quien no tiene la propiedad plena, puede reivindicarla (art. 950 C.C.); y también puede reivindicar quien adquiere la titularidad del inmueble por sucesión y encuentra que el inmueble adjudicado está en manos de otras personas que se reputan poseedoras, caso en el cual, como en el presente, la posesión es anterior al título de quien tiene el dominio.

Además, la titulación por virtud de la cual la demandante adquirió y probó la propiedad del inmueble en nada se afecta por la existencia del contrato de promesa por medio del cual la anterior titular de dominio le entregó la posesión a las demandadas, resultando así prevalente el derecho de dominio de la actora, conclusión a la que se llega si se tiene en cuenta que conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, cuando “*ambas posesiones, la inscrita del actor y la material del demandado, proceden de la misma fuente*” como acá ocurre, en que una y otra devienen de la misma persona, la señora GEORGINA AMEZQUITA QUINTERO, “*ha de triunfar quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio que el dueño anterior hizo de su propiedad*”.

Por tanto, como ambas posesiones, la inscrita de la demandante y la material de las demandadas proceden de la misma fuente, al haberse adquirido de la anterior propietaria, ha de triunfar la de la actora por ser quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio. En consecuencia, es esta razón suficiente para que la Sala encuentre probada esta primera exigencia.

En lo que atañe al segundo requisito, esto es que la cosa a reivindicar esté singularizada, establece el artículo 946 del Código Civil que la acción de dominio es la que tiene “*el dueño de una cosa singular*”, lo cual significa que si la cosa es universal no es factible impetrar esta acción, pues se estaría frente a una petición de herencia. En este caso, esta perfectamente singularizado el bien que se pretende reivindicar, esto es el inmueble ubicado en la calle 5A No. 5E-18 del municipio de Buga – Valle, el cual fue adquirido a través de escritura pública debidamente registrada.

Respecto a la identidad entre lo poseído y lo pretendido, esto es el tercer presupuesto, estando probada la propiedad del inmueble en cabeza de la demandante en reivindicación, mediante el título debidamente registrado, en el que se establece una plena identificación entre el bien que se encuentra en manos de las demandadas y el pretendido en reivindicación. Por lo demás, a través de la inspección judicial llevada a cabo en la primera instancia, se pudo establecer que se trata del mismo inmueble.

Finalmente, en lo que atañe al cuarto requerimiento, esto es, que el demandado tenga la calidad de poseedor, también se cumple, pues las demandadas a través de sus apoderados al contestar la demanda, aceptan que el inmueble está en su posesión desde el momento en que les fue entregado en virtud de un contrato de promesa de compraventa que celebraron con la anterior propietaria inscrita del inmueble, y se reputan como tales, al punto que para probarlo allegaron pruebas documentales tales, tales como el pago de los recibos del impuesto predial, e hicieron mejoras al inmueble, las cuales incluso le fueron reconocidas por el *a quo*.

De acuerdo a lo anterior, a no dudarlo, las demandadas aceptaron ser poseedoras del inmueble que se pretende reivindicar por la demandante, aceptación que resulta ser suficiente para dispensar de la carga de la prueba al demandante. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de junio de 1982, con ponencia del magistrado Humberto Murcia Ballén, dijo:

Como desde vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que en es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre esos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión...” (Subrayado fuera de texto).

Cumplíndose así el último de los requisitos axiológicos para el triunfo de la pretensión reivindicatoria.

Por tanto, la demandante se encuentra plenamente legitimada para reivindicar el bien que adquirió por compra a través de escritura pública debidamente registrada, la cual además no ha sido objeto de ataque a través de la acción pertinente.

Ahora bien. En cuanto a que la venta por la cual adquirió la actual propietaria el inmueble que pretende reivindicar fue absolutamente simulada, es de resaltar que en el informativo no se allegó prueba alguna que demuestre tal aseveración, y en todo caso como lo determinó el juzgador de primera instancia, ello debió discutirse mediante la formulación de la pretensión respectiva, lo que aquí no acaeció.

Así las cosas, en el *sub lite* se encuentran probados los cuatro presupuestos para que prospere la acción reivindicatoria, y teniendo en cuenta que el tema de la apelación se encuentra agotado, en tanto el mismo básicamente se fundamenta, como antes se precisó, en una supuesta falta de legitimación en la causa por activa, lo cual quedó desvirtuado al establecerse que si la tiene por ser la propietaria inscrita del inmueble a reivindicar, es decir la titular del dominio, la consecuencia lógica es la confirmación del fallo apelado, sin que sea necesario adentrarnos al estudio de otras materias, como lo son el de las prestaciones mutuas, al no haber sido objeto de cuestionamiento por el censor.

En colofón, se confirmará la sentencia de primera instancia, por las razones antes indicadas.

Sentencia de segunda instancia (2008-00081-01-01) del 14 de junio de 2013, con ponencia del la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SUCESIÓN PROCESAL – La calidad de sucesor procesal, salvo en los procesos de ejecución, debe ser solicitada expresamente por los interesados/**PREJUDICIALIDAD CIVIL** – El proceso divisorio no se suspende por el trámite del proceso de sucesión de uno de los condueños.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 29 y 228; Código de Procedimiento Civil, artículos 66, 44, 60, 135, 170, 171 y 392.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

I. El señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA, por medio de apoderado judicial, promovió, en junio 18 de 2010, acción Divisoria contra la señora LUZ ELENA GÓMEZ JARAMILLO, con el fin de que se decrete la venta de un bien inmueble, del cual es condueño, y se distribuya entre los copropietarios el producto de la venta.

II. La demanda le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago (V), quien, en auto interlocutorio No. 0359 de fecha 28 de junio de 2010, la admitió.

III. El día 23 de agosto del 2010, se le notificó personalmente el contenido del auto admisorio de la demanda a la señora LUZ ELENA GOMEZ JARAMILLO, quien, por intermedio de apoderada judicial, dio contestación a la demanda el día 6 de septiembre del 2010.

IV. El día 11 de marzo de 2011 fallece el señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA, demandante en este proceso.

V. El proceso de sucesión del causante JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA se adelanta ante el Juzgado Segundo de Familia de Cartago (V).

VI. El día 19 de enero de 2012 se solicita, por el apoderado judicial del señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA, la sucesión procesal de que trata el artículo 60 del C. P. C.

VII. El peticionario de la sucesión procesal no identifica, en primer lugar, en su memorial quienes son los interesados en que se les tenga en este proceso como sucesores procesales del difunto JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA; no aporta, en segundo lugar, poder de las personas que pretendan ser sucesores procesales del fenecido GOMEZ ZULUAGA; y, en tercer lugar, no se aporta la prueba de que la o las personas que pretendan ser sucesores procesales del fallecido GOMEZ ZULUAGA han sido reconocidas en el proceso de sucesión y en qué calidad.

VIII. El apoderado del señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA en este proceso divisorio no es el mismo que actúa en el proceso de sucesión, según los anexos allegados con la petición de declaratoria de la sucesión procesal.

IX. Ninguna de las personas que aparecen en los anexos allegados con el escrito de solicitud de sucesión procesal han manifestado expresamente su intención de que se les tenga como sucesores procesales del demandante fallecido y menos aún en que calidad, o sea como herederos, albacea, cónyuge, etc.

X. El recurso de reposición fue denegado y se concedió el de apelación para que esta superioridad dirima el asunto, ante quien NO se sustentó por parte del apelante teniéndose, en ese evento, como soporte del recurso de apelación los argumentos expuestos ante el inferior, en el escrito de interposición del recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

I. Es claro que cuando una persona fallece y es integrante de una de las partes en un proceso, el Código de los Ritos Civiles permite que sea sucedido por una personas que expresamente señala en su artículo 60, utilizando para ello la figura de la sucesión procesal pero para que ello sea aceptado en el proceso donde actuaba la persona fallecida se deben cumplir con unas exigencias lógicas y precisas a saber:

a. Que exista la petición del interesado en suceder al fenecido, bien directamente, si es abogado en ejercicio, o por intermedio de apoderado judicial; y

b. Que aporte la prueba de la calidad que alega y que esté prevista en el artículo 60 del C. P. C. como admisible para suceder

al litigante, o sea la prueba de que es cónyuge del finado o el albacea de la herencia con tenencia de bienes o heredero del difunto o el curador de la herencia yacente.

II. Si, como ocurre en el presente caso, no existe manifestación expresa de alguna de las personas que tenga una de las calidades antes dichas de su intención de suceder procesalmente al difunto en el proceso, obviamente no es posible aceptar la aplicación de tal figura en un proceso como en el que nos ocupa.

III. En el caso a estudio brilla por su ausencia el escrito de una persona interesada en que se le tenga como sucesor procesal del finado JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA; en otras palabras, el escrito en el que se solicita el “*TRÁMITE DE LA SUCESIÓN PROCESAL*” no está suscrito por la cónyuge del difunto, o el albacea de la herencia con tenencia de bienes o heredero del difunto o el curador de la herencia yacente y mucho menos se aporta la prueba de una de esas calidades.

IV. Al no haber petición de uno de los legitimados para suceder procesalmente al demandante fallecido, no es procedente hablar de aplicar el artículo 60 del Código Adjetivo Civil y mucho menos hablar de un recurso de apelación cuando se declara improcedente la petición de adelantar un supuesto incidente, que no existe en el C. P. C., para la sucesión procesal, pues dicho recurso sólo es admisible cuando “...*admite o rechace a un sucesor procesal.*” y en el presente evento no se está ni admitiendo ni rechazando a un sucesor procesal por la sencilla razón de que nadie ha pedido que se le tenga en tal calidad.

Clarificado lo anterior, adentrémonos en lo relacionado con lo relacionado a la petición de la suspensión del proceso por la presunta figura de la prejudicialidad civil y para ello es necesario precisar:

A. El señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA es copropietario de un bien inmueble ubicado en Cartago (V).

B. El señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA, ejerciendo su derecho a no vivir en indivisión, promovió el proceso divisorio contra su copropietaria, la señora LUZ ELENA GOMEZ JARAMILLO.

C. El señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA fallece el 11 de marzo de 2011, mucho después de haberse iniciado el proceso divisorio.

D. El derecho de copropiedad que aparece registrado a nombre del señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA hace parte del haber sucesoral (masa herencial o social, según el caso) de él y será objeto de adjudicación a las personas que sean asignatarias en su proceso de sucesión.

E. La decisión que se tome en el proceso de sucesión no hará variar el derecho del señor JOSE SAUL GOMEZ ZULUAGA en el bien inmueble entrabada en el proceso divisorio, lo máximo será que se adjudique ese derecho de copropiedad a una persona que lo reemplazará en tal derecho sobre el bien raíz pero en momento hará ordenamiento alguno que desconozca al finado como propietario, por lo tanto, no se considera procedente el suspender por prejudicialidad civil un proceso divisorio por estarse tramitando el proceso de sucesión de uno de los conductores.

F. Adicionalmente, y ya desde el punto de vista adjetivo, se debe resaltar que en este caso brilla por su ausencia el cumplimiento de la exigencia plasmada en el artículo 171 del C. P. C. a saber, la

prueba de la existencia del proceso que, supuestamente, determina la suspensión del proceso divisorio, pues una cosa es que el peticionario de la suspensión pretenda que sea el A quo el que se encargue de conseguir tal prueba (ya que solicita en su escrito que se oficie al Juzgado donde presuntamente cursa el proceso sucesoral para que se expidan las copias de las actuaciones surtidas en ese proceso y otra muy distinta que la norma permita esa conducta, pues al leer el texto de la norma se desprende, claramente, que el interesado en la suspensión de un proceso debe aportar, en primer lugar, el escrito donde plasme la solicitud de suspensión del proceso y, en segundo lugar, la prueba de la existencia del proceso que genera la presunta causal de suspensión.

Así las cosas, esta Sala concluye que NO es procedente revocar la decisión tomada por la Juez Primera Civil del Circuito de Cartago (V), en el auto interlocutorio No. 068 de febrero 20 del 2012, tanto en lo concerniente a que es improcedente la solicitud de trámite de sucesión procesal como de suspensión del proceso, requeridas ambas por el apoderado judicial de la parte demandante en este proceso.

Con relación a la condena en costas, esta Sala se abstendrá de hacerlo debido a que no aparece en el expediente que se hayan causado.

Auto de segunda instancia (2010-00089-01) del 6 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma el auto apelado.

SANCIÓN POR DESACATO – Debe recaer sobre el funcionario responsable del cumplimiento del fallo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 52 y 53; Resolución 039 de 2012, artículo 17, numeral cuarto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-763 de 1998; Corte Suprema de Justicia, decisiones de tutela 2007-01747-00 del 13 de noviembre de 2007, ponencia del magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar y 2012-01832-00 del 4 de septiembre de 2012, ponencia del magistrado Jesús Vall de Rutén Ruiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción constitucional de amparo de los derechos fundamentales, introdujo en su artículo 52 la figura jurídica del **DESACATO**, norma que es de esta literalidad:

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será

impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Según la norma citada, incurre en desacato quien incumpla una orden del Juez de tutela, haciéndose acreedor a las consecuencias jurídicas señaladas en los artículos 52 y 53 del citado decreto. Luego, es claro que la imposición de la sanción sólo puede producirse en contra de quien compelido por una orden de tutela, de forma deliberada no la cumple.

Analizado el caso *sub exámine*, se advierte que por parte de la persona sancionada, no se configuró un proceder doloso o culpable tendiente a desconocer la orden de tutela impartida por el juzgado *a-quo* en la sentencia del 20 de noviembre de 2012 a favor del señor HERMIDES RAMOS COMETA, como quiera que de conformidad con el artículo 17,4 de la Resolución 039 de 2012 por medio del cual el Presidente de Colpensiones delegó funciones y asignó la facultad de suscribir ciertos actos; el GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES es la autoridad que tiene la facultad legal de resolver el reclamo elevado por el accionante sobre el monto de su pensión de vejez, que NO el Presidente de COLPENSIONES como erróneamente lo consideró la Jueza de instancia. De ahí que la omisión en la respuesta a la petición del actor, no se le puede endilgar a quién por disposición legal no está facultado para resolverlo.

Lo anterior tiene fundamento, en el artículo 17 de la mentada resolución que establece textualmente lo siguiente:

“Art. 17. Asignar al Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y prestaciones, la facultad de suscribir los siguientes actos:

1. Los de reconocimiento de beneficios y prestaciones económicas y sustituciones.
2. Los que resuelvan los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa interpuesta contra los actos administrativos que profiera.
3. Las certificaciones e informes que le corresponda expedir al área en cumplimiento de sus funciones.
4. Los que resuelvan las peticiones, reclamos y sugerencias de competencia de la dependencia y que no estén asignados a otras áreas.
5. Los que sean necesarios para el adecuado ejercicio de sus funciones y que no correspondan a otras áreas”.

En este orden de ideas, el acto administrativo en cita, tuvo precisamente por objeto delegar funciones y asignar la facultad de suscribir ciertos actos a distintos funcionarios con el fin de distribuir la competencia al interior de dicha entidad. Por lo tanto la responsabilidad de resolver el reclamo del actor recae, por expresa disposición administrativa, sobre el GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES.

Siendo ello así, no puede predicarse una actitud arbitraria o caprichosa por parte de PEDRO NEL OSPINA SANTAMARÍA como Gerente de COLPENSIONES, toda vez que desde junio de 2012 había delegado en el GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE LA VICEPRESIDENCIA DE BENEFICIOS Y PRESTACIONES, las funciones cuya omisión aquí se acusa, circunstancia ésta que impide sea dable imponer sanciones por desacato, por lo que habrá de revocarse la decisión consultada.

Y es que esta particularidad, no la puede dejar de advertir el Tribunal, atendiendo la trascendencia de todo orden que comporta una decisión del linaje de la que se asumió en este caso –nada menos que multa y arresto-; pues no puede echarse de menos como bien lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia “...la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las formas de búsqueda del cumplimiento de la sentencia.”.

Pero además debe tenerse en cuenta que el presidente de COLPENSIONES también tiene unas competencias específicas que cumplir al interior de la entidad que representa, las cuales fueron demarcadas a través del Decreto 4936 de 2011, y entre ellas está la facultad de delegar, siendo ello precisamente lo que materializó a través de la Resolución 039 de 2012 con el fin de descongestionar los órganos superiores.

Finalmente importa precisar que conforme el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la aplicación de las sanciones por desacato a un fallo de tutela debe ser fruto del adelantamiento de un trámite incidental, el cual contempla la exigencia del requerimiento para el cumplimiento del fallo, el auto que ordena correr traslado dando la oportunidad al imputado de contradecir y solicitar pruebas, y sólo verificado éste, el decreto de las que sean pertinentes y conducentes para luego de su recaudo emitir la decisión que resuelva de fondo tal actuación, todo ello con el fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los intervinientes. Por lo que cabe resaltar que dentro del presente asunto esas precisas etapas no se observaron por parte de la *a quo*, las pruebas se decretaron antes del auto que ordenó correr traslado al sancionado, y a continuación del auto de traslado se revolvió el incidente con sanción, lo que si bien no configura una nulidad al no haberse solicitado prueba alguna por el incidentado, si altera la forma prevista por el legislador para el desencadenamiento de éste específico trámite sancionatorio.

Así las cosas, la sanción consultada será revocada a fin de que se vincule al funcionario responsable del cumplimiento del fallo, con quién deberá de reanudarse la actuación en debida forma.

Auto 083 del 11 de junio de 2013, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto apelado.

UNIÓN MARITAL DE HECHO – La declaración de los testigos no debe ser exacta.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 54 de 1990, artículos 1 y 2; Código de Procedimiento Civil, artículo 219.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 25 de febrero de 1986, con ponencia de Alberto Ospina Botero y 2000-00591-01 del 28 de octubre de 2005, con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En la especie de este proceso se busca la declaración de existencia de la Unión Marital de Hecho y Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes, su disolución y liquidación, con apoyo en la supuesta convivencia como marido y mujer de la señora NUBIA MARÍA HINCAPIÉ MERCADO y el causante JORGE IVÁN SALAZAR VÉLEZ desde el mes de julio de 2002 hasta el 24 de junio de 2010, calenda de la muerte del último.

La Jueza de primer grado accedió a las pretensiones. Entre tanto el demandado JORGE IVÁN SALAZAR VÉLEZ, a través de su representante judicial, se alzó contra la sentencia argumentando que no existió relación marital entre la demandante y el causante, cuestionando la prueba recogida en el proceso en los términos ya anotados.

Del escrutinio de la prueba acopiada en el plenario, específicamente la de orden testifical, documental e indiciaria, aflora la convicción de que NUBIA MARÍA HINCAPIÉ MERCADO y JORGE IVÁN SALAZAR VÉLEZ, desde el año 2002 comenzaron una comunidad de vida única y permanente hasta el momento del fallecimiento del compañero. Esa aseerción es la que se desprende de la evidencia militante en el plenario, como a renglón seguido pasa a explicarse.

En efecto, los dos testimonios recibidos a instancias de la parte demandante, de manera unisona, acorde y con explicación de la ciencia del dicho, dan cuenta que entre los prenombrados existió mucho más que una vinculación de amistad, porque en forma directa percibieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que vivió esta pareja en la ciudad de Tuluá Valle; vieron como tenían conformado un hogar, ella atendía los quehaceres de la casa, mientras que él como empleado de una empresa de telecomunicaciones subvenía las necesidades de ese hogar; y era así como se les observaba compartiendo como marido y mujer. Este comportamiento, por demás público y notorio, no corresponde sino al de dos personas que sostienen una relación marital.

La claridad y contundencia de estas exposiciones, amén que la exposición de la ciencia de sus dichos, dejan sin piso las apreciaciones del extremo demandado y la deponente citada por éste, según los cuales, entre NUBIA MARÍA HINCAPIÉ MERCADO y JORGE IVÁN SALAZAR VÉLEZ, no hubo una unión marital, él no tenía una relación estable, compartía con varias amigas.

El hecho que los citados testigos no hayan entregado la fecha exacta del inicio y terminación de esa relación –el segundo si lo hizo en cuanto a su terminación al declarar que duró hasta la muerte del hombre-, no les resta mérito, ni los hace reos de contradicción según la sindicación del recurrente, puesto que exigencia de tal naturaleza no se le puede hacer a un deponente de hechos ajenos. Todo lo contrario, en la técnica del análisis testimonial y fundamentalmente con base en las reglas de la experiencia, motivo de sospecha constituye que la declaración se

ofrezca con perfiles de exactitud, pues de ordinario las personas no retienen calendadas determinadas, sino épocas de un año, a lo sumo el mes.

Como antes se dijo y ahora se reitera, la contundencia del material probático arribado por la parte actora y de manera oficiosa por el Juzgado *a quo*, es suficiente para el despacho favorable de las pretensiones, desestimando de contera la excepción de fondo promovida y el testimonio ofrecido por la señora MARÍA GLADYS HERNÁNDEZ CIFUENTES madre del demandado JORGE ALEJANDRO SALAZAR HERNÁNDEZ, en el cual no halla el Tribunal sustento de peso para desnaturalizar la vida en común que llevaba la pareja SALAZAR HINCAPIÉ, atendiendo a que simplemente afirmó no saber de la relación que aquí se debate, pero en nada contradice el restante acervo probatorio, amén que su versión está afectada por motivos de sospecha, si se para mientes en el interés directo que tiene en las resultas del proceso, no solo por ser la progenitora del demandado, sino porque se ha afirmado que sería la eventual beneficiaria de las prestaciones sociales y de la pensión de sobrevivientes del fallecido SALAZAR VÉLEZ, lo cual la llevó incluso a contestar la demanda y tratar infructuosamente de ingresar al escenario procesal como parte.

Tampoco desdice de lo probado la circunstancias de que el causante no hubiese tenido afiliada como beneficiaria a la demandante HINCAPIÉ MERCADO a la E.P.S. S.O.S., puesto que tal vinculación no era necesaria ni posible, en razón a que ella disfruta de una pensión de sobrevivientes de su anterior esposo y goza de su propia seguridad social como cotizante, mismo razonamiento que opera para la afirmación de que la actora no dependía económicamente él, amén que la dependencia económica tampoco es elemento que se requiera o impida la unión marital de hecho.

Del interrogatorio de la demandante no se extraen contradicciones o yerros protuberantes que pudiera alcanzar la categoría de confesión que vaya en contra de lo afirmado en la demanda y lo probado a lo largo del proceso. Por el contrario su versión se aprecia clara, coherente y acorde con el haz probatorio, dejando sin fundamento el alegato de la parte apelante, pues nada perjudicial para sus pretensiones hay en que sostuviera que recibía una pensión de jubilación y que percibiera dineros por concepto de arrendamientos, ya que como quedara arriba apuntado, la dependencia o independencia económica no es exigencia ni impedimento para la conformación o no de la unión marital de hecho.

El tema del haber de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes – bienes, mejoras, etc.- tendrá que ser debatido de fondo en la fase liquidatoria de esa comunidad. De allí que no tenía porque ser tratado en la primera instancia, como lo reclama el impugnante.

En este orden, la sentencia impugnada debe ser confirmada por estar ajustada a la evidencia procesal y al derecho, con la consecuente condena en costas en segunda instancia a cargo de la parte perdedora.

Sentencia de segunda instancia (2010-00405-01) del 20 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PROPIEDAD INTELECTUAL – Pertenecen a las entidades públicas las obras que sus empleados o funcionarios crean en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de sus cargos

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 23 de 1982, artículos 20, 91 y 182; Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones 351 y 486, artículo 154; Concepto 1-2009-35800 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) Se tiene como pacíficamente acreditado en el proceso lo siguiente: el señor JACKSON GALLEGO TABARES, atendiendo invitación informal de la empresa prestadora de servicios EMCALIMA E.P.S. para la cual prestaba sus servicios, dibujó durante horas laborables el logotipo que la identificó y lo entregó a la citada entidad sin previa oferta, pedido o recibido de contraprestación alguna, enseña la cual contiene signos, letras y formas en relación con los servicios que presta la misma, esto es, los servicios públicos municipales de agua en la localidad Calima El Darién, Valle del Cauca, el cual se encuentra estampado en la publicidad de la demandada, como almanaques y avisos en las vías públicas, según se observa en los documentos aportados con la demanda –Fs. 9 a 14-.

El dossier contentivo del proceso da cuenta que el diseño que identificó por varios años a la empresa EMCALIMA E.P.S. creado por el señor JACKSON GALLEGO TABARES, nunca se elaboró bajo un contrato de prestación de servicios –obra encargo-. Por las expresiones procesales de ambas partes se deduce con claridad que en la ejecución de la obra fuente de esta controversia no hubo contrato de prestación de servicios, no se demostró pacto orientado a remunerar el trabajo, ni que la demandada hubiese impartido orientaciones o parámetros recibidos por quien diseñó el dibujo, luego entonces, este tipo de cesión, tampoco se materializó en el caso en estudio.

El artículo 91 de la Ley 23 de 1982, en su inciso primero, sobre la protección a los derechos de autor, reza: “Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.”

La Legislación establece que si la obra se realiza en ejercicio de las funciones legales y constitucionales del empleado o funcionario público se entenderán cedidos, desde el nacimiento de la obra, todos los derechos patrimoniales que sobre ella pueda tener la persona vinculada a la entidad estatal.

Remembremos que la decisión apelada concluyó que la norma reproducida no se aplicaba al caso concreto, simplemente por el hecho de que el demandante no fue funcionario ni empleado público, sino trabajador oficial de la compañía recurrente. No paró mientes el juzgador, en el verdadero alcance y sentido de ese precepto jurídico.

Pues bien, puesta la Sala en esa tarea considera trascendental aludir al art. 28 del Código Civil Colombiano, orientador de la hermenéutica legal. Estatuye el canon: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

Observando con detenimiento el contenido del susodicho precepto jurídico, evidencia la Sala que en él, el legislador patrio hace alusión a los derechos de autor sobre obras creadas en el ámbito del sector público, por servidores del mismo. Ese es el sentido natural y obvio de la disposición, por lo que su radio de aplicación, corresponde a todos los servidores de la administración pública, lo cual atañe también a los trabajadores oficiales. La materia gobernada en el ordenamiento dice relación con el funcionamiento del ente estatal, siendo razonable concluir que el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 opera igualmente para los trabajadores oficiales, los cuales pertenecen en general a la categoría de servidores públicos.

Retornando al subjúdice, no puede dejar de advertir el Tribunal el contexto en que se dieron los hechos controvertidos, es decir, realización de una enseña por el señor JACKSON GALLEGO TABARES en el marco de una convocatoria o invitación de la empresa para la cual laboraba, sin promesa ni acuerdo de remuneración alguna. Elaborado el trabajo durante su jornada laboral -utilizando la razón social de la empresa- por el demandante, voluntariamente lo entregó –porque no decir donó- a la prestadora de servicios públicos sin condicionar, exigir, ni recibir nada a cambio.

Sin duda, para la Sala es claro que el diseño elaborado por el demandante, se originó en ocasión a la invitación realizada por el gerente a todos los trabajadores, es decir, mediante la convocatoria informal, de la cual se seleccionó el dibujo de aquél, así la naturaleza de su cargo no guarde relación con el diseño gráfico, lo que en realidad importa para los efectos que persigue la norma en estudio, es que la obra se haya producido por disposición de la empresa y durante el ejercicio de sus funciones. Es que si se para mientes en la actividad de la recurrente, su objeto social no tiene que ver con el diseño gráfico, luego entonces, luce descabellado e ilógico exigir que el demandante haya realizado su obra en un cargo de esa característica, cuando aquél ni siquiera se dedica a ese arte. Sencillamente, se eligió su diseño.

Puesta así las cosas, es de concluir que los derechos de autor sobre el logotipo que elaboró el señor JACKSON GALLEGO TABARES en el ejercicio de su cargo, al acatar la convocatoria para el dibujo que identificaría la empresa donde laboraba, es de propiedad de la Empresa EMCALIMA E.P.S.

Es que además, no luce ajustado al principio de la buena fe, una de cuyas expresiones es el “*veniere contra factum proprium non valet*”, del cual se predica que quien con sus actuaciones u omisiones ha generado una confianza legítima en otra persona, no puede posteriormente irse contra sus propios actos, desconociendo derechos surgidos de esa manera de comportamiento.

En la especie de este proceso halla la Sala que el señor JACKSON GALLEGO TABARES en su calidad de servidor público, acudiendo a la exhortación que le hiciera la naciente empresa EMCALIMA E.P.S. para la cual trabajaba, por cuya

prosperidad en aquel momento apostaban todos, elaboró en tiempos de su horario de trabajo una enseña o logotipo que serviría para identificar la prestadora de servicios públicos, lo entregó sin ofrecimiento, pacto o pedido de contraprestación alguna, permitió que la entidad lo utilizara a ciencia y paciencia suya, creando con su comportamiento la creencia y confianza legítima en la empresa de ser la titular de los derechos patrimoniales de autor sobre el dibujo, para luego, al cabo de una década, volverse contra toda esa gama de actuaciones y tratar de revertir sus consecuencias, con la única finalidad de obtener un lucro dinerario. Comportamiento de semejante jaez no puede encontrar aplauso en la justicia, dado que está a contrapelo del valor de la buena fe.

Sin embargo de lo anterior, por expresa disposición de la norma en análisis, en su inciso segundo: “Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas.” .

En efecto, el logotipo de EMCALIMA E.P.S., diseñado por el demandante, conserva los derechos morales de su autor, señor JACKSON GALLEGO TABARES, quien lo ideó y creó.

En consecuencia, la decisión confutada habrá de ser parcialmente revocada, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte perdidosa.

Sentencia de segunda instancia (2009-00083-00) del 21 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: revoca parcialmente la sentencia apelada.

AUTO ILEGAL – Por admitir el recurso de apelación contra la decisión que niega la corrección aritmética de providencia judicial.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Código de Procedimiento Civil, artículos 310. 351, 358; Ley 1285 de 2009, artículo 25.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

1. El día 12 de marzo de 2012 el Juzgado Tercero de Familia de Palmira (V) profirió un auto interlocutorio en el trámite del proceso de la referencia, indicando, en el numeral tercero de la parte resolutive de la mencionada providencia, que no accedía a la solicitud de corrección de la sentencia de mayo 18 de 1999, por medio de la cual aprobó la partición efectuada en el proceso de sucesión.

2. Contra dicha decisión la apoderada judicial de los señores MARIA EDITH MADRIÑAN DE RODRIGUEZ, MARIA FERNANDA RODRIGUEZ MADRIÑAN, CILIA LEONOR, FRANCINA Y ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ MADRIÑAN interpuso, el día 20 de marzo del 2012, el recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, con el fin de que se revocara tal

determinación y se accediera a la petición de corrección por error aritmético en que, según ella, se incurrió en la sentencia aprobatoria de la partición.

3. Por auto de mayo 10 de 2012, el Juzgado Tercero de Familia de Palmira (V) resolvió no reponer la determinación tomada en el auto de 12 de marzo de 2012 y concedió el recurso de apelación.

4. El día 26 de junio de 2012, esta Sala admitió el recurso de apelación.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

V. El artículo 310 del Código de Procedimiento Civil consagra la posibilidad corregir los errores aritméticos en que el Juez haya incurrido al dictar una providencia.

VI. En la misma norma se indica que la providencia (auto) que corrige el error aritmético es susceptible de los mismos recursos que procedían contra la providencia objeto de la corrección, salvo el recurso de casación y el de revisión.

VII. Claramente se entiende que el auto que decide no aceptar la corrección que le haya sido solicitada no es susceptible de los recursos que procedían contra la providencia que se pretende corregir.

VIII. En el presente evento, la apoderada judicial de los señores MARIA EDITH MADRIÑAN DE RODRIGUEZ, MARIA FERNANDA RODRIGUEZ MADRIÑAN, CILIA LEONOR, FRANCINA Y ANDRES ALBERTO RODRIGUEZ MADRIÑAN solicitó la corrección de la sentencia No. 159 de mayo 18 de 1999 dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Palmira (V), aprobando el trabajo de partición presentado dentro del proceso de sucesión de los causantes JOAQUIN PABLO AVENIA VACCA y FELICIDAD ZORRILLA DE AVENIA, petición que le fue denegada, en lo concerniente con un predio denominado "LA LUISA", por medio del numeral 3 del auto interlocutorio de marzo 12 de 2012.

IX. Contra la decisión anterior la peticionaria de la corrección, al enterarse de que le había sido negada, interpuso el recurso de reposición, el cual es perfectamente permitido para ello tal y como lo indica el artículo 348 del C. P. C., y, en subsidio, el de apelación, el cual no está expresamente consagrado para una providencia que niega la corrección de una providencia.

X. El Juez Tercero de Familia de Palmira (V) negó la reposición y, equivocadamente, concedió el recurso de apelación contra la decisión tercera del auto de marzo 12 de 2012, donde se negó la corrección de la sentencia No. 159 de mayo 18 de 1999, error en que igualmente incurrió este Despacho al proferir el auto de junio 26 de 2012, donde se admitió el recurso de apelación.

De acuerdo con lo antes expuesto, este Despacho, al observar que no es procedente el recurso de apelación contra el auto que niega la corrección aritmética de una providencia, y por ello se incumple con uno de los requisitos para ser admitido tal recurso, y por ende debió inadmitirse y disponer la devolución del expediente al inferior, pero ello no se efectuó por esta Sala y antes por el contrario se dispuso su admisión, siendo ello ilegal, debe corregir tal yerro, declarando la

ilegalidad de tal actuación y procediendo a corregirla, aplicando para ello lo previsto en el artículo 358 del C. P. C., o sea inadmitiendo el recurso y ordenando la devolución del expediente al juzgado de origen y así lo dispondrá en esta providencia.

Auto de segunda instancia (1991-00378-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara la ilegalidad del auto que admitió el recurso de apelación.

RECURSO DE APELACIÓN – No es viable frente al auto que rechaza la solicitud de nulidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 140, 142, 147, 168, 171, 351 y 358.

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 demandada contra la decisión tomada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Palmira (V), en el auto interlocutorio No. 578 de junio 29 del 2012, por medio del cual se declaró infundada la nulidad propuesta por el apoderado de la parte demandante?

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

1.- En enero 24 de 2012, se fijó la fecha de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, indicándose que se celebraría el día 14 de febrero de 2012, a las 9:00 AM.

2.- Dicho auto fue notificado por estado el día 26 de enero de 2012.

3.- El día 14 de febrero de 2012, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC, sin la comparecencia de la parte demandante, ni sus apoderados y sin que antes de la audiencia se hubiese presentado excusa alguna a la parte demandante.

4.- El día 05 de marzo de 2012, se profirió el auto No.166 sancionando a los tres demandantes, por la inasistencia a la audiencia, con el equivalente a cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno.

5.- El auto fue notificado por estado el día 07 de marzo de 2012.

6.- El día 23 de marzo de 2012, la apoderada sustituta de la parte demandante, solicita la nulidad del proceso, desde el día 20 de febrero de 2012, hasta el 15 de marzo de 2012, debido a que ese lapso de tiempo estuvo incapacitada por una enfermedad grave que padeció y que es causal de interrupción del proceso de acuerdo con el artículo 168 del CPC, en concordancia con el numeral 5 del artículo 140 del CPC.

7.- El día 30 de marzo, el Juzgado a quo, expidió el auto No 251, donde declara la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de conciliación (sic), inclusive, y fija el día 26 de abril de 2012, a las 9:00 AM, para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC.

8.- El soporte de la decisión anterior, lo hace descansar el a quo, en una interpretación relacionada con la aplicación del numeral 2º del artículo 168 del CPC, pero, a pesar de que indica claramente que la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC, se llevó a cabo el día 14 de febrero de 2012 y la incapacidad médica para la apoderada es a partir del 20 de febrero de 2012, declara la nulidad a partir del auto NO 166 de marzo 05 de 2012, e involucra sin justificación alguna, la audiencia antes indicada, la cual se celebró el día 14 de febrero de 2012, es decir, seis días antes de la incapacidad.

9.- El día 10 de abril de 2012, se notificó por estado el auto de marzo 30 de 2012.

10.- El día 13 de abril de 2012, el apoderado de uno de los demandados, interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto No. 251 de marzo 30 de 2012, aduciendo que de la solicitud de nulidad no se corrió traslado a las partes en el proceso, y, adicionalmente, indicando que la incapacidad de la abogada de los demandantes, se expidió el día 20 de febrero de 2012, por lo que indica que es posterior a la fecha de la audiencia, la cual fue señalada para el día 14 de febrero de 2012, por tales razones, pide que se revoque la decisión del auto impugnado y se niegue la petición de nulidad.

11.- Del recurso se corrió traslado y dentro de él, la parte demandante se pronunció indicando, según ella, que el día 28 de febrero de 2012, se celebró la audiencia de conciliación judicial, fecha para la cual se encontraba incapacitada, tal y como se demostró en el plenario, por lo cual no era posible asistir a dicha audiencia, por tales razones solicita que se confirme el auto impugnado.

12.- El día 15 de junio de 2012, el Juez Tercero Civil del Circuito de Palmira, resolvió revocar el auto interlocutorio 251 del 30 de marzo de 2012, ordenando correr traslado de la solicitud de nulidad a la parte demandada.

13.- El día 29 de junio de 2012, el a quo resolvió la petición de nulidad, declarándola infundada debido a que la audiencia se celebró el día 14 de febrero de 2012, y la incapacidad indica que ella corre a partir del 20 de febrero y hasta el día 15 de marzo de 2012, y ello no justifica, la inasistencia a la audiencia de la parte demandante, máxime si se tiene en cuenta, que el auto que fijó la fecha para la audiencia, era del 24 de enero de 2012, o sea, doce días hábiles antes a la celebración de la audiencia, tiempo más que suficiente, según el juez, para haberle avisado a los demandantes sobre la asistencia a la audiencia.

14.- Dicho auto fue notificado por estado el día 04 de julio de 2012, y en tiempo oportuno, la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión anterior, sustentando el recurso, en los mismos argumentos planteados, en el escrito de

nulidad, agregando que se indujo a un error grave, pues fue el juzgado en el auto 166 de marzo 05 de 2012, donde se indicó que la audiencia se había celebrado el 28 de febrero de 2012. Por lo cual solicita se revoque la decisión tomada en el auto 578 de junio 29 de 2012.

15.- Del recurso se corrió traslado y fue resuelto negativamente en auto de marzo 11 de 2013, concediendo el recurso de apelación en el efecto devolutivo, según lo indicado en el inciso 3º del artículo 171 del CPC.

De acuerdo con lo anterior se tiene que:

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 142 del C. P. C., la solicitud de nulidad en un proceso solamente se tramita como incidente cuando el Juez considera necesario decretar la práctica de pruebas, en caso contrario, después de vencido el término de traslado, el Juez debe resolver la petición de nulidad, de ello se desprende que no por el hecho de solicitarse una nulidad, ello debe conducir necesariamente a un trámite incidental.

2.- En el presente caso, en marzo de 2012, la apoderada de la parte demandante, solicitó el decreto de una nulidad con base en la causal contenida en el numeral 5 del artículo 140 del CPC, luego del trámite correspondiente, procedió, por auto de junio 29 de 2013, a rechazar la petición de nulidad.

3.- El auto que rechaza la solicitud de nulidad, no está consagrado en el C. P. C. como susceptible del recurso de apelación, según lo previsto en los artículos 147 y 351 del C. P. C., por lo que se procede a su inadmisión.

Auto de segunda instancia (2010-00047-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: inadmite el recurso de apelación.

NULIDAD – La restitución de bienes inmuebles destinados a la explotación agrícola debe tramitarse por el proceso ordinario agrario y no por el verbal de mayor cuantía/NULIDAD – Puede ser decretada durante el trámite del recurso de queja.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Código de Comercio, artículos 1, 10, 20, 21, 22 y 23, numeral primero; Decreto 2303 de 1989, artículos 1, 51, 52 y 62; Código de Procedimiento Civil, artículos 140, numeral quinto, 144 y 145; Ley 1285 de 2009; artículo 25.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

1º.- Las sociedades JIMMY CAMPO VICTORIA Y CIA AGRICOLA S. C. S., hoy AGROPECUARIA EL DIEZ Y CIA S. C. S., y DIEGO LEON CAMPO VICTORIA Y CIA AGRÍCOLA S. en C. S., son sociedades cuyo objeto social principal es la actividad de explotación agrícola.

2º. Las sociedades JIMMY CAMPO VICTORIA Y CIA AGRICOLA S. C. S., hoy AGROPECUARIA EL DIEZ Y CIA S. C. S., y DIEGO LEON CAMPO VICTORIA Y CIA AGRÍCOLA S. en C. S. celebraron un contrato de compraventa plasmado en la escritura pública No. 870 del 13 de marzo 2001 corrida en la Notaría 13 de Cali (V).

3º. El objeto de dicho contrato es la enajenación de dos (2) predios rurales destinados a actividades agrícolas, los cuales fueron, en el mismo acto escriturario, englobados para quedar en un solo bien denominado "BIZERTA", con una extensión de 60 hectáreas y 8007 metros cuadrados y distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 378-124320 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira (V).

4º. La sociedad DIEGO LEON CAMPO VICTORIA Y CIA AGRÍCOLA S. en C. S. promueve demanda contra la sociedad JIMMY CAMPO VICTORIA Y CIA AGRICOLA S. C. S., hoy AGROPECUARIA EL DIEZ Y CIA S. C. S., con el fin de que se le restituyan los bienes transferidos en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 870 de 13 de marzo de 2001 elaborada en la Notaría 13 de Cali (V), y se condene a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios, frutos e intereses causados desde el día que tomó posesión de dichos inmuebles, lo cual ocurrió el 1 de julio de 1998, hasta cuando se realice la entrega; adicionalmente, se condene en costas.

5º. El soporte de las pretensiones descansa en el no pago del precio, a pesar de que en el texto de la escritura se indica que fue cancelado por la parte compradora (hoy demandada).

6º. A la demanda se le dio el trámite del proceso Verbal de mayor cuantía consagrado en el C. P. C.

En el presente asunto se tiene lo siguiente:

1.- No es cierto que los actos que celebren los comerciantes per se son comerciales o mercantiles, pues claramente se observa en la misma legislación comercial que existen actos que no son mercantiles así los realicen los comerciantes, como es el caso de la adquisición a cualquier título de bienes para el uso del adquirente, tal y como lo plasma el numeral 1 del artículo 23 del Código de Comercio.

2º. El hecho de que las partes en un contrato de compraventa, como el que se debate en el proceso, sean sociedades no por ese sólo hecho se hace aplicable a todos sus actos la legislación comercial, como quiere hacerlo aparecer la A Quo cuando dice que "*al tenor de lo estipulado en el artículo 22 del Código de Comercio les son aplicables las normas previstas para los comerciantes cuando al menos uno de los participantes tenga esa calidad y para el sub lite está claro que la demandada sí lo es*", lo cual es totalmente desacertado, puesto que la norma citada por la distinguida Juez no consagra tal apreciación y, por el contrato, limita la aplicación de la ley comercial a que el acto sea mercantil, en otras palabras si el acto no es mercantil no se aplica la legislación comercial a ese acto.

3º. Tanto la parte demandante como la demanda son personas jurídicas cuyo objeto social es la actividad de explotación agrícola.

4º. El contrato de compraventa plasmado en la escritura pública No. 870 del 13 de marzo 2001 corrida en la Notaría 13 de Cali (V), fue celebrado entre las sociedades JIMMY CAMPO VICTORIA Y CIA AGRICOLA S. C. S., hoy AGROPECUARIA EL DIEZ Y CIA S. C. S., como compradora, y DIEGO LEON CAMPO VICTORIA Y CIA AGRÍCOLA S. en C. S., como vendedora.

5º. El objeto de dicho contrato es la enajenación de dos (2) predios rurales destinados a actividades agrícolas, los cuales fueron, en el mismo acto escriturario, englobados para quedar en un solo bien denominado "BIZERTA", con una extensión de 60 hectáreas y 8007 metros cuadrados y distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 378-124320 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira (V).

6º. El problema planteado en la demanda radica en el no pago del precio, según la parte demandante, por la sociedad compradora, que es la hoy demandada, y por ello se pretende la restitución, a la vendedora, de los bienes inmuebles relacionados en el contrato de compraventa.

7º. El Decreto 2303 de 1989 indica que es de conocimiento de la jurisdicción agraria los conflictos que se originen en las relaciones de naturaleza agraria, como lo es el asunto ventilado en este caso donde se discute sobre si hay lugar o no a la declaración de la restitución de unos bienes inmuebles destinados a actividades agrícolas y donde los dos contratantes (sociedad vendedora y sociedad compradora) se dedican, según su objeto social, a actividades agrícolas, situación que por donde se le mire es de exclusivo trámite procesal agrario y no bajo los parámetros de que trata el proceso Verbal de mayor cuantía de que habla el C. P. C.

8º. Ahora bien, se podría decir, como un contra-argumento, que si es permitido que en el trámite de un recurso de queja se declare una nulidad procesal y como respuesta se diría, en primer lugar, que el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 obliga a ello, al indicar que *"Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas."*; en segundo lugar, el artículo 144 del C. P. C. establece que la causal de nulidad relativa al trámite de la demanda por un proceso diferente al que corresponde es insaneable; en tercer lugar, el artículo 145 del Código Adjetivo Civil, obliga a que sean declaradas las nulidades insaneables; y, en cuarto lugar y como si lo anterior fuera insuficiente, se cuenta con el artículo 29 de la Carta Magna que consagra el debido proceso como derecho fundamental y por ello debe ser objeto de amparo incluso por vía de tutela.

De acuerdo a lo anterior, es claro que se incurrió en unas irregularidades procesales que vulneran el debido proceso en este caso, como quiera que un asunto que se debe tramitar por el proceso ordinario agrario se tramita por el rito verbal de mayor cuantía previsto en el C. P. C., siendo ello una causal de nulidad

insaneable, de acuerdo con lo indicado en el artículo 144 del Código Adjetivo Civil, razón por la que se debe proceder a decretar, de forma oficiosa, la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, siendo ilegal la actuación subsiguiente.

Auto de segunda instancia (2007-00064-01) de 2013, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara la nulidad de manera oficiosa.

DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS - No se limita a la fijación de la cuota alimentaria y no puede ser entorpecido por las trabas administrativas o burocráticas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 44; Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 9.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Delanteramente se impone precisar que si bien los dos juzgados de familia accionados pertenecen a distritos judiciales diferentes al de Buga, y que desde la perspectiva literal del artículo 1 (num. 2) del Decreto 1382 de 2000 la tutela subexámíne ha debido ser repartida a los superiores funcionales de esos despachos judiciales [Salas de Familia de los Tribunales Superiores de Bogotá y Cartagena, respectivamente], ésta Sala asumió el conocimiento y definición de la misma bajo la consideración basilar de que la menor en cuyo favor se implora el amparo constitucional reside en Tulua, ciudad que forma parte del Distrito Judicial de Buga, y que un entendimiento distinto de su dramática situación -la cual compromete nada menos que su inaplazable derecho a recibir alimentos- conduciría al absurdo de tener que remitir su solicitud de tutela A DOS JUECES CONSTITUCIONALES DISTINTOS, esto es, las Salas De Familia de los Tribunales de Bogotá y Cartagena, desconociéndose con ello la prevalencia de los derechos de los niños que consagra el ordenamiento superior (cánon 44, inciso final), y el fuero especial que, en materia procesal, y a modo de premisa general, determina que los procesos que involucren sus derechos deben adelantarse ante el juez competente de su domicilio.

Como es holgadamente sabido, el principio universal del interés superior del niño se encuentra consagrado expresamente en el inciso final del artículo 44 de nuestra Constitución Política y consecuentemente está llamado a regular la acción del Estado y la sociedad. A la sazón, el artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia prescribe que “...*en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos...*” y que “...*en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas (..) se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente...*”.

En tal virtud las autoridades públicas y los particulares -en el ejercicio de sus competencias y en desarrollo de las acciones relacionadas con asuntos de menores- deben rendirle venero a dicho principio garantizando a ultranza la efectividad o cabal disfrute a los menores de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el de “...*la alimentación equilibrada...*”, el cual, so capa de ser

desnaturalizado *in radice*, no puede entenderse satisfecho con la sola fijación de cuota alimentaria por parte de las autoridades competentes [en los casos en que los padres de sustraen a sus deberes materiales], sino que se proyecta a todo lo que administrativa o judicialmente debe adelantarse para que de manera efectiva y real el menor alimentario tenga acceso y materialice ese fundamental e inaplazable derecho.

Es que, para decirlo lisa y llanamente, de poco serviría la asignación judicial de cuota alimentaria a favor de un menor de edad si en la práctica, a consecuencia de trabas administrativas ó burocráticas, ese menor no puede satisfacer oportunamente sus necesidades alimentarias; que es cuanto ocurre en la especie de cuyo estudio se ocupa la Sala, toda vez que la efectividad de la cuota alimentaria fijada inicialmente por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá en favor de la menor LAURA ANDREA SALCEDO RODAS, y regulada posteriormente por el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, ha venido siendo sometida a un tortuoso periplo administrativo entrambos despachos judiciales y la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA [cuyo pagador está llamado a retener el porcentaje correspondiente del salario del padre de la citada menor y a consignarlo oportunamente a órdenes de la autoridad judicial correspondiente], pues a pesar que desde el mes de agosto de 2011 la niña y su madre residen en la ciudad de Tuluá, ninguna medida efectiva han tomado [particularmente el JUZGADO QUINTO DE FAMILIA DE BOGOTA, quien sería el llamado a hacerlo por haber sido quien *ab initio* asignó la cuota alimentaria y ordenó a la entidad empleadora retener el *quantum* de la misma] para que de manera pronta y cumplida, como es apenas natural en tratándose de alimentos para un niño, LAURA ANDREA reciba efectivamente la cuota alimentaria.

Así que, frente a la absurda e inconstitucional situación que viene afectando el derecho fundamental de la menor LAURA ANDREA SALCEDO RODAS a recibir oportunamente sus alimentos [situación reseñada a espacio en la parte proemial de la presente providencia], salta a la vista, sin más, la necesidad de que el Tribunal -fungiendo como juez constitucional- aplique directamente los correctivos del caso, ordenando que a partir de la notificación de ésta providencia la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA consigne en la cuenta de depósitos judiciales del JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE TULUA la cuota alimentaria en la cuantía y periodicidad que el JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE CARTAGENA reguló a través de la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2012 (radicación No. 2011-0561), esto es, “...cuota mensual a favor de la menor LAURA SALCEDO RODAS del *DIECISEIS PUNTO SESENTA Y SEIS POR CIENTO (16.66%)* de lo que devengue el señor *WILMER SALCEDO MISAS...*”. Y disponiendo, adicionalmente, que el JUZGADO QUINTO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, previo fraccionamiento de los títulos judiciales correspondientes, proceda a hacer lo mismo en relación con las cuotas alimentarias acumuladas de los meses febrero y siguientes del año en curso.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-564) del 19 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: concede la protección solicitada.

DIVORCIO - La culpabilidad del cónyuge demandante en las faltas establecidas como causales de divorcio debe ser planteada mediante demanda de reconvencción/DIVORCIO – La infidelidad de uno de los cónyuges no habilita al otro para incurrir en el mismo proceder o en otro de similar laya/DIVORCIO – Puede ser

solicitado por quien perdonó o consintió las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 7 de noviembre de 1986, con ponencia de José Alejandro Bonivento Fernández y del 11 de mayo de 1998, con ponencia de Rafael Romero Sierra; Corte Constitucional, sentencia C-660 de 2000.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En venero de la concisión de las decisiones judiciales y el ejercicio racional de la actividad judicial -cuestión hoy en día mucho mas imperiosa debido al cada vez más creciente número y complejidad de acciones constitucionales que a ésta Corporación arriban procedentes de todo el departamento del Valle del Cauca -con excepción de Cali- el Tribunal toma punto de partida en las presentes consideraciones puntualizando -sin mas rodeos o divagaciones teóricas- que la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto debe ser revocada, por las razones que seguidamente se exponen.

No hay duda que en el presente caso se encuentran cabalmente acreditadas las relaciones sexuales extramatrimoniales que a la demandada le fueron enrostradas en el libelo inicial, fruto de las cuales -como sin ambages lo reconoció la propia rea procesal al absolver interrogatorio de parte- se produjo la concepción y ulterior nacimiento de la menor IVONE ANDREA.

Ahora bien: aunque en su declaración la señora RIVAS OSPINA expresó que su cónyuge -aquí demandante- también faltó a su deber de fidelidad “...con una muchacha vecina...”, lo cierto es que esa sindicación se encuentra huérfana de respaldo probatorio, y adicionalmente no fue incorporada al proceso a través de demanda de reconvención, único mecanismo a través del cual el demandante habría podido ejercer a cabalidad su derecho de defensa, y luego del debate correspondiente ser declarado culpable de ese proceder, pues como desde antaño lo tiene precisado la jurisprudencia “...si, como lo asegura la demandada, al actor hay mucho que reprobable, su derecho de contradicción no resulta eficaz con solo aducirlo como gestión defensiva enderezada a enervar la pretensión aquí incoada por su cónyuge, pues para que el comportamiento de éste le hiciera también culpable (..) imprescindible que lo hubiera intentado por vía de acción, incluso contrademandándolo en éste mismo juicio, toda vez que “aunque se pruebe de manera plena que la parte demandante también incurrió en faltas constitutivas de causal de separación [divorcio en éste caso], no puede decretarse esta culpa de ambos consortes si el demandado no propuso demanda de reconvención”...” (Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 156 del 11-05-1998, magistrado ponente Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA).

Por otra parte, en materia de deberes conyugales -como es bien sabido- campea un principio axiomático al tamiz del cual el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges no habilita al otro para incumplir los suyos, pues en esa materia no es dable predicar la “...compensación de culpas...”. Mucho menos resulta afortunado sostener, acudiendo para ello a una suerte de analogía

con las obligaciones civiles o comerciales, que el incumplimiento de uno de los cónyuges faculta al otro para abstenerse de cumplir los suyos. Salvo -hasta sobra decirlo- que el incumplimiento por parte de uno de los cónyuges coloque al otro en imposibilidad de cumplir los suyos, caso éste en el cual el incumplimiento del segundo puede hallar justificación en la abstención del primero.

De ahí que, *exempli gratia*, la infidelidad de uno de los consortes no legitima o habilita al otro para incurrir en ese mismo proceder o en otro de similar laya, puesto que “...*los esposos no pueden suprimir una sola de las obligaciones derivadas del matrimonio; el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas permite suspender temporalmente, y por justa causa, la ejecución de una prestación conyugal, es decir, de una obligación cuyo cumplimiento consiste en una acción o comportamiento positivo; así, el adulterio de un esposo no autoriza al otro para faltar a su deber recíproco de fidelidad; lo mismo puede decirse de las ofensas, de los ultrajes, de los atentados de uno de los cónyuges contra el otro, que no brindan vía libre para que éste también ofenda, ultraje o atente contra aquel...*” (sentencia del 07-11-1986, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente Dr. JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ).

De lo cual se sigue que así fuese cierto que el señor ZUÑIGA SANCHEZ incumplió su deber de fidelidad, ello no autorizaba a la demandada para sostener relaciones sexuales extramatrimoniales, sino que en tal caso debió proceder a demandar el divorcio o la separación con fundamento en la culpa de aquel. O como ya se dijo, en éste mismo proceso -al cual fue convocada como demandada- formular demanda de mutua pretensión contra el actor “...*toda vez que “aunque se pruebe de manera plena que la parte demandante también incurrió en faltas constitutivas de causal de separación [divorcio en éste caso], no puede decretarse esta culpa de ambos consortes si el demandado no propuso demanda de reconversión”...*”.

En cuanto a que el actor sabía de las relaciones sexuales extramatrimoniales de la demandada desde cuando ellas acaecieron [aproximadamente 13 años atrás] no parece superfluo memorar que la Corte Constitucional, al declarar parcialmente inexecutable el numeral 1 del artículo 154 del Código Civil puntualizó que

“... la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”, referida a las relaciones sexuales extramatrimoniales como causal de divorcio, es contraria al derecho a la intimidad que consagra la primera de las normas constitucionales mencionadas. Así, al atribuirle al perdón o al consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, un efecto como el que asigna la norma demandada, el legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos, en su esfuerzo por adecuarse en un momento dado a las conductas de su pareja. De esa manera atribuye a estas emociones, afectos y esfuerzos propios de una relación esencialmente mutante y vital unos efectos definitivos e ignora que estas formas de aceptación y justificación de conductas ofensivas que en muchos casos pueden ser admitidas por el ofendido sin que él tenga real conciencia del daño que ha sufrido. Consciencia que puede cobrar fuerza con el paso de los años y transformar en intolerable lo que en otro momento se consideró

aceptable o justificable. Se contraría, pues, el artículo 15 del ordenamiento superior, que dispone que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar”, la cual es deber del Estado respetar y hacer respetar.

Además, de la decisión íntima de perdonar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro no puede derivarse para quien las padece, la consecuencia de perder el derecho a intentar la reestabilización de su vida mediante la declaración de divorcio porque puede ocurrir que la actitud de perdonar no incluya la intención de mantener la vida en común...” (sentencia C-660 de 2000).

Conclusión: estando acreditada una de las causales tipo sanción imputadas a la demandada, se debe revocar la sentencia apelada para en su lugar acceder a las pretensiones del demandante y efectuar los ordenamientos consecuenciales que describe el numeral 4 del artículo 444 del C. de P. Civil, como así se explicitará en la parte dispositiva de éste fallo de segunda instancia.

Sentencia de segunda instancia (2011-00053-01) del 3 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

SALA LABORAL:

AUTO ILEGAL – Lo es aquel que rechaza la demanda y carece de motivación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 29 y 228; Código de Procedimiento Civil, artículos 6 y 303.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sería del caso resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra el auto interlocutorio No. 630 proferido el día 9 de julio de 2012 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira; si no fuera porque luego de una revisión de la actuación, se atisba que por medio de auto No. 561 fechado el 19 de junio de 2012, el juzgado declaró “INADMISIBLE” la demanda por no cumplir los requisitos legales (folio 251); que dentro del término legal que le fuera concedido para su corrección, la demandante presentó escrito con el cual pretendió subsanar las deficiencias anotadas por el juzgado y que, sin embargo, a través del auto objeto de apelación, la juzgadora de primer grado rechazó la demanda (folio 260), al estimar, simple y llanamente, que “...no fue subsanado en debida forma dentro del término requerido, para el efecto, ...”

A juicio de esta Sala Unitaria el auto atacado es defectuoso por falta de motivación, o mejor, por falta de exposición de las premisas que componen el razonamiento judicial, pues la funcionaria instructora se limitó a anunciar la decisión, sin expresar las razones en que basaba esa determinación, esto es, no señaló en qué fallaron las correcciones o los yerros que persistían luego de la corrección presentada oportunamente por el apoderado judicial de la demandante.

En efecto, el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al juicio laboral, impone la necesidad de motivar las providencias judiciales.

Señala la norma, en lo pertinente:

“...A Excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa...”

Así, resulta claro que la falta de motivación de la providencia afecta el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de Carta Magna, garantía que es aplicable –como dice la propia Carta- “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, que en un caso como este, se concreta en el derecho fundamental a que las decisiones adoptadas en un proceso judicial se justifiquen de forma explícita y a que se publiquen los argumentos empleados por el juez para arribar a una conclusión jurídica, dado el carácter de función pública que la Constitución le asigna en su artículo 228.

Bajo este contexto, la Sala considera que existe una inminente irregularidad con alcances de ilegalidad, pues se están desconociendo normas de procedimiento que son de orden público y de estricto cumplimiento, como lo dispone el artículo 6 del estatuto de los ritos civiles.

Es por ello que se declarará la ilegalidad del auto interlocutorio No. 630 de fecha 09 de julio de 2012, en atención a la falta de motivación del mismo; se dejará sin efectos la actuación surtida en esta instancia y se ordenará la devolución del expediente al juzgado de origen para que profiera nuevamente la decisión que sobre la subsanación de la demanda corresponda, fundamentando su posición de manera clara y concreta.

Auto de segunda instancia (2012-00108-01) del 31 de mayo de 2013, con ponencia de la Dra. María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara la ilegalidad del auto que dispuso el rechazo de la demanda.

TRABAJADORES DE TELECOM – El régimen de pensiones, salvo algunas excepciones, no se rige ya por el Decreto 2661 de 1960.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2661 de 1960, artículo 9; Decreto 3135 de 1968, artículo 27; Ley 33 de 1985, artículos 1 y 25.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 23706 del 11 de mayo de 2005, con ponencia de la magistrada Isaura Vargas Díaz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala de entrada advierte que la decisión de instancia habrá de ser confirmada, razón por la cual y como quiera que el conocimiento del presente asunto se deriva del grado jurisdiccional de consulta por no haber sido objeto del recurso de alzada, el problema jurídico a dilucidar consiste en establecer si el Decreto 2661 de 1960 se encuentra actualmente vigente para pensiones como la solicitada, que exigen veinte (20) años de servicios y cincuenta (50) años de edad

Ahora bien, el actor pretende la pensión de jubilación por haber laborado más de veinte (20) años al servicio de Telecom y tener cincuenta (50) años de edad, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, conforme lo prescribe el Decreto 2661 de 1960.

En este sentido se tiene que en efecto el artículo 9º del Decreto 2661 de 1960 *“Por el cual se dictan los estatutos de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones”* estipula que hay lugar a la pensión de jubilación cuando el trabajador alcance los cincuenta (50) años de edad y haya prestado sus servicios durante veinte (20) años continuos o discontinuos, la cual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de lo que hubiere devengado durante el último año de servicios.

Empero, la discusión en el presente asunto se centra en establecer si con la entrada en vigencia del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”* quedaron derogadas las disposiciones contenidas en el evocado Decreto 2661.

Así las cosas se tiene que el artículo 27 del aludido decreto 3135 consagraba para los empleados públicos y trabajadores oficiales el derecho a obtener la pensión de jubilación cuando hubieren cumplido veinte (20) años continuos o discontinuos de servicios y lleguen a la edad de cincuenta (55) años de edad, en cuantía del setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Y se dice consagraba por que dicho preceptiva legal quedó expresamente subrogada con la llegada de la Ley 33 de 1985.

Sobre este punto se tiene que indudablemente las pensiones consagradas en el estudiado decreto 2661 fueron reemplazadas por la consagrada en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 -que luego fuera subrogada por los artículos 1º y 25 del Ley 33 de 1985- y que consagró una modalidad pensional para todos los empleados públicos y trabajadores oficiales, estatuyendo como única excepción las personas que trabajen en actividades que por su naturaleza lo justifiquen expresamente, esto es, quienes tienen derecho a la pensión por desempeñarse en funciones que la ley así lo determine, como lo sería el caso de la contemplada en el artículo 11 del memorado decreto 2661.

Es que, en consonancia con lo dicho por el precedente consultado, se tiene que al actor al momento de su ingreso a la extinta Telecom le cobijaba el régimen pensional previsto en el Decreto 3135 de 1968, que luego fuera abrogado por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, y que establece como requisito a los empleados

públicos y trabajadores oficiales para acceder a la pensión veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad.

Es así como de la única manera en que el actor pudiera acceder a una de las modalidades especiales de pensión que traía el multicitado decreto 2661, es que se hubiera desempeñado en alguno de los cargos de excepción reglados en el artículo 11, como son operador de radio y telégrafo, jefe de oficina de radio y telégrafo, jefe de líneas, revisor, plegador clasificador o mecánico de las oficinas de radio y telégrafo, resultando en tanto necesario, según el precedente consultado, que el total del tiempo de servicio se cumpla en la respectiva actividad, y como quiera que no quedó demostrado que el actor haya fungido en alguna de las actividades exceptuadas tampoco queda cobijado por este tipo excepcional de pensión.

Entonces, actualmente si el actor se encuentra amparado por los beneficios del régimen de transición está supeditado a las normas que en materia pensional trae la Ley 33 de 1985, de lo contrario a la normatividad legal vigente contenida en la Ley 100 de 1993, acto legislativo No. 001 de 2005 y demás disposiciones complementarias.

Siguiendo la anterior línea de pensamiento y en consonancia con los planteamientos expuestos por la jurisprudencia laboral estudiada, se concluye que la providencia recurrida habrá de ser confirmada.

Sentencia 040 del 14 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONTRATO DE TRABAJO – Al trabajador corresponde demostrar los extremos temporales de la relación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 36549 del 5 de agosto de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De entrada esta sala considera que la decisión debe ser confirmada, razón por la cual el problema jurídico a dilucidar por esta Sala gira en torno a determinar si con el debate probatorio allegado en el presente asunto, más concretamente con las testimoniales recaudadas, quedaron demostrados lo extremos temporales de la relación laboral existente entre las partes.

Pues, el juez de la instancia encontró probada una relación laboral entre las partes en litigio, mediante la cual la demandante prestó sus servicios de secretaria a favor de la asociación convocada, empero no logró establecer en qué periodo de tiempo sucedió ello, razón por la cual el debate en esta instancia se centrará a establecer los extremos cronológicos de dicha relación.

Ahora, como quiera que la parte demandada niega la prestación personal del servicio por parte de la actora, así como la relación laboral y los extremos de la misma, nos remitiremos a las declaraciones recibidas, por ser el único medio probatorio allegado al juicio.

En este sentido se tiene que los testimonios de los señores James García Aguilar, Diana Lizbeth Paredes Obando y Julián Andrés Hernández Salcedo, son consistentes en asegurar que la actora laboró como secretaria para la asociación enjuiciada, no obstante nada informan sobre las fechas en las cuales se desarrolló dicha relación laboral, pues al ser interrogados sobre el tema manifestaron no tener conocimiento de las mismas o no recordarlas con precisión.

Quiere decir lo anterior que si bien existe prueba de que la demandante prestó sus servicios de secretaria a favor de su contradictora, no se puede predicar lo mismo respecto de los extremos cronológicos en los que se desarrolló dicha relación, pues no existe en el plenario ningún elemento de juicio que permita establecer las datas de inicio y finalización de aquella.

Es que, en consonancia con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de agosto 5 de 2009, radicación No. 36549, el no poder determinar el periodo durante el cual tuvo lugar el vínculo contractual hace ilusorias las pretensiones de la demanda, al no poder liquidar las respectivas acreencias laborales e indemnizaciones que de dicha relación se derivan, habida cuenta de que, para hacerlo, las mismas se deben circunscribir en un espacio de tiempo.

En consecuencia, como quiera que no hay lugar a presumir los extremos temporales de la relación laboral alegada y el extremo activo no los pudo demostrar, la sentencia consultada está llamada a ser confirmada, toda vez que la carga de la prueba siempre estuvo bajo su responsabilidad.

Así las cosas, se tiene que la accionante omitió cumplir con la carga de la prueba que en ella recaía, en virtud de la cual le correspondía demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por perseguido, y el no cumplir con esta labor probatoria o el realizarla de manera deficiente, conlleva necesariamente a una decisión desfavorable a sus pretensiones.

Pues, al ser la carga de la prueba principio rector del derecho procesal y probatorio, quien está interesado en favorecerse con la consecuencia jurídica de una norma deberá demostrar la existencia del supuesto fáctico que ésta contiene.

En consecuencia las pretensiones de la demanda están llamadas a fracasar, habida cuenta de que, como se dijo, la pretensora no cumplió debidamente con la carga probatoria que le correspondía, y en consecuencia la providencia consultada habrá de ser confirmada.

Sentencia 045 del 28 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Marceliano Chávez Ávila. Decisión: confirma la sentencia apelada.

JURISDICCIÓN DEL TRABAJO - Tiene competencia para resolver litigios generados en la prestación de servicios personales de carácter privado/JURISDICCIÓN DEL TRABAJO – Principio de la carga de la prueba.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículos 2, numeral sexto, 3, 50 y 145; Código de Procedimiento Civil, artículo 177; Código Civil, artículo 1757.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 35541 del 18 de noviembre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Como PREMISAS FÁCTICAS del asunto se destaca que en efecto el demandante desarrolló actividades personales tendientes a la reparación e instalación de maquinaria para la trituración de materiales sólidos en una planta de propiedad de la empresa demandada, las cuales se llevaron a cabo en el municipio de Buenaventura, fijándose entre las partes un término de cuatro (4) meses y que originó el pago parcial de dichas ejecuciones; ello se desprende de la documental aportada que milita a folios 2 y 3, así como de las dos declaraciones arrojadas a los autos – folios 53 a 55 -.

Los ARGUMENTOS que sustentan la tesis atrás indicada, son los siguientes:

Primero.- De una lectura atenta y sistemática de la demanda, a fin de desentrañar la pretensión fundamental del actor; en atención a la directriz trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 18 de noviembre de 2009, emitida en proceso radicado al número 35541; se colige que aquel realizó una obra civil a beneficio de la empresa demandada, debido a sus especiales conocimientos sobre la materia y por la cual se pactó entre las partes una remuneración pecuniaria.

Segundo.- Si bien el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo dispone, por principio, que regula las relaciones de derecho individual del trabajo; por disposición del numeral 6º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la jurisdicción está investida de competencia para conocer de “*los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado cualquiera que sea la relación que los motive*”; de donde fluye sin esfuerzo que la cuestión puesta hoy bajo el escrutinio de la Sala, es de su esfera.

En efecto, desde la vigencia del Decreto 456 de 1956 la jurisdicción del trabajo tiene competencia para resolver litigios generados en la prestación de servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siempre y cuando se diera aplicación a las normas generales que sobre competencia y demás disposiciones estaban consagradas en el entonces Código de Procedimiento Laboral.

Tercero.- Correspondía al extremo pasivo probar que en efecto canceló lo reclamado por el demandante como saldo a su favor ante el finiquito y entrega del montaje industrial que se le encomendó, carga que no asumió y por ende habrá de reconocerse la pretensión económica reclamada.

Esta es la noción primigenia de la carga de la prueba que en el estatuto ritual civil se encuentra contenida en el artículo 177 inciso 1º, norma que debe estudiarse en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil Colombiano, aplicables por remisión a esta clase de procesos según las voces del artículo 145 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; según las cuales, le corresponde probar a quien afirma o niega un hecho, bien sea el demandante en su demanda, o el demandado en la contestación de la misma, salvo que se trate de un hecho exento de prueba.

Cuarto.- Revisado el expediente se determina con suficiente claridad que lo acontecido entre las partes en litigio, fue un “CONTRATO MONTAJE PLANTA DE TRITURACION” a favor de SICOL PREFABRICADOS Y AGREGADOS S.A.S., por un valor de \$26.000.000,00 con un plazo de entrega de la obra de 4 meses; obra que fue en efecto realizada y entregada de manera satisfactoria, como lo certifica el representante legal de la demandada en documento de folio 2.

Sobre el mismo punto, los testigos Julián David Hurtado Arroyave y Jhon Jairo Alvarez Hernández (folios 53 a 55), fueron contestes en indicar que el señor GARCIA BEDOYA fue el encargado de la instalación de maquinaria para la producción de agregados y prefabricados, tarea que se ejecutó bajo su dirección y con maquinaria que el mismo actor trasladó de la localidad de Barragán a la zona rural del Puerto de Buenaventura; añadiendo que pese a su conclusión no fue remunerada de forma total en los términos pactados por los contratantes, por lo que al actor se le quedó a deber una suma de dinero que aunque no se especificó por parte de los declarantes, se desprende del documento que milita a folio 3 de las diligencias, en el cual el representante legal de la empresa convocada a juicio afirma que por concepto de “ACUERDO DE PAGO”, *“Se compromete a cancelar al señor EVER DE JESÚS GARCIA identificado con la C.C. 3384.969 De (sic) la siguiente manera: El día 4 de Diciembre la de (sic) \$7.500.0000 (sic) (siete millones quinientos mil pesos) y el día 5 de Febrero del año 2010 \$8.145.000 (ocho millones ciento cuarenta y cinco mil pesos (sic)...”*.

Así, como quiera que en la demanda se afirma que de la suma pactada inicialmente como contraprestación a los servicios del actor (\$26.000.000,00), éste recibió el efectivo pago de \$10.355.000,00, lo realmente adeudado por la demandada al señor GARCIA BEDOYA asciende al total de \$15.645.000,00, pero en atención a que la demanda fijó la deuda reclamada en suma de \$15.545.000,00 será este valor y no otro el que se ordenará pagar en la parte resolutive de esta decisión, dado que al juez colegiado no le están concedidas las facultades *ultra* y *extra petita*, de conformidad con lo reglado en el artículo 50 del Estatuto de los Ritos Procesales del Trabajo.

Por lo anteriormente explanado es que se debe revocar la sentencia apelada, para en su lugar, dadas las consideraciones atrás anotadas, condenar al demandado a pagar al demandante la suma de \$15.545.000,00, por concepto de honorarios profesionales adeudados en razón a los servicios personales que prestó a favor de la convocada a juicio y cuyo pago efectivo no quedó demostrado en el plenario.

Sentencia 017 del 28 de junio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL – No puede ser revocada parcialmente so pretexto de la corrección de un error aritmético.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984), artículos 72 y 73.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La discusión se centra en determinar si la entidad demandada podía de manera unilateral y sin anuencia de la demandante, revocar parcialmente el acto administrativo por medio del cual le reconoció la pensión de jubilación.

Entonces, como quiera que las presentes diligencias arribaron a esta instancia en sede de consulta, la Sala revisará y determinará si en efecto la pensión reconocida en la primera resolución o en la que revocó ésta, se encuentran ajustadas a las disposiciones aplicables de la convención colectiva de trabajo.

La parte actora alega que la extinta empresa Puertos de Colombia, por Resolución No. 004529 del 09 de enero de 1992 le reconoció una pensión proporcional de jubilación equivalente a \$296.721,66 mensuales a partir del día 31 de diciembre de 1991, la cual incluso fue confirmada por la pasiva mediante Resolución No 039940 de enero 28 de 1992, actos administrativos que le fueron notificados y quedaron debidamente ejecutoriados y en firme. Este pago se realizó hasta el día 13 de enero de 1993, puesto que posteriormente, por Resolución No 015172 de 31 de diciembre de 1992, la encartada de manera unilateral decidió revocar parcialmente tales decisiones, reduciendo la pensión otrora reconocida a una cuantía igual a \$217.467.67.

Por su parte, la demandada al contestar la demanda, manifestó que no constaban los hechos, pero presentó oposición a las pretensiones y formuló excepciones de fondo.

Bien, en la resolución No. 015172 de 31 de diciembre de 1992 visible de folios 56 y 57, se observa que las razones que tuvo la empresa Puertos de Colombia -en liquidación para revocar parcialmente la pensión en comento, se redujeron a la investigación administrativa adelantada en razón a que se le liquidó un 8% de la prima de antigüedad, sin tener derecho a ella, por tratarse de un pensión convencional; que en la segunda quincena de diciembre de 1991 se le pagó la suma de \$91.587,00 por concepto de prima de antigüedad, valores a los cuales no tenía derecho por cuanto en la segunda quincena de agosto del mismo año ya se le había pagado la prima de antigüedad correspondiente a 15 años; que se le concedió y pagó doble vacación por un mismo período, además de que se le pagaron otros valores por concepto de horas extras diurnas ordinarias, nocturnas, nocturnas festivas y ajuste jornada extra, sin soporte legal alguno.

Finalmente se dice en el acto administrativo que los anteriores valores incidieron en que se le incrementará el promedio de la pensión en \$79.253,00 para el año 1991; y \$99.891,73 para el año 1992.

Por su parte, el juzgador de instancia esgrimió en la sentencia materia de consulta que no le era dable a la empleadora revocar el acto administrativo por medio del cual reconoció la pensión, por corrección de supuestos errores aritméticos, cuando ello incidió en el sentido de lo decidido. Además adujo la supuesta imputación de una adulteración y la posible comisión de un delito, razón por la cual debió la empresa agotar las instancias legales respectivas y presentar la correspondiente denuncia penal.

En efecto, a consideración de la Sala, la norma legal contemplada en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, es clara cuando reza:

“Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. (...) Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión” (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De otra parte, el artículo 74 *ejusdem* reza:

“Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código.”

Luego entonces, salta al rompe que la encartada desconoció los preceptos legales que consagran el debido proceso administrativo, pues inobservó reglas que para el asunto impera, en tanto que no debió revocar parcialmente la resolución en comento bajo el prurito de una corrección aritmética.

Es así como se entrará en el análisis de fondo de los demás argumentos esgrimidos por la empresa accionada al revocar su primigenia decisión. Veamos:

Se ha dicho hasta la saciedad y así figura en las fojas obrantes de folios 58 y 59 que a la demandante se le reconoció una pensión proporcional de jubilación y que la mesada pensional por valor de \$296.721,66 es la equivalente al 65.35% del promedio mensual del salario recibido en su último año de servicios, prestación extralegal a cargo de Puertos de Colombia por tratarse de un derecho que adquirió convencionalmente.

Luego entonces y como quiera que la prestación reconocida es de naturaleza convencional, el porcentaje y valores a tener en cuenta al momento de liquidar aquella son los que están taxativamente plasmados en dicho convenio. Al efecto, se tiene que la demandante laboró al servicio de la Empresa Puertos de Colombia por espacio de 15 años, 4 meses, 29 días, pues así se desprende de la liquidación de pensión de jubilación obrante de folio 60. De allí que se le reconociera su pensión

proporcional de jubilación en el equivalente al 65.35% del promedio mensual del salario recibido en el último año de servicios.

De allí que observa la sala que ese porcentaje se encuentra ajustado a la Convención Colectiva de Trabajo que en su artículo 151 determina los porcentajes a aplicar de acuerdo al tiempo de servicios efectivo laborado. Así pues, contempla el acuerdo colectivo que quienes cuenten con 15 años de servicios, tendrán derecho a una pensión proporcional del sesenta y cinco (65%) del salario promedio.

De otra parte en el parágrafo 9º de ese canon estipula:

“Los porcentajes correspondientes a los tiempos de servicios contemplados en el artículo anterior se incrementarán proporcionalmente a las fracciones de años trabajados y se liquidaran con base en el salario promedio devengado en el último año de servicio” –folio 216-.

De ahí que el porcentaje aplicado a la extrabajadora, a efectos de la liquidación del derecho pensional, fuera el 65.35%, puesto que laboró 15 años, 4 meses, 29 días.

En cuanto a los valores incluidos al momento de la liquidación, la norma convencional es clara cuando dice que se tendrán en cuenta todos los valores devengados por el trabajador durante el último año de servicios –parágrafo 3º-, pero no hay demostración respecto a que aquella excluya valores o ítems a tener en cuenta para el cálculo de la pensión.

Por tanto, tampoco son de recibo para la Sala las consideraciones de que se valió la encartada en la Resolución No. 015172 de 31 de diciembre de 1992 para revocar la pensión reconocida a la accionante, con el argumento según el cual el 8% de prima de antigüedad no es factor para liquidarla, por tratarse de una pensión proporcional; así como tampoco probó la pasiva su aserto consistente en que los valores plasmados en los literales C y D de dicho acto administrativo fueron pagados de más a la actora y que por ende había lugar a revocar parcialmente su prestación ya reconocida.

Sentencia 018 del 12 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aquilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DEMANDA LABORAL – Contiene indebida acumulación de pretensiones cuando no es posible descubrir lo que el demandante persigue.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículo 25A; Ley 361 de 1997, artículo 26.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 22923 del 14 de febrero de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Se duele la recurrente de que el juzgado haya declarado no probada la excepción previa de ineptitud de demanda por falta de requisitos formales –indebida acumulación de pretensiones-, en tanto que las pretensiones de reintegro, indemnización por despido injustificado y reajuste de salarios y prestaciones sociales, se excluyen entre sí.

El artículo 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, regula la acumulación de pretensiones, así:

“Artículo 25 A.- El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, y siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. (...)
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. ...”*

Así, se configura indebida acumulación de pretensiones cuando en la demanda se presentan pretensiones que se excluyen entre sí, *“salvo que se propongan como principales y subsidiarias”*.

En el presente caso podría considerarse que las pretensiones de indemnización por terminación injustificada y unilateral del contrato de trabajo y reintegro del demandante son mutuamente excluyentes, puesto que no puede pretenderse que ambas procedan a la vez; dado que, por regla general, ante un despido sin justa causa puede emerger el pago de la indemnización legal o convencional ó el reintegro del asalariado, si es del caso.

No obstante, revisando la actuación, se verifica que si bien el accionante no formuló los pedimentos conforme a la técnica que propone el artículo 25 A, pues de una parte solicitó el reintegro al cargo que ostentaba, *“a fin de continuar con el tratamiento médico y la consecencial valoración de su enfermedad”*; la indemnización por terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo y de igual manera, la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (folio 2); al decidir el mentado medio exceptivo, el juzgado puso de presente que es el juez quien *“al momento del fallo decidirá lo conducente respecto de todas las pretensiones y definirá (sic) cuales (sic) prosperan o nó (sic) y si son viables todas o solo alguna de ellas.”* Y al fijar el litigio, determinó que este se centraría en establecer si el despido del trabajador fue justo o injusto y si hay lugar a declarar la ineficacia del despido, para de allí determinar a quién le asiste la razón.

De las razones esgrimidas por el juzgado es que se puede inferir que no obstante que se declaró no probada la excepción previa en mientes, fue el propio instructor quien fijó el litigio y lo centró en la ineficacia del despido, figura que se presentaría en este caso, a la luz del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dado que el actor pregona que no obstante su estado de discapacidad, el empleador dio por terminado su contrato de trabajo.

Ciertamente, el artículo 26 de la ley 361 de 1997, vigente en la actualidad, establece:

“Artículo 26º.- En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha

limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-531 del 05 de mayo de 2000, se pronunció sobre esta disposición en el sentido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de trabajo de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

De allí que al momento de tomar la decisión de fondo será el juez quien establezca si existió un despido injustificado que amerite la imposición de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; o, si por el contrario, se presentó una terminación unilateral contrato de trabajo en las condiciones en que lo consagra la Ley 361 ya citada, para de allí auscultar si amerita la imposición de las sanciones allí estatuidas, léase, el reintegro y la indemnización del artículo 26.

Esta línea de pensamiento es la que ha adoptado la jurisprudencia nacional, cuando de indebida acumulación de pretensiones se trata y es por ello que a continuación se transcribirá un fragmento importante de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el día 14 de febrero de 2005, en proceso radicado al número 22923, el cual enseña:

“...En todos los eventos en que el sentenciador se encuentre ante una demanda oscura, vaga o imprecisa, está en el deber de interpretarla, teniendo en cuenta todo el libelo y el cuidado de no alterar sus factores esenciales, a fin de descubrir la auténtica intención del suplicante.

(...)Dentro de aquella preceptiva encontramos, que las pretensiones deben solicitarse con claridad y precisión, formularse por separado debiendo tener cuidado que no se excluyan entre sí, señalando cuáles son principales y cuáles son subsidiarias o al menos que le permitan al juez identificar, sin caer en la confusión, qué es lo principal que se reclama o implora, naturalmente con el adecuado respaldo en los supuestos de hecho que le sirven de soporte, debidamente “clasificados y enumerados”.

(...)Es que de verdad, lo que hace inepta una demanda por indebida acumulación de pretensiones, es la imposibilidad o dificultad insalvable para descubrir lo que el accionante implora y fijar su verdades trascendencia jurídica como en muchas oportunidades lo ha predicado esta Corte; y lo decidido por el Tribunal como que conduce a una elaboración paradigmática cuando la ley de enjuiciamiento lo que exige es

que el libelo no imposibilite definitivamente su entendimiento, como ha quedado claro en esta oportunidad. ...”

En tales condiciones y por los motivos aquí expuestos es que fuerza la confirmación de la decisión de primera instancia, sin que haya lugar a condena en costas en esta sede judicial, por no aparecer causadas.

Auto de segunda instancia (2012-00064-01) del 16 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

NULIDAD PROCESAL – No la ocasiona el conceder un recurso de apelación en efecto diferente al que corresponde.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Procesal del Trabajo, artículo 64; Código de Procedimiento Civil, artículos 140, 377 y 378.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El conflicto que se plantea a través de la alzada, radica en que el juzgado declaró la nulidad de una parte de la actuación surtida en este proceso, en razón a que consideró que con la decisión de conceder en el efecto devolutivo el recurso de apelación que recayó sobre el auto No. 073 del 28 de febrero de 2012, mediante el cual el juzgado resolvió las excepciones propuestas por la demandada, vulneró su derecho a la defensa y de contera, al debido proceso.

De entrada precisa la Sala que no asistió razón al juzgador de primera instancia, cuando procedió en la forma descrita, pues pasó por alto que en el artículo 140 del estatuto procedimental civil; aplicable por remisión expresa al procedimiento laboral; no se halla enlistada la causal que constituyó el motivo de nulidad, esto es, haber concedido el recurso de apelación en efecto diferente al que corresponde.

Ahora, contra la anterior inferencia podría aducirse que con el actuar de la primera instancia se vulneró el derecho de defensa de la recurrente; sin embargo, como atinadamente lo señala el parágrafo del citado artículo 140, cualquier irregularidad diferente a las allí enunciadas se entienden subsanadas, cuando la parte presuntamente afectada no hace uso de los recursos que le otorga la ley procesal.

Evidentemente, el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al juicio del trabajo y de la seguridad social, estipula que cabe el recurso de queja cuando el juez de primera instancia deniega el recurso de apelación y enseguida, el artículo 378 trata sobre el trámite del recurso y comienza por la formulación del recurso de reposición y la sustentación del recurso de queja ante el superior, caso en el cual, según lo prevé este canon en su inciso final, “...el interesado deberá solicitarlo por escrito, con expresión de sus razones, dentro de los tres días siguientes a la llegada del original o las copias al superior, ...”

De otro lado, podía la parte recurrente solicitar al juez; que en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 64 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; enmendara la supuesta irregularidad y no acudir a la nulidad

procesal, institución que según lo dispone el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, solo se puede alegar en los casos expresamente señalados.

Las anteriores razones que la Sala considera necesarias y suficientes, fuerzan a que se revoque la decisión de primera instancia, para en su defecto disponer que se continúe el trámite del proceso ejecutivo.

Auto 135 del 19 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca el auto apelado.

UNIONES TEMPORALES - Las acciones laborales contra ellas, al no ser personas jurídicas ni tener capacidad para comparecer al proceso, deben ser promovidas contra todos sus integrantes.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Consejo de Estado, decisión 25000-23-24-000-2007-00209-01 del 3 de noviembre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La controversia en este caso radica en establecer si la parte demandada fue legalmente convocada a juicio, o si, como lo afirmó el juzgado, aquella estuvo encarnada en la persona natural HÉCTOR JARAMILLO BETANCOURT, cuando debieron comparecer todos los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL JARAMILLO ECHEVERRI; para de allí, si es el caso, deducir si entre los enfrentados existió un verdadero contrato de trabajo que amerite el pago de las prestaciones reclamadas por el actor.

De entrada advierte la Sala que la parte convocada no tenía capacidad para comparecer en juicio, esto es, capacidad procesal. Veamos por qué.

Está claro que la convocada a juicio fue la UNIÓN TEMPORAL JARAMILLO ECHEVERRI, representada legalmente por el señor JOSÉ HÉCTOR JARAMILLO BETANCOURT, así lo admitió la apoderada del actor en el recurso de apelación.

Tampoco hay lugar a equívocos respecto a que el demandante estuvo vinculado con la UNIÓN TEMPORAL JARAMILLO ECHEVERRI, así se desprende de los documentos aportados por las partes.

En efecto, entre los folios 21 a 31 del expediente obra el contrato No. 0059 del 30 de septiembre de 2004, pactado entre la UNIÓN TEMPORAL JARAMILLO ECHEVERRI (representada por el señor Jaramillo Betancourt) y LA GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA, para la construcción y mantenimiento de la Escuela Jesús Bertín, de la ciudad de Buga.

De la respuesta a los hechos de la demanda, se obtiene que el actor fue vinculado por la unión temporal citada, bajo los parámetros de contratación señalados por el Gobierno Nacional para las obras que se adelantarían en desarrollo del Plan Colombia (folio 40A) y que recibió pagos de parte de aquella por concepto de incapacidad médica y por remuneración de servicios prestados (folios 44 a 50 y 53

a 82), por cuenta del convenio No. 0059 que la unión temporal suscribió con la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca- Secretaría de Educación.

De allí que la UNIÓN TEMPORAL, dado que no se puede considerar una persona jurídica no tenía capacidad para comparecer al proceso en calidad demandada y, por ende, asumir cargas y obligaciones procesales, puesto que esta es una figura propia del estatuto de contratación administrativa –Ley 80 de 1993-, el cual en el numeral 2º de su artículo 7º establece que aquella surge “cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”; de donde fácil sea concluir que la acción laboral debió incoarse contra todos los integrantes de la unión temporal.

En consecuencia, falló el presupuesto de capacidad procesal del extremo demandado y en ese orden de ideas se le debe absolver de todas las pretensiones enfiladas en su contra por el actor, pues no estaba legitimada para comparecer en juicio.

Sentencia 021 del 26 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DISCAPACIDAD – Es un hecho que debe ser establecido científicamente/REINTEGRO DE PERSONA DISCAPACITADA – Es compatible con la indemnización sancionatoria/REINTEGRO DE PERSONA DISCAPACITADA - La apertura del proceso de reorganización de la empresa no es obstáculo para ello.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 13 y 47; Ley 361 de 1997, artículos 5, 24 y 26; Ley 761 de 2002; Ley 1116 de 2006, artículos 20 y 50, numerales primero y quinto; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 36; Código de Comercio, artículo 323.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 25130 del 7 de febrero de 2006 y 32538 del 15 de julio de 2008; Corte Constitucional, sentencias C-531 de 2000, C-401 de 2003 y T-198 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De los recursos de apelación detallados, se colige que la atención de la Corporación se ha de centrar en determinar si a la fecha de la terminación del contrato de trabajo que unió a los enfrentados en *litis*, el demandante ostentaba la condición de discapacitado y por ende, destinatario del reintegro y las pretensiones accesorias.

Cotejada la facticidad con el contenido del artículo 5º de la ley en mención, se concluye que a la fecha de la desvinculación del actor -7 de noviembre de 2008-,

existía prueba que acreditara que era una persona discapacitada; pues aparece el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca (folio 12), experticia que se emitió el 10 de julio de 2008 y en la cual se le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 26.52%.

Es que en lo que atañe a la demostración de la discapacidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de febrero de 2006, proferida en proceso radicado bajo el número 25.130, sostuvo:

“...Para la Corte es claro que ningún juez puede dar por demostrada una discapacidad física como la alegada por el actor, surgida según lo afirma en su demanda de una enfermedad denominada aplasia medular, con cualquier medio de prueba. Se trata de un hecho que debe ser establecido científicamente y para ello es prudente acudir al dictamen pericial, como lo establece el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil”.

En efecto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca conceptuó que el accionante mermó en su capacidad laboral en un 26,52%, calificación que lo habilita para que sea catalogado como discapacitado, conforme a las voces de la Ley 361 de 1997.

Es así como; al estar demostrada la calidad de limitado físico del demandante y que la demandada no obtuvo autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo fluyen las consecuencias de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de acuerdo al entendimiento que a ese canon le imprimió la Corte Constitucional, en la sentencia C-531 de 5 de mayo de 2005, al exponer que “...el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.”

De allí que proceden a la vez, el reintegro y la indemnización sancionatoria, no el uno o la otra; por manera que se auscultará si procede el reintegro y las pretensiones consecuentes, de llegarse a comprobar que la empresa ha dejado de funcionar, como lo determinó el juzgado.

Efectivamente, para denegar el reintegro, la *a quo* consideró:

“...aunque el señor Efraín Ortega Luna tendría derecho a ser reintegrado por la sociedad demandada al mismo cargo o a un cargo de acuerdo a sus limitaciones físicas, dicho reintegro generaría mayores inconvenientes tanto para él como para la sociedad demandada, puesto que el accionante no podría desarrollar ninguna labor dentro de la empresa ya que la sociedad accionada no está realizando ninguna labor dentro de la empresa y no está desarrollando su objeto social (no está funcionando). Por lo anterior obligar a la empresa a reintegrar al señor Ortega Luna sería como imponerle un imposible, una orden inmaterializable y por lo tanto en aras de proteger los intereses del demandante y de no imponer decisiones absurdas y contrarias a la

realidad por ser de imposible cumplimiento, la sociedad demandada deberá reconocer a favor del accionante la indemnización sanción de la ley 361 de 1997, sin que haya lugar al reintegro. ...” –folio 261-.

En torno a este argumento, hay que decir que la sociedad demandada fue convocada a juicio con el siguiente nombre o enseña “INDUSTRIAS CONTINENTAL ARTÍCULOS ELÉCTRICOS FLÓREZ OSORIO Y CÍA. S. EN C.- EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN” (folio 59) y como tal se notificó de la demanda, por medio de apoderada judicial constituida por el señor LUIS OCTAVIO FLOREZ ARISTIZABAL, representante legal de la misma (folios 86, 89 y 90), profesional del derecho que aportó al momento de notificarse de la demanda el certificado de existencia y representación que reposa entre los folios 87 y 88, del cual se extrae que la sociedad entró en estado de reorganización dispuesta mediante providencia administrativa No. 620-000569 del 28 de abril de 2009, emanada de la Superintendencia de Sociedades, inscrita en la Cámara de Comercio el 22 de julio de 2009.

Nótese, de otro lado, que con la respuesta a la demanda presentada por dicha sociedad, se aportó la carta de terminación del contrato de trabajo dirigida al accionante, el día 6 de noviembre de 2008, en la que le indicó que esa determinación derivó de las difíciles condiciones económicas por las que atravesaba la sociedad y que le llevaron a reducir la planta de personal (folio 101); luego, en pronunciamiento sobre el hecho quinto del pliego introductor (folio 103) se refirió a esa misma situación, en los siguientes términos:

“...El proceder de la empresa al terminar unilateralmente el contrato de trabajo, se realizó acorde a lo establecido por el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. La terminación del contrato de trabajo no se debió al estado de salud del señor Ortega, sino en la necesidad de reducir la nómina, pues la sociedad para esa fecha estaba físicamente imposibilitada para continuar funcionando, pues se encontraba en una crisis comercial [1] debido a todas sus acreencias [s], razón por la que a la fecha de terminación de la relación laboral, no demandaba en absoluto ningún tipo de trabajo, hecho que la obligó a solicitar la admisión en el Trámite de Reorganización Empresarial ante la Superintendencia de Sociedades en el que se encuentra actualmente. ...” (Las negrillas son del Tribunal)

De lo anteriormente constatado se concluye que a la fecha del despido del demandante (6 de noviembre de 2008 –folio 101), no se había dado inicio al proceso de reorganización empresarial, dado que el auto que así lo dispuso data del 28 de abril de 2009 (folio 88) y de otra parte porque el proceso de reorganización empresarial, no conduce a que cesen las actividades de la empresa, aspecto que lo diferencia del proceso de liquidación, en el cual, por disposición del numeral 5º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, que estatuye que la apertura del proceso de liquidación judicial produce “la terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les correspondan.”

Por el contrario, la apertura del proceso de reorganización tiene por efectos sobre los procesos ejecutivos en curso contra la empresa en reorganización, los cuales se hayan discriminados en el artículo 20 de la citada ley 1116; mas no afecta los contratos de trabajo.

Comparando las dos etapas del proceso concursal- reorganización y liquidación, se concluye que la primera se orienta a la preservación de las empresas viables y a la normalización de sus relaciones comerciales y crediticias a través de una reestructuración operacional y administrativa de activos y pasivos y que la etapa de liquidación; que solo se produce ante incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999 o por las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la misma ley 1116; propende porque esta sea pronta y ordenada buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor y se inicia con la disolución de sociedad (Numeral 1º, artículo 50) y a partir de allí se producen las terminaciones de los contratos de trabajo, situación que acarrea el pago de las indemnizaciones legales.

Entonces, no puede afirmarse tan categóricamente que la persona jurídica demandada, por el solo hecho de entrar en fase de reorganización, dejó de funcionar o de operar, pues este no es el efecto de tal figura.

Además, al juzgado compareció la demandada María Nubia Flórez Osorio, el día 27 de julio de 2011, a rendir interrogatorio de parte y en esa diligencia expuso, *“la empresa se encuentra en proceso de reorganización empresarial me refiero a la ley 1116 con la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y en este momento la empresa está tratando de salir de la difícil situación económica y financiera”* –folio 234-.

Entonces, no encuentra la Sala argumentos para deducir que, ciertamente, la sociedad demandada no operaba al momento del despido del demandante o que posteriormente haya entrado en la fase de liquidación, como para que no sea viable el reintegro deprecado por la activa.

De otro lado, dado que en la sentencia de primera instancia no se incluyó al demandado como persona natural, LUIS OCTAVIO FLOREZ ARISTIZABAL y se impuso responsabilidad a los socios hasta el monto de sus aportes, cuando aquellos responden hasta el límite de su responsabilidad, conforme lo previenen los artículos 36 del Código Sustantivo del Trabajo y 323 del Código del Comercio; se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de esa decisión, para adicionar al señor FLOREZ ARISTIZABAL y precisar que cada socio responde hasta el límite de su responsabilidad.

Por estas razones es que se adicionará la parte resolutive de la sentencia recurrida, en el sentido de ORDENAR al extremo plural demandado; INDUSTRIAS CONTINENTAL, ARTÍCULOS ELÉCTRICOS FLOREZ OSORIO Y CÍA. S. EN C.- EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN, representada por LUIS OCTAVIO FLOREZ ARISTIZABAL y los señores MARÍA NUBIA, LUZ ELENA y OSCAR ALONSO FLOREZ OSORIO y LUIS OCTAVIO FLOREZ ARISTIZABAL; que proceda a REINTEGRAR al demandante a un cargo de igual o superior categoría al que ostentaba al día 7 de noviembre de 2008, en iguales condiciones, de acuerdo a sus

limitaciones físicas y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde esa fecha hasta la reinstalación efectiva; e igualmente a depositar los aportes a la seguridad en pensiones que se causaren en ese mismo interregno, en la administradora a la que estaba afiliado el actor en vigencia del contrato de trabajo.

Sentencia 022 del 26 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: modifica el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, ordena el reintegro y confirma en lo restante

DEMANDA LABORAL – Las pretensiones en ella contenidas deben ser expresadas con claridad y guardar relación con los hechos que le sirven de fundamento.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 401.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El extremo activo insiste en que se debe adelantar un trámite especial de **CANCELACIÓN DEL REGISTRO DE LA SUBDIRECTIVA PALMIRA DEL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA, EL CULTIVO Y PROCESO DE ALIMENTOS “SINALTRACINPROA”**, a través del proceso especial estatuido en el artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que la entidad a la que pertenecen los miembros de esa agremiación no hace parte del sector o de la industria de alimentos, sino del sector agropecuario, pesquero y rural y que tiene diversas actividades económicas, en armonía con lo dispuesto en el Decreto 2478 de 1999.

Al respecto, señala el Tribunal que la razón estuvo del lado del juzgado cuando rechazó la demanda, dado que la parte accionante no la subsanó en los términos indicados por la jueza de conocimiento. Veamos:

La entidad actora en el *petitum* inicial, solicitó como pretensiones:

“PRIMERA: Ordenar la Disolución y Cancelación de la inscripción en el registro sindical de la Subdirectiva Seccional Palmira de la Organización Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria, el Cultivo y Proceso de Alimentos SINALTRASINPROA”

SEGUNDO: Dejar sin valor ni efecto la nominación a los cargos directivos de la Subdirectiva seccional Palmira del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria, el Cultivo y Proceso de Alimentos SINALTRASINPROA”–folio 3-

De otro lado, al momento de allegar la corrección de la demanda, el peticionario realizó una adecuación a las pretensiones iniciales, en los siguientes términos:

“DECLARATIVAS

PRIMERA: Que se declare que al momento de la constitución de la Subdirectiva Palmira los integrantes de la misma no tenían la calidad de afiliados a esa organización sindical.

SEGUNDA: Que se declare que al no hacer parte del sector o la industria de cultivo y proceso de alimentos la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria sino del sector Agropecuario Pesquero y desarrollo Rural no se podía constituir la subdirectiva de Palmira con trabajadores de la Corporación.

COMO CONSECUENCIA DE LAS ANTERIORES DECLARACIONES SE ORDENE

PRIMERA: Que se declare la disolución de la subdirectiva Palmira de la Organización Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria, el Cultivo y proceso de alimentos SINALTRACINPROA.

SEGUNDA:La Cancelación de la inscripción en el registro sindical de la Subdirectiva seccional Palmira de la Organización Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria, el Cultivo y Proceso de Alimentos SINALTRACINPROA....”-folio 58- (Resaltas es de la Sala)

Así, resulta válido precisar que la entidad empleadora y demandante pretende principalmente que se declare la cancelación del registro de la subdirectiva demandada y se decrete su disolución, dado que *i)* muchos de los trabajadores que figuran en el acta de constitución no estuvieron presentes en esa reunión, en tanto que no tenían la calidad de afiliados y que *ii)* la corporación demandante no hace parte del sector industrial de alimentos, sino del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural.

Por sabido se tiene que las pretensiones deben formularse con claridad y precisión, pues es a partir de allí que el actor concreta los hechos que le sirven de fundamento, mismos que deben cumplir una serie de requisitos de forma y es por ello que en su momento, el juez debe dilucidar si se encuentra ante una verdadera petición, concatenando el *petitum* a la causa *petendi*, con el fin de no alterar las querencias del demandante.

Bajo este contexto, infiere la Sala que al momento de subsanar la demanda, la activa no aclaró las pretensiones en el sentido en que lo solicitó el juzgado, esto porque aquellas carecen de precisión y no guardan relación o conexidad con los hechos que las soportan, dado que lo que pretende la actora, es en últimas la cancelación del registro sindical de la subdirectiva demandada, por las

motivaciones tantas veces mencionadas, que no acompañan con las estatuidas en el artículo 401 del Código del Trabajo.

En ese orden de ideas, fuerza la confirmación del auto apelado, sin que haya lugar a fulminar condena por concepto de costas, dado que no se ha constituido la relación jurídica procesal.

Auto de segunda instancia (2013-00075-01) del 29 de julio de 2013, con ponencia de La Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: confirma el auto apelado.

ACCIÓN EJECUTIVA PARA EL COBRO DE APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL – La exigibilidad de la obligación no depende del procedimiento extrajudicial para constituir en mora al deudor.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 100 de 1993, artículos 17, 22 y 24; Decreto 656 de 1994, artículo 14; Decreto 2633 de 1994, artículos 2 y 5; Código de Procedimiento Civil, artículo 1608, numeral tercero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Pretende la gestora del derecho de la entidad demandante que se revoque el auto por el cual el juzgado de conocimiento se abstuvo de librar mandamiento de pago a su favor, pues estima que cumplió los requisitos legales y establecidos para el caso en concreto, en aplicación correcta de la constitución en mora de la entidad ejecutada para así adelantar la presente acción ejecutiva.

Analicemos de manera puntual las obligaciones especiales que le asigna el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, a las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre las que se tiene la de recaudar aquellas cotizaciones pensionales que no han sido satisfechas oportunamente por los empleadores a favor de sus trabajadores afiliados.

El artículo 24 de la Ley 100 de 1993 ha consagrado un mecanismo judicial para que las administradoras de pensiones cobren las cotizaciones pensionales adeudadas junto con los intereses moratorios por el retardo, por la vía del proceso ejecutivo laboral, como una alternativa para corregir el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social Integral. Al respecto, la norma dispone:

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

Por su parte, los artículos 2º y 5º del Decreto 2633 de 1994, han consagrado un procedimiento especial que debe agotarse antes de interponer la respectiva acción de cobro, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2. DEL PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR EN MORA EL EMPLEADOR. *Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá, si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestara mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 24 de la ley 100 de 1993.”*

“ARTÍCULO 5. DEL COBRO POR VÍA ORDINARIA. *En desarrollo del artículo 24 de la ley 100 de 1993, las demás entidades del régimen solidario de régimen de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e intereses moratorios, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes.*

Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

De conformidad con la normatividad traída a estudio y analizado el acápite probatorio, se colige que mediante comunicado del 31 de octubre de 2012, la ejecutante remitió a la pasiva comunicación escrita, bajo referencia: **“REQUERIMIENTO DE PAGO IMPRESOS TÉCNICOS LITOGRAFICOS LIMITADA...”** (folio 17), es decir que antes de instaurar la acción ejecutiva efectuó el **“cobro de cotizaciones pensionales**, mismo en el que se le notificó a la deudora el estado de cuenta sobre los aportes pensionales en mora de sus trabajadores, lo que equivale a decir, el valor total de capital e intereses y de igual forma la requirió con el objeto que se pronunciara dentro del término de quince (15) días, respecto de la mora, al cabo de los cuales sin que hubiere pronunciamiento alguno, procedería a elaborar ella misma la liquidación definitiva de la deuda por dicho concepto.

A folio 18 envés, milita guía original de envío del servicio postal **SERVIENTREGA**, dirigido a la dirección de notificaciones de la entidad que se pretende ejecutar y copia de la misma, con la constancia de recibo por parte de la señora Tania García, el pasado 2 de noviembre de 2012, siendo así como, en virtud a la ausencia de pago, la accionante procedió a adelantar la presente acción ejecutiva.

Ahora bien, en este punto resulta pertinente aclarar que aunque por regla general los documentos que pretendan invocarse como título ejecutivo deben provenir

directamente del deudor o de su causante o que emanen de una *decisión judicial* como lo dispone el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dicha regla encuentra una excepción cuando se trata de ejercitar la acción de cobro de las cotizaciones pensionales, por cuanto el legislador ha dispuesto expresamente que en este caso particular, la liquidación de la deuda que realiza la administradora de fondos presta mérito ejecutivo para todos los efectos legales; disposición no fue tenida en cuenta por el juez instructor, quien al realizar el examen minucioso de la norma reguladora consideró que el requerimiento realizado no se ajustaba a ciertas exigencias, tales como (folio 47): “que el requerimiento en mención constituya plena prueba contra el deudor, debe obtenerse tanto la copia del requerimiento debidamente sellada y cotejada, lo que debe efectuarse al momento de su remisión...” (Resaltas es de la Sala).

Bajo este contexto, esta Colegiatura indica que la consagración del procedimiento extrajudicial para constituir en mora al empleador no tiene como finalidad imprimirle exigibilidad a la obligación de efectuar las cotizaciones pensionales, por lo que no sería correcto considerar que la liquidación de aportes pensionales y el requerimiento conforman un título ejecutivo *complejo*.

En lo que a las formalidades del requerimiento se refiere, la norma no consagra un ritual riguroso, en tanto y en cuanto se entiende agotado con el simple envío a la respectiva dirección de notificaciones judiciales registrada en la administradora de fondos de pensiones, circunstancia que se cumplió a cabalidad, pues, se repite, para el caso que nos ocupa el requerimiento fue remitido en la dirección indicada en el certificado de existencia y representación legal que expide la Cámara de Comercio -folio 19-.

Es mas, el contenido del requerimiento para constituir en mora al empleador debe estar plenamente acreditado por la entidad administradora para efectos netamente procesales, es decir que no basta con aportar como anexo a la demanda ejecutiva el documento con el texto simple del requerimiento pues en tema procesal este se presume auténtico por provenir directamente del acreedor; sino que debe además acreditar que el documento aportado contiene el mismo texto plasmado en el documento que afirma haber enviado al empleador moroso en ejercicio de las funciones propias del recaudo del capital necesario para proteger el derecho pensional de sus afiliados.

Pensar en contrario, esto es, exigir la entrega efectiva del requerimiento impondría a las administradoras de fondos de pensiones la obligación de soportar trámites infructuosos respecto a las notificaciones y la consecuente evasión de obligaciones que les asiste a las entidades que legalmente se encuentran en obligación de realizar los aportes pensionales de sus trabajadores, cuando los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993 claramente le asignan tal responsabilidad en el recaudo y posterior traslado a la respectiva cuenta de ahorro individual inscrita en la administradora de fondos de pensiones.

Desde la anterior arista, el requerimiento para constituir en mora al empleador se erige como una categoría especial de requisito de procedibilidad de la acción de cobro de cotizaciones pensionales, por lo que quedaría descartada la posibilidad de aplicar el artículo 489 del Código de Procedimiento Civil que contempla la práctica de la *“diligencia previa de requerimiento para constituir en mora al deudor”* en el

escenario judicial, como lo dispone el numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil, al exigir que el deudor sea reconvenido con la correspondiente notificación personal del requerimiento en los términos del artículo 326 del Código de Procedimiento Civil; circunstancia que contraviene lo previsto por las *leyes sociales* en cuanto disponen la obligación de cotizar al Sistema de Pensiones, el cual se emerge por mandato expreso de la Constitución.

De esa forma y sin mayores esfuerzos argumentativos, considera el Tribunal que se equivocó el juzgado cuando por causales diferentes a las que aconsejan el rechazo, decidió proceder así; en vez de acatar las disposiciones que gobiernan el proceso ejecutivo para el cobro de aportes a la seguridad social.

Sean estas cortas reflexiones suficientes para que se revoque el auto impugnado y se disponga que el funcionario instructor proceda a librar auto de mandamiento de pago, en los términos aquí plasmados.

Auto de segunda instancia (2012-00323-01) del 29 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: revoca el auto apelado.

DEBIDO PROCESO EN DESACATO – Es necesario notificar al encargado de cumplir la orden y requerir, de manera previa al incidente, al superior del mismo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-416 de 1998 y T-512 de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Con miras al propósito señalado, en esta ocasión la Colegiatura hace propias las didácticas precisiones vertidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-512 de 2011, en la que indicó que es obligación del juez garantizar los derechos al debido proceso y de defensa de la persona contra quien se ejerce el trámite incidental de desacato, así como la obligación de remitir el expediente en consulta al superior:

“...Por otro lado, sin desconocer que el trámite incidental de desacato debe tramitarse, al igual que la tutela, de manera expedita, es obligación del juez garantizar los derechos al debido proceso y de defensa de la persona contra quien se ejerce, en virtud de lo cual deberá: “(1) comunicar al incumplido sobre la iniciación del mismo y darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. Es preciso decir que el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero sólo en el evento en que ella sea absolutamente de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; así mismo, debe (2) practicar las pruebas que se le soliciten y las que considere conducentes son

indispensables para adoptar la decisión; (3) notificar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (4) remitir el expediente en consulta ante el superior.” ...”

De conformidad con lo antes expuesto, la Sala advierte que durante el trámite que nos ocupa no se dio cumplimiento en legal forma a lo dispuesto en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, por dos aspectos, el primero, notificó a quien no es el responsable del reconocimiento de la prestación solicitada y encargado de acatar la orden, así como a su superior inmediato; situaciones que generan nulidad sobre la actuación, dada la trascendencia del requerimiento y de la consulta de la sanción que resultan afectándolo.

Es que el juez de primera instancia omitió antes iniciar el trámite incidental, requerir al superior jerárquico inmediato, es decir al PRESIDENTE DE COLPENSIONES, representado por el Dr. PEDRO NEL OSPINA SANTA MARÍA, a fin de que hiciera cumplir el fallo e iniciara el correspondiente procedimiento disciplinario si es del caso, garantizándose debidamente su derecho de contradicción y defensa y en caso de fracasar dicha amonestación, proceder a admitir el incidente de desacato, bajo los lineamientos establecido en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil concordante con lo preceptuado en el artículo 6 del Decreto 4936 de 2011.

En consecuencia, se decretará la nulidad de todo lo actuado en el trámite incidental, para que el *a quo* renueve la actuación contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES S.A.; observe lo reglado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, y finalmente emita la decisión de fondo que corresponda y contra el funcionario competente.

Auto 2013-00048-01 (consulta desacato) del 30 de julio de 2013, con ponencia de la Dra- María Matilde Trejos Aguilar. Decisión: declara la nulidad de todo lo actuado.

SALA PENAL:

TENTATIVA DE HOMICIDIO – En ella puede incurrir quien no dio lugar a la disputa o riña.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 27.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 26630 del 23 de enero de 2008, con ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 25974 del 8 de agosto de 2007, con ponencia de María del Rosario González de Lemos.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico central planteado por la censura obedece a los siguientes interrogantes: ¿puede predicarse la configuración de un comportamiento tentado cuando el sujeto agente no dio inició a la riña? ¿Requiere la tentativa de todo un proceso circunstancial para estructurarse?

(...)La tesis del recurrente plantea, que antes de analizar los actos preparatorios y ejecutivos debe concatenarse el origen o causa de la conducta, para determinar quién inició el comportamiento, es decir, que además de determinar cuándo inician los actos ejecutivos, debe establecer cuál es el origen cognitivo y circunstancial del comportamiento para determinar si hay o no tentativa, argumento respetable, pero no compartido por la Sala.

De acatarse tal planteamiento, existiría en el derecho penal una anacrónica valoración de circunstancias, ex ante a la conducta considerada propiamente punible, lo cual no permitiría una valoración pormenorizada de la conducta humana considerada delictiva.

Cuando se establece en el artículo 27 del Código Penal que quien dé inició a la conducta, se está refiriendo al comportamiento típico, antijurídico y culpable descrito en la ley penal, no a las circunstancias que antecedieron a la misma, lo cual quiere decir que la conducta que debe iniciar el sujeto agente, corresponde a la señalada como verbo rector del tipo y no otra.

Erra la censura en su análisis porque el origen de la riña entre procesado y víctima, no constituye el verbo rector de la conducta de homicidio: “Matar”, contrario censu, diríamos equivocadamente, bajo la línea argumentativa del recurrente, que quien iniciare la riña y luego tenga como finalidad matar a otro, pero, no cumple su cometido por razones ajenas a su voluntad amplificaría el tipo penal, es un yerro sustancial que desborda el principio de legalidad.

El inicio de la riña, la voluntad de participar de la misma y el conocimiento de su ocurrencia, no son circunstancias a través de las cuales se pueda superar la responsabilidad social del encartado de evitar este tipo de enfrentamientos y menos de hacer justicia por sus propias manos.

Resultó evidente que EDWAR ALEXANDER CEBALLOS llegó hasta la morada de EDWIN ANTONIO RIVAS VALENCIA, con el fin de continuar la disputa verbal sostenida previamente en su vivienda, situación que de ninguna manera generaría un comportamiento de la magnitud acaecida, sin embargo, el procesado inició la conducta punible de “matar”, cuando en instantes entró a su casa, sacó un arma corto contundente y asestó un golpe mortal en la cara a la víctima.

La iniciación de la conducta punible es un acto complejo, como ya se ha dicho entre el proceso de producción del conocimiento y la realidad, representando desde la esfera interna del sujeto una serie de ideas, planes y actos preparatorios que pueden presentarse en un momento, como ocurrió con EDWIN ANTONIO RIVAS VALENCIA que al ver llegar a su contendor y las diferentes insinuaciones soeces, ideó la forma de cómo emprender un ataque, lo que lo condujo a ingresar a su vivienda, allí observó un machete, con el que planeó dar un golpe a su provocador, concentrándose la fase ideativa, planificadora y preparatoria en un sólo acto.

El plan de autor fue evidente a la luz de cualquier criterio circunstancial, el procesado lo que pretendía era atentar contra la vida e integridad personal de la víctima y su plan consistió en tomar un machete, el cual sabía y conocía era

contundente para herirlo letalmente, luego de lo cual, accionó ocasionado el resultado típico obtenido.

El actuar del proceso siempre estuvo acompañado de dolo, ya que se gestó un enfrentamiento anunciado, sólo que su despotismo fáctico, le indujo a la utilización de un elemento con el que pretendió ganar la batalla, y con el que sabía y conocía, iba a causar una lesión catastrófica en razón a la parte del cuerpo humano hacia la cual dirigió o lanzó el ataque que fue la cara. Así que, no puede predicarse ningún error respecto a lo pretendido por el actor y menos predicar que lo que quiso fue defenderse, tesis que sucumbe ante la realidad circunstancial acaecida.

El ataque propinado por EDWIN ANTONIO RIVAS VALENCIA, fue contundente y el elemento que utilizó idóneo para causar la muerte, sumado a que dicha intervención conductual, puso en peligro el bien jurídico vida e integridad personal; pues la lesión causada, tuvo la identidad de segar la vida de la víctima, tal como lo dictaminó el forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Doctor JULIO CESAR ARROYAVE AGUIRRE en el cual determinó que:

“...Es importante ilustrar al Despacho sobre el tipo de lesión que sufrió el señor Edward Alexander Ceballos Murcia en el sentido de que esta compromete el rostro desde el ala nasal derecha hasta el parpado inferior izquierdo en sentido oblicuo ascendente y desde el parpado superior izquierdo en su borde externo hasta el pabellón auricular izquierdo en dirección oblicuo descendente, en este trayecto lesiona la piel, fractura los huesos propios de nariz, el maxilar superior izquierdo, el cigomático izquierdo, ocasiona herida profunda en el paladar duro y lesiona arterias de mediano calibre como son la esfenopalatina, palatina mayor izquierda, las que en un momento de su evolución ocasionaron un sangrado profuso (junio 27 de 2009 a las 17:00 horas) con pérdida de unos 1000 cc, que sumado al sangrado que ya había presentado, puso en peligro su vida por lesión de órganos vital que no tuvo un desenlace fatal gracias al manejo dado en el Hospital Universitario del Valle mediante la realización de angiografía de 4 vasos y embolización de estas arterias...”

Es indudable e inexorable, que se estructuró la tentativa de homicidio, independientemente, de quien haya generado la disputa o riña, el acto causal del daño obedeció a un comportamiento desproporcionado del procesado quien usó una arma corto contundente letal en consideración a la contundencia o potencia del impacto y el área de la anatomía de la víctima a la cual la dirigió, lo que desnudó su propósito de eliminar físicamente a su adversario. Por consiguiente, pretendió ganar la riña al desplegar un comportamiento típico, antijurídico y culpable, cuya acción fue matar a EDWAR ALEXANDER CEBALLOS y no simplemente lesionarlo como argumenta el recurrente.

Si el dolo impregnado por el comportamiento del sujeto agente hubiera sido de lesionar, el ataque habría sido atestado en otro sitio del cuerpo humano y no directamente en la cabeza o cara, sitio en el que mortalmente cualquier ataque con la contundencia del arma utilizada puede generar la muerte, de allí que deba confirmarse en su integridad la sentencia.

Las anteriores elucubraciones impiden proferir una sentencia en un sentido distinto al del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de

Conocimiento de Guadalajara de Buga Valle del Cauca, en consecuencia, se confirmará en su integridad la misma.

Sentencia de segunda instancia (2009-01967-01) del 8 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Es posible la admisión del testimonio no enunciado como medio de prueba pero descubierto oportunamente a la defensa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 337. 344 y 356.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 28842 del 12 de mayo de 2008, 34392 del 25 de agosto de 2010, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez, 36177 del 8 de noviembre de 2011, ponencia de José Luis Barceló Camacho y 32058 del 13 de junio de 2012, con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)En el presente asunto se advierte, que si bien es cierto, en el escrito de acusación presentado por la fiscalía, sólo se enunciaron como medios de prueba testimoniales las declaraciones de la menor A.V.A.R. y de la señora María Amparo Ramírez Salcedo, sin que se hubiera hecho mención al testimonio de José Leonel Londoño Murillo, también lo es que, se hizo referencia a la entrevista rendida por éste, indicándose que reside en la calle 4 No. 4-42 del Barrio Corralejo de Cartago.

Asimismo, escuchado el registro de la audiencia de formulación de acusación, se advierte que cuando el juez dio el uso de la palabra al representante del ente acusador, para que enunciara los elementos materiales probatorios y evidencia física que tuviera en su poder, no refirió el testimonio del señor José Leonel Londoño Murillo, pero sí enunció la entrevista rendida por él.

En la audiencia preparatoria, al momento de elevar las solicitudes probatorias, la fiscalía indicó que: *“igualmente la fiscalía traerá a entrevista al señor José Leonel Londoño Murillo..., ésta persona convivía con la menor y fue la persona que puso sobre aviso a su madre de las situaciones que se estaban presentando con la menor y las denuncias que posteriormente fueron presentadas por el abuso sexual y los vejámenes de los que la menor fue víctima, por lo tanto, es conducente y pertinente ésta prueba, porque fue la persona que también tuvo conocimiento directo del abuso sexual que la menor ... había sufrido y se los había comunicado a él y él se los hizo saber a su familia.”*

A criterio de la Sala, a pesar que la fiscalía no enunció como medio de prueba testimonial la declaración del señor José Leonel Londoño Murillo, esa situación no vulnera el derecho de defensa del señor José Hebert Henao Henao, ya que en el acápite de pruebas documentales, se refirió a la entrevista rendida por aquel, informando su dirección de residencia y abonados telefónicos donde podría ser

ubicado, habiéndola descubierto oportunamente a la defensa, la cual pudo conocer los posibles temas que tratará el ente acusador en el juicio oral.

Con la no enunciación del testimonio del señor José Leonel Londoño Murillo, no se afecta de ninguna manera el principio de contradicción, ya que se reitera, al haberse descubierto la entrevista rendida por aquel, la defensa puede planear su conainterrogatorio, incluso puede utilizarla para impugnar la credibilidad del testigo, de considerarlo pertinente.

Tampoco se advierte que la omisión en la que incurrió la representante del ente acusador sea constitutiva de deslealtad, ya que al descubrir la entrevista rendida por el señor José Leonel Londoño Murillo, la defensa sabía que sus manifestaciones serían utilizadas por la fiscalía en el juicio oral, sin que se pueda afirmar que la defensa fue sorprendida.

Considera la Sala, que a pesar de la omisión en la que incurrió la fiscalía, la cual estaba en el deber de enunciar todos y cada uno de los medios de prueba y elementos materiales probatorios que haría valer en el juicio, desde la presentación del escrito de acusación, con ello, no se están desconociendo los principios del descubrimiento probatorio.

Véase, que al haberse descubierto la entrevista rendida por el señor José Leonel Londoño Murillo, se garantizó la igualdad entre las partes, el derecho de defensa que le asiste al señor José Hebert Henao Henao y no se advierte que la fiscalía hubiera incurrido en una actitud desleal, ni que el olvido en el que incurrió, al no enunciar el testimonio de aquel, constituya vulneración del debido proceso.

No se puede dejar de lado que el descubrimiento probatorio oportuno busca el juego limpio al interior del proceso penal y 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...”, lo cual se cumplió en el presente asunto, en el que a pesar de no haberse enunciado en la formulación de acusación el testimonio del señor José Leonel Londoño Murillo, sí se descubrió la entrevista rendida por él, lo que se reitera, permite que la defensa conozca los posibles temas sobre los que versara el interrogatorio de la fiscalía, pudiendo planear el conainterrogatorio, en pro de sacar adelante su teoría del caso.

Además, la audiencia preparatoria es en principio, la última oportunidad procesal para cumplir con el descubrimiento probatorio, con el fin de que las partes puedan preparar el juicio oral, en el que los medios de prueba serán practicados, debatidos y posteriormente valorados por el juez, sin que la no enunciación del testigo José Leonel Londoño Murillo, vulnere algún principio o garantía constitucional o legal, del acusado.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión adoptada por el Juez Primero Penal del Circuito de Cartago, para en su lugar admitir como medio de prueba de la fiscalía, el testimonio del señor José Leonel Londoño Murillo.

Auto de segunda instancia (2009-00475-01) del 21 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el auto apelado.

SOLICITUDES PROBATORIAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO – La carga de sustentarlas también debe cumplirse cuando se pide como prueba algún medio solicitado por la contraparte/ADMISIÓN DE LOS TESTIMONIOS – Cuando tienen el doble carácter de prueba directa y prueba de referencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 357, 375, 376, 437 y 438.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27608 del 26 de octubre de 2007, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez, 38364 del 18 de abril de 2012, ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero y 38773 del 23 de febrero de 2013, con ponencia de María del Rosario González Muñoz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Los problemas jurídicos planteados, radican en determinar i) si la defensa cumplió los presupuestos establecidos en la ley para sustentar las solicitudes probatorias, específicamente en lo que tiene que ver con el testimonio de la menor M.F.B.A., teniendo en cuenta que esa prueba también fue pedida por la fiscalía, ii) si el hecho de pedir como prueba testimonial la declaración de dos peritos, constituye causal de inadmisión y iii) si se cumplen los presupuestos establecidos en la ley para admitir como prueba de referencia los testimonios de los señores Víctor Hernán Ayala Rodríguez y Rafael Guillermo Peralta.

(...)Escuchado el registro de la audiencia preparatoria celebrada el 3 de abril de 2013, el defensor del señor Marino Antonio Jiménez Idárraga, solicitó como prueba testimonial, entre otras, la declaración de la menor M.F.B.A., argumentando que pretende interrogarla *“sobre aspectos que probablemente la fiscalía podría dejar por fuera y que le interesarían a esta defensa, esto aunque aparece en términos generales expuesto, y que existe jurisprudencia de la alta corte que indica para que se debe solicitar nuevamente la declaración directa, también la baso señor juez en precedente jurisprudencial que nació incluso desde este Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, donde claramente la Corte le cobró a la defensa pública, el hecho de no haber solicitado de manera directa el testigo de la fiscalía, en el caso del famoso chatarra, que se llevó en este juzgado.”*

Seguidamente, indicó el abogado que: *“En este caso, se trata ya de una menor que esta por los 16 años, 15 años, es decir una menor relativa, como lo establece el Código Civil y que seguramente está en posibilidades de atender tanto interrogatorios de la fiscalía, como de la defensa, además porque en los informes que ha presentado el Psicólogo del Bienestar Familiar indica que trata de una hasta ahora menor con todas sus capacidades Psicológicas, por lo tanto podemos interrogarla directamente sobre temas muy importantes que tienen que ver con este proceso...”*.

De lo anterior, se extracta que el defensor del señor Marino Antonio Jiménez Idárraga, no cumplió con el deber de argumentar la solicitud probatoria, conforme a

los artículos 357, 375 y 376 de la Ley 906 de 2004, en razón a que no dio a conocer cuál era su objeto, no indicó de manera general qué pretendía demostrar con ese medio de prueba, ni se refirió a la relación del mismo con la posición asumida dentro del proceso.

No es cierto que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hubiera variado el criterio, según el cual, la parte que solicite el mismo medio de prueba pedido por su contrincante, deberá sustentar su pretensión probatoria, conforme a la conducencia, pertinencia y utilidad del mismo y no limitarse a presumir que la contraparte omitiría referirse a ciertos aspectos que interesan para su teoría del caso.

Está claro que el defensor se limitó a indicar que solicitaba el testimonio de la menor M.F.B.A., porque pretendía interrogarla sobre aspectos que probablemente la fiscalía no tocaría en el interrogatorio y que interesan a la defensa, pero no especificó lo que pretende demostrar, o desvirtuar con su práctica en el juicio oral, como sí lo hizo al sustentar el recurso de apelación que ahora se desata.

Nótese, que al argumentar la alzada, el defensor del señor Marino Antonio Jiménez Idárraga, indicó que tenía en sus manos varias entrevistas realizadas a la menor M.F.B.A., en las que se evidenciaban serias irregularidades en relación con los hechos de la acusación, que probablemente no haría ver la fiscalía, aspectos que a criterio de la Sala, debió manifestar ante el juez de primera instancia, para demostrar la pertinencia y conducencia del medio de prueba solicitado, tal como lo exige la ley procedimental penal.

De otra parte, el defensor del señor Marino Antonio Jiménez Idárraga está inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia, al admitir como prueba de referencia, los testimonios de los señores Víctor Hernán Ayala Rodríguez Asistente de Fiscal y Rafael Guillermo Peralta, Defensor de Familia, a pesar de no configurarse los presupuestos establecidos en la Ley 906 de 2004, para admitir ese medio de prueba.

El artículo 437 de la citada ley, establece que *“se considera prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”*

El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, consagra los presupuestos según los cuales es admisible la prueba de referencia, habiéndose establecido que procede cuando el declarante *“a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impida declarar; d) ha fallecido. También se admitirá la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”*

En la audiencia preparatoria celebrada el 3 de abril de 2013, el fiscal solicitó como medio de prueba el testimonio del señor Víctor Hernán Ayala Rodríguez, Asistente

de la Fiscalía Veintitrés Seccional de La Unión, quien entrevistó a María del Carmen Álvarez de Belalcazar, progenitora de la menor presuntamente afectada, argumentando que, si bien es cierto, no es testigo directo de los hechos, también lo es que, de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se podría introducir la entrevista que rindió la precitada y que al ser el funcionario de policía judicial que recibió la declaración, percibió de manera directa el comportamiento de aquella cuando fue entrevistada.

Asimismo, solicitó el testimonio del señor Rafael Guillermo Peralta Zapata Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Roldanillo, quien entrevistó a la menor M.F.B.A., conforme a los parámetros del Código de la Infancia y la Adolescencia, indicando que era pertinente y conducente, ya que a pesar de no ser testigo directo de los hechos, la niña presuntamente afectada le narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la supuesta agresión sexual de la que fue víctima, pudiendo percibir el comportamiento de la víctima, cuando rindió la entrevista.

Dijo que el último testigo solicitado, tenía conocimiento directo de las manifestaciones de responsabilidad realizadas por la menor respecto de los acusados y que por intermedio de ese funcionario, se podría interrogar a la niña, en el juicio oral, sin que se pudiera dejar de lado que de configurarse alguna de las causales señaladas en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, podría introducirse la entrevista rendida por la menor M.F.B.A.

La Sala comparte la decisión adoptada por el Juez Penal del Circuito de Roldanillo, al admitir como medio de prueba los testimonios de los señores Víctor Hernán Ayala Rodríguez Asistente de la Fiscalía Veintitrés Seccional de La Unión y Rafael Guillermo Peralta Zapata Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la primera ciudad referida, no obstante, que al momento de celebrarse la audiencia preparatoria no se daban los presupuestos para ser admitidos como prueba de referencia, no se puede olvidar que los precitados son testigos directos en relación con las manifestaciones y comportamiento de las entrevistadas, pudiendo exponer la percepción que tuvieron de las declarantes y de las circunstancias en que rindieron la entrevistas, aspectos que interesan para esclarecer los hechos de la acusación.

Así las cosas, considera la Sala que no le asiste razón al apelante, al solicitar la inadmisión de los testimonios de los señores Víctor Hernán Ayala Rodríguez Asistente de la Fiscalía Veintitrés Seccional de La Unión y Rafael Guillermo Peralta Zapata Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Roldanillo, ya que tanto en la solicitud probatoria realizada por el ente acusador, como en la decisión adoptada por el juez de primera instancia, quedó claramente establecido, que aquellos podrían ser testigos de referencia, en caso de configurarse alguno de los presupuestos establecidos en los artículos 437 y 438 de la Ley 906 de 2004, pero que respecto de las manifestaciones de las entrevistadas y el comportamiento asumido en la declaración, serían testigos directos, situaciones que constituyen causal de inadmisión.

De otra parte, criticó el apelante que el juez hubiera admitido como prueba los testimonios de los señores Carlos Augusto Jiménez Laverde y Juvencio Álvaro Vidal Latorre, ya que la fiscalía no estableció claramente, sí los presentaría en el

juicio como testigos simples o peritos, configurándose un error técnico, como quiera que la prueba pericial es independiente de cualquier otra.

A criterio de la Sala, no le asiste razón al defensor del señor Marino Antonio Jiménez Idárraga, al pretender la inadmisión de esos medios de prueba, ya que desde la presentación del escrito de acusación, se advertía que se trataba de pruebas periciales y no de testigos simples, sin que el error cometido por el fiscal al momento de elevar las solicitudes probatorias, constituya vulneración al derecho de defensa de los procesados, ni sea una causal de inadmisión, rechazo o exclusión.

Véase, que en los escritos de acusación presentados contra los señores Gustavo de Jesús y Marino Antonio Jiménez Idárraga, la fiscalía indicó que solicitaría el testimonio del doctor Carlos Augusto Jiménez Laverde Psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Roldanillo, con quien se introduciría la valoración Psicológica realizada el 9 de marzo de 2012, a la niña M.F.B.A., siendo evidente que se trata de la declaración de un perito y no de un testigo simple.

Asimismo, se indicó en el escrito de acusación que se solicitaría el testimonio del doctor Juvencio Álvaro Vidal Latorre Profesional Especializado Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Zarzal con quien se introduciría el Informe Técnico Medico Legal Sexológico No. 212C-0604150082, del 2 de mayo de 2012 practicado a la menor M.F.B.A.

Para la Sala no existe duda que el medio de prueba que la fiscalía pretende hacer valer en el juicio, son las pruebas periciales practicadas por los doctores Carlos Augusto Jiménez Laverde y Juvencio Álvaro Vidal Latorre, de conformidad con lo establecido en el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, pudiendo la defensa contrainterrogar a los peritados, respecto del procedimiento utilizado para realizar las valoraciones, acerca de las conclusiones a las que llegaron en los respectivos informes de opinión pericial – artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, los cuales ya fueron descubiertos por parte del ente acusador, sin que exista ninguna causal de inadmisión frente a esos medios de prueba.

Así las cosas, la Sala conformará en su integridad el auto apelado y devolverá las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, para que continúe con el trámite del juicio oral.

Auto de segunda instancia (2012-00188-01) del 21 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

DEBIDO PROCESO – No se vulnera por la inasistencia del representante de las víctimas a la audiencia en la que se presentaron los alegatos de conclusión/ INTERROGATORIO DE LOS TESTIGOS POR EL JUEZ – Es nulo cuando quebranta los principios de imparcialidad y de igualdad y equilibrio entre las partes.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 9, 11, 17, 137, numeral tercero, 381, 397, 443 y 454.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 22327 del 4 de marzo de 2006, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez y 38512 del 12 de diciembre de 2012, ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisión AC-148 de 2010, ponencia del magistrado José Jaime Valencia Castro.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En primer lugar, aduce la impugnante que la no presencia del representante de las víctimas en algunas audiencias, entre ellas y de manera especial en la que se presentaron los alegatos de conclusión, socavan el debido proceso.

Con dicho recuento se advierte que las víctimas estuvieron representadas en la actuación desde la audiencia preparatoria y su apoderado asistió a la mayoría de las sesiones de audiencia en que se evacuaron las pruebas, además que compareció a la lectura de la sentencia, cumpliéndose de ésta manera con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 137 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que en garantía de los derechos de las víctimas, *“a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada”*.

Se constató que las víctimas estuvieron representadas en el proceso por un abogado de confianza, que no de oficio, a partir de la audiencia preparatoria celebrada el 2 de noviembre de 2007, cumpliéndose con lo ya reseñado, sin que de manera alguna aparezca en el estatuto procesal penal acusatorio, como lo quiere hacer ver la censora, que sea requisito de validez de la audiencia en que se presentan los alegatos conclusivos, el que esté presente el apoderado de las víctimas, pues el artículo 443 de dicha normatividad consagra que el primer turno para alegar será del fiscal, y que *“A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado”* (subraya fuera de texto), luego de lo cual se le concederá la palabra a la defensa, de donde se colige que la intervención del apoderado de las víctimas en este preciso estadio de los alegatos conclusivos, es facultativa, más no obligatoria, y ocurre que dicho interviniente, no obstante haberse surtido la notificación de la fecha y hora en que se realizaría tal audiencia, no compareció a la misma, haciendo bien la juez en celebrar la diligencia, pues ningún imperativo legal se lo impedía.

Además, notificado el apoderado de las víctimas en estrados al asistir a la audiencia de lectura de la sentencia, no recurrió el fallo, de donde se desprende que ninguna inconformidad tiene con el mismo, ni que se le ha vulnerado derecho alguno, resultando a todas luces inviable ésta específica pretensión de nulidad elevada por la defensa.

No está de más aclarar que en la decisión de la Sala Penal de ésta Corporación que cita la recurrente como sustento de su reclamación, con ponencia del Magistrado José Jaime Valencia Castro, dentro del radicado 76736-60-00-186-2008-00520-01, AC-148-10, adiada el 1º de julio de 2010, la irregularidad procesal allí anotada es

diversa de lo acontecido en este proceso, pues en aquel asunto, adelantado contra Flavio Bernardo Salas por el delito de homicidio agravado, *“la fase de la causa se adelantó sin que las víctimas, concretamente la madre del interfecto -señora MARÍA NINFA CASTAÑEDA MARTÍNEZ- estuvieran representadas por un profesional del derecho, contrariando con dicha omisión el texto del ordinal h. del artículo 11 de la Ley 906 de 2004”*.

En otras palabras, en el referido pronunciamiento se hizo mención a la necesidad de la declaratoria de nulidad para proteger los derechos de las víctimas, lo que en manera alguna ocurrió en el caso sub examine, pues mientras en aquel durante la etapa del juicio las víctimas no tuvieron representante alguno, en éste sí fueron representadas por un abogado de confianza, quien además estuvo presente en la mayoría de las audiencias en las que hubo práctica probatoria, aunado a la de lectura de sentencia, en la que se mostró conforme con el fallo, sin que se advierta vulneración de derecho alguno, lo que lleva a la Sala a denegar dicha solicitud de nulidad deprecada por la defensa.

El segundo motivo de nulidad que adujo la recurrente, tiene que ver con la presunta conculcación del principio de concentración por el lapso en que se desarrolló el juicio, para lo cual se torna necesario recordar las normas que regulan tal institución en la Ley 906 de 2004...

(...)Si bien el juicio oral inició el 26 de octubre de 2009 y sólo vino a culminar en su práctica probatoria el 9 de marzo 2012, en algunos autos la juez de instancia al momento de señalar fecha para las audiencias dejaba constancia que no le era posible fijar fecha dentro del término legal, toda vez que en dicho estrado se tramitaban procesos con los dos sistemas penales, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, y que en la agenda de trabajo ya tenía programadas otras diligencias, como se observa a folios 140, 192, 197, 202, 209, 214 y 226 del cuaderno 1, folios 353, 361, 368, 507 y 529 del cuaderno 2, folios 704 y 715 del cuaderno 3, en donde también cabe resaltar que muchas de las audiencias se malograron por múltiples factores, entre ellos varios aplazamientos de la defensa, algunos de la fiscalía, o porque los testigos no comparecieron, además que se trata de un asunto complejo, con 33 testimonios decretados a la fiscalía y otros 33 a la defensa.

Ahora, como bien lo enseña la reciente jurisprudencia, el principio de concentración, así como el de inmediación, no son absolutos, en tanto se debe demostrar por la parte que lo alega, que el tiempo que duró el trámite del juicio oral incidió en la memoria de lo sucedido en la audiencia y en los resultados de las pruebas, y en el caso de marras, la defensora aduce que la juez de primer nivel habría olvidado lo sucedido en el juicio oral como consecuencia del paso del tiempo y las innumerables tareas propias del cargo, y que a menos que dicha funcionaria tuviera una memoria privilegiada, tuvo que haber acudido a los registros de los audios de las audiencias, pero, esas afirmaciones no pasan de ser meras suposiciones, pues nada demostró al respecto.

Frente a dicha crítica, no puede dejarse de lado que el artículo 9º de la Ley 906 de 2004, establecido como principio rector en tal ordenamiento, estipula el deber de valerse de medios técnicos para darle celeridad y fidelidad a la actuación y la obligación de conservar el registro de lo que acontece en la audiencia, lo que se convierte en una memoria que puede usarse al momento de fallar, pues allí queda

grabado todo lo que ocurre en las audiencias, constituyéndose en un medio idóneo para su constatación posterior, máxime, que el programa técnico sobre las que están creadas, no permite modificación alguna, teniendo certeza que lo que aparece en los registros fue lo que realmente ocurrió.

No obstante, además que la censora no demostró que de verdad la rememoración del a quo se vio afectada por el lapso que duró el juicio oral, nada indica que la juez haya tenido que acudir a los registros de los audios de las audiencias para la recordación de lo acaecido en las sesiones de la referida vista pública, y, en gracia de discusión, si así hubiera ocurrido, no se trataría siquiera de una irregularidad que ameritara la pretendida declaratoria de nulidad, pues como se vio en los apartes jurisprudenciales antes referenciados, aunado a la validez del registro de las actuaciones, la repetición del juicio oral debe ser una medida excepcional, que debe fundamentarse en motivos serios y razonables, lo que no ocurre en este caso, ante el riesgo de vulnerar los derechos de las víctimas en cuanto a su pretensión de una justicia pronta, correlativo al principio al acceso a la administración de justicia, además que en la práctica, por el criticado paso del tiempo, se presentarían mayores dificultades en la consecución de los testigos.

De lo anotado se concluye que al no haberse probado que la extensión en el tiempo de la audiencia del juicio oral y público incidió en la capacidad de remembranza de la juez de instancia, lo que procede es despachar desfavorablemente la petición de nulidad que en tal sentido elevó la impugnante.

El tercer motivo de nulidad deprecado por la defensa lo argumenta en que la juez se habría excedido en la facultad de interrogar a los testigos, incluso realizando hasta el doble de preguntas que la fiscalía, con lo cual presuntamente se conculcó el principio de imparcialidad del fallador.

La Ley 906 de 2004 consagra en su artículo 397 que: *“Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminado el interrogatorio de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”*.

Dicho canon establece, primero, que el juez al momento en que el testigo es interrogado o contrainterrogado, puede intervenir en forma excepcional, para que responda lo que se le ha preguntado o lo haga de manera clara; y segundo, la posibilidad que tiene el mismo funcionario una vez han intervenido las partes, de hacer preguntas complementarias.

(...)En los precitados testimonios, en los cuales arguye la defensa que la juez de instancia *“intervino con ínfulas inquisitivas”* que afectaron su imparcialidad, no se observa que el a quo haya desbordado la facultad legal de realizar preguntas complementarias a los testigos, pues además que no le preguntó a todos los declarantes, a los que sí lo hizo les formuló cuestionamientos acerca de temas que habían sido tratados tanto en los interrogatorios como en los contrainterrogatorios.

Igual aconteció con los patrulleros Augusto Arenas Marín y Luis Eduardo Castro Coronado, a quienes la funcionaria de instancia realizó preguntas aclaratorias luego

del interrogatorio de las partes (record 0:59:00 y 02:03:00), sin que tampoco se advierta que se haya parcializado hacia la teoría del caso de la fiscalía, como lo quiere hacer ver la defensa.

Itérese en la cautela del juez al hacer uso de la facultad de interrogar que le otorga el artículo 397 de la Ley 906 de 2004, dado que su exceso puede llevarlo a afectar su imparcialidad y asumir, bien sea de manera voluntaria o involuntaria, el rol del acusador o el de la defensa, lo que daría al traste con el equilibrio que debe preservar, entratándose de un proceso de partes, a quienes les corresponde demostrar su teoría del caso, por supuesto respetando principios que se han establecido a favor del procesado, como la presunción de inocencia.

No obstante haber realizado el a quo una buena cantidad de preguntas, la Sala estima que lo pretendido era esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, sin que se observe que hubiera generado una situación de desventaja en favor de la fiscalía, crítica que en manera alguna probó la recurrente, pues no demostró que la actitud de la juez hubiera efectivamente afectado los intereses del señor Eider Mosquera Gómez.

En este orden de ideas, al no demostrarse por la defensa que la juez de primer nivel que presidió el juicio oral, hubiera vulnerado el principio de imparcialidad al interior del presente proceso, o con su actuar dicha funcionaria hubiera resquebrajado el equilibrio e igualdad que debe existir entre las partes, se denegará la nulidad propuesta, se itera, al no advertirse irregularidad alguna que tenga la trascendencia suficiente para afectar el debido proceso en aspectos sustanciales o el derecho de defensa.

(...)En este orden de ideas, al no advertirse irregularidad sustancial que obligue a declarar la nulidad de lo actuado, habrá de confirmarse en su integridad el fallo recurrido, al encontrarse demostrada la conducta punible de homicidio de que fue víctima Oswaldo Javier Candama Rojas y la consecuente responsabilidad en el mismo del señor Eider Mosquera Gómez, sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o inimputabilidad, debiéndose ordenar compulsar copias de lo actuado ante la autoridad correspondiente para que se investigue el presunto compromiso de otras personas en dicho actuar criminal.

Sentencia de segunda instancia (2007-00281-03) del 22 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: niega las nulidades solicitadas y confirma la sentencia apelada.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Está facultada para adicionar, corregir o aclarar el escrito de acusación inicialmente presentado/NULIDAD – No constituye irregularidad alguna el no titular la aclaración, modificación o adición de la acusación/PECULADO POR APROPIACIÓN – Los particulares también pueden ser víctimas de esta clase de conductas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 132. 336. 337, 339 y 343.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 36059 del 23 de marzo de 2011, ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho, 37298 del 30 de noviembre de 2011, ponencia del magistrado Augusto José Ibáñez Guzmán y 38367 del 30 de mayo de 2012, ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Los problemas jurídicos planteados, radican en determinar i) si la Fiscalía General de la Nación, está facultada para adicionar, corregir o aclarar el escrito de acusación inicialmente presentado, ii) si no titular la actuación con alguna de esas expresiones conlleva a la declaratoria de nulidad y iii) si el reconocimiento como víctima de un particular en asuntos como éste en el que la conducta punible acusada es peculado por apropiación vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

El artículo 339 de la Ley 906 de 2004 establece que: *“Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato...”*

En el presente asunto, el 14 de abril de 2009 la Fiscalía Ciento Treinta y Cuatro Seccional de El Cerrito, radicó escrito de acusación contra la señora Yarley Cabal Ladino, habiéndole correspondido el conocimiento del asunto al Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira, en tanto que, el 31 de marzo de 2011 el representante de esa fiscalía, presentó otro escrito que a pesar que en su primer folio tiene la misma fecha contenida en el primero, la relación de los hechos jurídicamente relevantes se hizo de manera más detallada, se adicionó la imputación jurídica, al igual que el documento anexo en el que se enunciaron los elementos materiales probatorios y evidencia física que se hará valer en el juicio.

De acuerdo a lo anterior, no existe duda que lo pretendido por el Fiscal Ciento Treinta y Cuatro Seccional de El Cerrito, al presentar el escrito de acusación radicado el 31 de marzo de 2013, era corregir, adicionar y aclarar el inicialmente presentado, el cual basta con leerlo para advertir que en realidad adolecía de relevantes falencias, al no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

Véase, que en el escrito de acusación presentado el 14 de abril de 2009, ni siquiera se hizo una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, como tampoco de la imputación jurídica de los mismos, aspectos que en virtud de lo señalado en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, podían ser subsanados por el representante de la fiscalía en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, sin que ese actuar pueda ser considerado como violatorio del debido proceso, ni que ameritara la declaratoria de nulidad reclamada por la defensa.

Tampoco se advierte que la corrección, adición y aclaración efectuada por el fiscal respecto del primer escrito presentado el 14 de abril de 2009 constituya una acción desleal, ya que a pesar que el segundo documento tenía en su primer folio la misma fecha del radicado inicialmente, ello pudo obedecer a un error involuntario y no al actuar doloso del representante del ente acusador, quien en la audiencia celebrada el 22 de febrero de 2013, dejó claro que por las irregularidades advertidas, haría uso de las facultades consagradas en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, para que la acusación se hiciera conforme a los parámetros establecidos en el artículo 337 de la misma ley.

De ser cierto que el fiscal tuviera la intención de engañar a la defensa, haciéndola creer que se trataba del mismo escrito, no entiende la Sala con qué finalidad dijo en la audiencia de formulación de acusación, que procedería a corregir, adicionar y aclarar el documento radicado el 14 de abril de 2009, dejando ver a las partes e intervinientes los específicos yerros advertidos, acción que lo único que demuestra es la intención de cumplir con los parámetros consagrados en la Ley 906 de 2004, respecto a la presentación y formulación de la acusación, lo que se reitera, de ninguna manera puede ser considerado como atentatorio del debido proceso.

Además, no puede pretender la defensa que por no habersele dado un título a la aclaración, modificación y adición presentada por la fiscalía, se deba decretar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de la imputación, ya que ninguna trascendencia implica esa omisión de la fiscalía, ni se advierte vulneración alguna a las garantías fundamentales que le asisten a la señora Yarley Cabal Ladino, quien tiene garantizada su defensa técnica y material, al conocer los fundamentos de la acusación presentada en su contra.

De acuerdo a lo consignado en el escrito de acusación, el 28 de agosto de 2007 la señora Ligia María Valdés Lenis celebró contrato de prestación de servicios, con el Municipio de El Cerrito, cuyo objeto era la limpieza de las recamaras de los alcantarillados de los Barrios Santa Bárbara y Chapinero de esa localidad, negoció en el que la Administración Municipal se obligó a pagar la suma de \$3.000.000.00, valor que nunca recibió, determinándose posteriormente que la Tesorera Yarley Cabal Ladino, a través del señor Luis Alberto Quintero, había cobrado el cheque No. 4813196 expedido a favor de la contratista, como pago por la labor realizada.

Asimismo, tal como lo expuso el fiscal en la formulación de acusación realizada el 22 de febrero de 2013, al parecer la señora Ligia María Valdés Lenis, nunca recibió el pago por la labor efectuada a favor de la Administración Municipal de El Cerrito, situación que naturalmente debe ser considerada como un perjuicio económico, debiendo ser reconocida como víctima dentro del proceso seguido contra la señora Yarley Cabal Ladino, independientemente de que se trate de un delito contra la administración pública.

No se puede dejar de lado, que según la denuncia presentada por la señora Ligia María Valdés Ladino, ésta sufrió un daño real, concreto y específico, como quiera que por el actuar ilícito al parecer desplegado por la ciudadana Yarley Cabal Ladino, dejó de recibir el pago por la obra ejecutada en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado con la Administración Municipal de El Cerrito, situación que a criterio de la Sala, legitima su participación en calidad de víctima dentro de este

asunto, con el fin no sólo de demostrar el daño causado y buscar su resarcimiento, sino con el fin de buscar la verdad y justicia.

Cuando la defensa de la señora Yarley Cabal Ladino solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir de la formulación de imputación, omitió indicar cual era la causal invocada, al igual que los fundamentos de derecho en los que se apoyaba, habiéndose limitado a referir que el segundo escrito de acusación era una suplantación del primero al tener la misma fecha y que no era posible que se reconociera a un particular como víctima del delito de peculado por apropiación, por ser el bien jurídico tutelado la administración pública, circunstancias que no están consagradas como causal de nulidad.

Tampoco se advierte que la adición, corrección y aclaración efectuada por el ente acusador respecto del escrito de acusación, afecte el derecho de defensa de la señora Yarley Cabal Ladino, como tampoco el reconocimiento en calidad de víctima de la señora Ligia María Valdés Lenis, sin que se entienda cual sería el yerro a corregir con la declaratoria de nulidad pedida por la defensora.

La peticionaria no demostró que la declaratoria de nulidad era el único remedio para subsanar las supuestas irregularidades advertidas, en virtud de la adición, corrección y aclaración del escrito de acusación realizada por el fiscal y del reconocimiento en calidad de víctima de la denunciante, lo que se reitera, no puede ser considerado como vulneración de alguna garantía fundamental de la procesada, por lo que la Sala confirmará el auto impugnado.

Auto de segunda instancia (2008-00057-01) del 30 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

NULIDAD DE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES POR DEFICIENCIAS EN LOS REGISTROS DE AUDIO – No es viable decretarla si ellas no afectan la estructura del proceso y no vulneran las garantías de las partes e intervinientes ni el principio de oralidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 288.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Para cumplir dicha tarea sea lo primero manifestar que las causales de nulidad están regidas por el principio de *última ratio*, pues sólo se puede acudir a ellas cuando la inconsecuencia procesal no pueda corregirse sino repitiendo parte del trámite; por ello sólo se debe aplicar cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura, o socave sus garantías fundamentales en forma irreparable, y aún en tales casos su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario, procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece de vicio.

También pertinente es recordar que uno de los principios que gobiernan las nulidades es el de trascendencia, según el cual no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente.

Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la ocurrencia de agravio con la actuación, y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja.

Para resolver el caso que nos ocupa pertinente es partir de lo consagrado en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, norma que en su continente literal dice lo siguiente:

“Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”.

Al escuchar los registros de las audiencias preliminares amenazadas por el impugnante con pretensión de nulidad, la Sala constata que se dio cumplimiento a cada una de los requisitos establecidos en la norma atrás referida, lo que de entrada obliga no acoger la glosa propuesta por el impugnante.

En efecto, en primer lugar, los registros de las audiencia preliminares permiten escuchar que respecto a la individualización del imputado la Fiscalía manifestó que respondía al nombre de JOSE HERMES CERON MELO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.451.402, hijo de ARTURO CERON y EBERLINA MELO, nacido el 1 de septiembre de 1963 en Samaniego Nariño, agricultor, residente en la Finca El Mango Vereda La coca Corregimiento San Lorenzo del Municipio de Tuluá, contextura gruesa, color de piel trigueña, cicatrices en el flanco izquierdo y lunares en la mano derecha e izquierda, grado de instrucción primaria -minuto 4,45-.

En segundo lugar, respecto a los hechos jurídicamente relevantes, se percibe que si bien al momento en que se dio la palabra a la Fiscalía para que procediera a formular imputación –0 4:14:14- se presentó lapso en que no se escucha su intervención, el audio se restablece en la hora 04:33:11, cuando está relatando los elementos incautados; y se constata que al inicio de las audiencias preliminares, al momento de fundamentar la solicitud de legalidad de la captura, la Fiscalía hizo narración de los hechos jurídicamente relevantes, pues expuso, entre otras cosas, que el 1 de diciembre de 2012, en desarrollo de actividades de control y registro, un grupo de militares hallaron en la finca denominada “El Mango” ubicada en la Vereda La Coca zona rural del Municipio de Tuluá, una cocina para la elaboración y procesamiento de alcaloides y que en dicho lugar se encontraba desarrollando dicha actividad un señor

que vestía camisa blanca, pantalón jean azul y botas pantaneras quien se identificó como JORGE HERMES CERON MELO; que en dicho operativo se incautaron varios elementos tales como: una estructura de madera, plástico color negro, dos tanques de reserva de 100 litros con al parecer hoja de coca, 15 arrobas de hoja de coca picada, dos litros de una sustancia liquida morada, dos arrobas de cemento, un tanque azul con una sustancia liquida al parecer sulfato de amonio , una guadaña, una balanza para 200 kilogramos elementos que fueron destruidos, pero que se tomó muestra de una sustancia liquida de color café de aproximadamente galón y medio a la cual se le efectuó prueba de PIPH arrojando positivo para alcaloides y positivo para cocaína y sus derivados.

Esa narración de los hechos, que fue expuesta de manera clara e indubitable en las audiencias preliminares, cuyo contenido es perfectamente audible, impide acoger la argumentación del impugnante según la cual no conoce los hechos imputados porque asumió la defensa con posterioridad a la celebración de las audiencias preliminares.

Lo expuesto deja claro que los registros que existen del caso permiten escuchar que en las audiencias preliminares concentradas quedaron explícitas tanto la imputación fáctica como la jurídica de los comportamientos objeto de juzgamiento, las que la Fiscalía repitió en el escrito de acusación.

También en el registro de la audiencia de formulación de imputación se escucha cuando la Fiscalía mencionó los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, y cuando hizo la imputación jurídica manifestando que los hechos investigados se adecuaban en el artículo 382 del Código Penal, norma que describe el delito de tráfico de sustancia para el procesamiento de narcóticos, y en el artículo 377 íbidem en el cual se tipifica el delito de destinación ilícita de bienes muebles o inmuebles.

En cuanto al requisito de brindar posibilidad al investigado de allanarse a la imputación, se escucha que a la hora 4, minuto 42 la Fiscalía le manifestó al señor JOSE HERMES CERON MELO que si aceptaba los cargos que le había formulado tendría derecho a disminución punitiva de la $\frac{1}{4}$ del beneficio contenido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, propuesta que el procesado no aceptó.

Respecto a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento se constata que si bien en los registros se presenta pequeña interrupción, se escucha perfectamente que una vez la Fiscalía solicitó se impusiera al señor JOSE HERMES CERON MELO medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, hizo relación detallada de los elementos materiales probatorios y evidencia física para fundamentar la inferencia que le permitiera al Juez concluir que el imputado posiblemente era autor de las conductas punibles investigadas, y el Juez decretó dicha medida con el argumento de que se presentaba dicha inferencia y por considerar que el procesado constituía peligro para la sociedad dada la gravedad del delito.

Así las cosas, tampoco existe fundamento para anular la audiencia de medida de aseguramiento.

Se reitera que en este caso las falencias presentadas en los registros de audio de las audiencias preliminares, en modo alguno afectaron la estructura del proceso, tampoco vulneraron garantías fundamentales de las partes e intervinientes ni el principio de oralidad, y en modo alguno tornan obligatorio retrotraer la actuación a fases ya superadas.

Auto de segunda instancia (AC-183-13) del 31 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: confirma el auto apelado.

RECURSO DE APELACIÓN – El recurrente debe concretar los temas y las razones de la impugnación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 178.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 11 de abril de 1984, ponencia de Luis Enrique Aldana Roza, 13065 de 1997, ponencia de Mario Mantilla Nougés, 26126 del 11 de abril de 2007, ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, 35678 del 23 de febrero de 2011 y 32758 del 28 de septiembre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Esta Sala es competente para pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor Casimiro Paz Colorado, contra la sentencia adiada el 12 de abril de 2013, proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Palmira, de conformidad con lo señalado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

En el asunto sometido a consideración de la Sala se debe examinar i) si la recurrente cumplió con el deber de sustentar el recurso interpuesto y si es procedente desatar la alzada, de ser así ii) establecer si en el presente asunto se encuentra demostrada mas allá de toda duda la ocurrencia de la conducta acusada y la responsabilidad del señor Casimiro Paz Colorado en el homicidio del señor Valentín Martínez Torres.

Dentro del esquema legal del proceso penal aquí seguido existen una serie de controles a las decisiones jurisdiccionales, los cuales pueden ser internos y externos. Son los primeros los que corresponden a este caso pues cuando se habla de controles internos estos pueden ser horizontales y verticales: el primero refiere la posibilidad que tiene el mismo funcionario que profirió una decisión para que mediante los recursos de reposición o a través de la revocatoria directa, modifique, adicione o aclare una decisión. De otro lado, el control vertical, como su mismo nombre lo indica, permite que el superior funcional revise la providencia materia de controversia.

Hacer un reproche a una decisión judicial a través de recurso oportunamente propuesto demanda ciertas exigencias argumentativas, siendo necesario sustentar en forma debida las razones por la cuales se evidencia falencias que se endilgan a

la decisión sujeta al examen del ad - quem pues el ejercicio de los recursos se halla inmerso en la dialéctica del proceso penal, exigible a las partes, en especial cuando de profesionales del derecho se trata.

Los requisitos genéricos para acceder al derecho a la segunda instancia, recordemos, pasan porque: 1) la decisión sea susceptible de recursos; 2) que la parte que los propone esté legitimados para ello; 3) que tenga interés jurídico para recurrir porque la parte sufrió un agravio con la decisión; 4) que respete los términos establecidos por la ley, y; 5) finalmente, que sustente las razones de hecho y de derecho por las cuales considera desacertado lo resuelto por la primera instancia.

En el caso concreto, se advierte que la defensora del señor Casimiro Paz Colorado, se limitó a señalar que el juez omitió valorar las pruebas en conjunto y que sólo tuvo en cuenta las presentadas por la fiscalía, existiendo interrogantes que no fueron estudiados por el a-quo, pero no especificó cuales pruebas no fueron valoradas, ni en qué aspectos relevantes para la teoría del caso de la defensa.

De acuerdo a lo anterior y a los argumentos expuestos por la apelante, se puede concluir que el pretendido censor, no se ocupa en ningún momento de los asertos plasmados en el fallo de instancia, sino que se dedicó a referir lo manifestado por los señores Jorge Isaac Cruz, Mariela Ibarra, Bernardina Martínez Ortega, Gregorio Arboleda Martínez, William Caicedo Torres, Catalino Caicedo Torres, María Inés Caicedo Tamayo y Casimiro Paz Colorado, sin expresar en qué aspectos se equivoco el juez de primera instancia ni qué afirmaciones que favorecieran al acusado se dejaron de valorar.

Asimismo, a pesar que la apelante indicó que existe *“un mar de interrogantes, que no fueron estudiadas por el juez”* (sic), no dijo cuáles eran esas situaciones que no se habían aclarado y que de haberse realizado, la decisión del juez habría sido diferente, siendo imposible que la Corporación resuelva de fondo la alzada, al desconocer la razones de inconformidad frente a la sentencia adoptada por el Juez Primero Penal del Circuito de Palmira.

Considera la Sala, que las afirmaciones realizadas por la apelante en la sustentación del recurso son poco claras, ya que referirse únicamente a lo señalado por los testigos presentados por la fiscalía en el juicio oral, sin especificar si incurrieron en contradicciones, si existió una indebida valoración de los mismos o si se omitió estudiar aspectos que favorecían al acusado, no permite conocer los verdaderos motivos de inconformidad.

Nada en concreto dijo la recurrente sobre las equivocaciones del juez de instancia, así como qué fue lo dejado de valorar o de apreciar o exponer en la valoración probatoria a partir del discurso y del uso de la dialéctica y la epistemología que permitiera a esta corporación entender cuáles son las razones por las que la apelante considera que existen esas fallas, todo a luz del ordenamiento jurídico vigente.

Ante este panorama, el a quo debió declarar desierta la alzada, pues la sustentación de un recurso de ese talante, exige a quien está en contra del fallo expresar en forma seria y diáfana las razones por las cuales considera que las indicadas en el

proveído atacado se apartan de la realidad fáctica, jurídica y/o probatoria denotada en el proceso.

Adicionalmente, el Tribunal únicamente está legitimado para resolver los ataques formulados por el recurrente a la decisión de primera instancia, esto es, a los asuntos o temas puestos en discusión, estándole vedado inmiscuirse en otros asuntos que no son objeto de la alzada, salvo que se trate de derechos y garantías fundamentales.

Como en el presente caso la recurrente omitió concretar los tópicos que impugna o está en desacuerdo y las razones para ello, a la segunda instancia le esta vedado suplir tal deficiencia argumentativa.

Así las cosas, como quiera que la sustentación se encuentra carente de dichos aspectos, pues la apelante no especificó en que falló el juez de primera instancia, ni mencionó que elementos de prueba dejó de valorar a efectos de establecer si el señor Casimiro Paz Colorado era o no responsable de la conducta acusada, sino que sólo se refirió a lo expuesto por los testigos de la fiscalía, la Sala de abstendrá de resolver de fondo la alzada.

Auto de segunda instancia (2010-00119-01) del 12 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación.

PREVARICATO POR OMISIÓN – Los directores de los establecimientos carcelarios deben formular, sin dilación alguna, la denuncia penal por los delitos cometidos en los centros de reclusión.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 232; Código Penal, artículo 414; Acuerdo 0011 de 1995, artículo 57.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 19762 del 23 de febrero de 2005, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez y 38396 xsl 10 de octubre de 2012, ponencia del magistrado Luis Guillermo Salazar Otero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Para resolver lo que es objeto de inconformidad por parte del censor, se tiene que el 10 de diciembre de 2005, luego de un operativo por parte de funcionarios del INPEC a varias celdas del patio N° 5 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Buga, hallaron 121 papeletas de bazuco en poder del interno Edinson Bedoya Martínez, recluso en la celda 7B.

El Sargento Edgar Antonio Asprilla Mosquera rindió el respectivo informe de fecha 12 de diciembre del mismo año, al Teniente Luis Alberto Barrero, Comandante de Vigilancia, haciendo entrega de lo incautado, y éste último a su vez lo pasó al día

siguiente al Director del Centro Carcelario, con la nota de que el alcaloide fue entregado a la Asesoría Jurídica para el trámite pertinente.

Sobre el hallazgo del alijo no hay controversia alguna, pues no solo las pruebas demuestran este hecho, sino que los sujetos procesales así lo han aceptado, presentándose la discusión en lo atinente a quién le correspondía presentar la respectiva denuncia y cuál fue el motivo para que la Dirección de la Cárcel omitiera hacerlo.

Debe precisarse entonces que según lo dispuesto por el artículo 57 del Acuerdo 0011 del 31 de octubre de 1995, emanado del Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, *“cada vez que se presente la comisión de un delito al interior de un establecimiento de reclusión, su director formulará sin dilación la denuncia penal. (...)”*.

Dicho canon le atribuye en forma exclusiva al Director del penal el deber de formular la respectiva denuncia cuando al interior del Centro Carcelario se suscite una conducta ilícita, de donde refulge que se trata de un acto propio de las funciones de quien ostenta ese cargo.

Aparece probado que para las calendas del mes de diciembre de 2005 y enero de 2006, el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Buga lo era el doctor César Augusto Taborda Correa, posesionado en dicho cargo desde el 2 de septiembre de 2005, según nombramiento que le hiciera el Director General del INPEC mediante Resolución Nro. 5155 de la misma fecha.

De igual manera está demostrado que el hallazgo del estupefaciente se realizó el 10 de diciembre de 2005, rindiéndose el respectivo informe por el Sargento Edgar Antonio Asprilla Mosquera el 12 del mismo mes y año al Teniente Luis Alberto Barrero, Comandante de Vigilancia, haciendo entrega de lo incautado, y éste último lo pasó al día siguiente al Director del Centro Carcelario, con la nota de que el alcaloide fue entregado a la Asesoría Jurídica para el trámite pertinente.

En efecto, la Dragoneante Genoveva Barreto Cristiano corroboró lo expuesto por el denunciante, en el sentido que para el mes de diciembre de 2005 se desempeñaba como secretaria del Comando de Vigilancia del Establecimiento Carcelario de Buga, y en razón de ello recibió el informe suscrito por el Sargento Asprilla Mosquera que daba cuenta de la incautación de 121 papeletas de bazuco, al cual le imprimió el trámite de rutina, consistente en pasar dos copias del informe, junto con la sustancia incautada, a la Oficina Jurídica de la cárcel para la denuncia penal, y dos copias a la Dirección para la investigación disciplinaria, siendo recibidos en su orden por las secretarías de dichas oficinas Elizabeth De Armas Molano y Liliana Ortiz, entregas constatadas al revisarse los folios 122 y 123 del libro radicador respectivo.

Así mismo se verificó que mediante Resolución Nro. 242 del 7 de diciembre de 2005, el aquí acusado le asignó funciones de Directora del precitado Establecimiento Penitenciario a quien ejercía como Subdirectora, doctora Ángela María Herrera Moreno, para el día viernes 9 de diciembre del mismo año, a fin de que el doctor César Augusto Taborda Correa asistiera en esa fecha a un encuentro de directores organizado por la Dirección Regional Occidente del INPEC; pero, de

especial relevancia resulta que para el 13 de diciembre siguiente, día en que se presentó a la Dirección el informe del estupefaciente incautado, el procesado ya estaba de nuevo ejerciendo como Director del Centro Carcelario, cargo que desempeñó la mayoría de los días que corrieron hasta finalizar el año 2005, e incluso a inicios del 2006, según se desprende de las órdenes del día administrativas por él suscritas, sin que en ninguna de ellas se hiciera referencia a que se le asignaran las funciones de la Dirección a otra persona en esas específicas fechas.

Con el anterior recuento fáctico y probatorio, ninguna duda se ofrece respecto a la calidad de sujeto activo calificado del acusado que exige el artículo 414 del Estatuto Penal, pues para la fecha de los hechos, diciembre de 2005, el doctor César Augusto Tabora Correa ostentaba el cargo de Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Buga, el cual venía desempeñando desde el 2 de septiembre de esa anualidad.

De igual manera omitió el procesado dar cumplimiento a lo estipulado por el artículo 57 del Acuerdo 0011 del 31 de octubre de 1995, emanado del Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que en forma exclusiva le impone a los directores de los establecimientos de reclusión formular sin dilación alguna la denuncia penal por la comisión de delitos al interior del establecimiento carcelario, acto propio de las funciones que omitió el procesado, pues debiendo hacerlo sin retraso alguno, tan solo el 11 de enero de 2006 puso en conocimiento de la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía el hallazgo de estupefacientes en 121 papeletas, cuando ya el denunciante lo había hecho desde el 3 del mismo mes y año, satisfaciéndose de esta forma la tipicidad objetiva descrita en el canon sancionatorio.

Para analizar el aspecto cognitivo y volitivo de la conducta omisiva endilgada al procesado, ha de tenerse en cuenta que éste es una persona formada profesionalmente como abogado, graduado en la Universidad de Manizales el 30 de julio de 2004, con diplomado aprobado en febrero de 2005 en "*Dirección y administración de establecimientos penitenciarios y carcelarios*", que ya había laborado como Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pasto desde el mes de marzo de 2005, por lo cual puede sostenerse que el procesado conocía el mandato legal impuesto, pues su formación académica profesional y su experiencia laboral así se lo imponía, en el sentido que era a él y no a otro servidor, a quien le correspondía formular la denuncia penal por el hallazgo del estupefaciente.

De allí que no sean de recibo las exculpaciones brindadas por aquel cuando aseguró que tal función de denunciar le competía a la Asesora Jurídica, pues claramente se debe diferenciar que si bien a ésta última le correspondía elaborar el proyecto de la denuncia penal, solo y exclusivamente él estaba facultado legalmente para formular la denuncia por los delitos que se comentan al interior del Centro Carcelario, lo que debía ser de su conocimiento, advirtiéndose más bien una manifestación que buscaba zafarse de su responsabilidad penal, lo que se viene al traste, si se tiene en cuenta, que el mismo enjuiciado aceptó haber tenido conocimiento de la incautación del estupefaciente desde el 13 de diciembre de 2005, cuando se le pasó a la Dirección el respectivo informe, luego, así le correspondiera a la Asesora Jurídica elaborar el proyecto de denuncia, él, en su calidad de Director del Establecimiento Carcelario, con el conocimiento de tal ilícito, se le imponía el deber legal de estar al

tanto de la elaboración de la denuncia escrita para revisarla y, si la encontraba conforme suscribirla, sin dilaciones, como lo exige la norma y ponerla en conocimiento de las autoridades pertinentes, si ningún proyecto de denuncia le pasaban, debió tomar las medidas necesarias para corregirlo, pero nada de ello ocurrió.

Se excusa el acusado porque la doctora Sandra Patricia Calero Valdés, Asesora Jurídica, le pasó el 11 de enero de 2006 un informe donde le ponía en conocimiento que la denuncia penal quedó supeditada a que el Comandante de Vigilancia pasara la sustancia incautada, y, luego por la época decembrina y la salida a vacaciones del personal, la denuncia se traspapeló.

Desvirtúan lo aducido por el Director de la Cárcel de Buga, quien fungía como su secretaría para esa fecha, Lilibian Ortiz Panesso, pues ella expuso, que si se trataba de estupefaciente incautado la Oficina de la Dirección nunca lo recibía, lo cual coincide con el informe del Comandante de Vigilancia al Director mediante el cual le notificó que la sustancia incautada se entregó en Asesoría Jurídica.

Efectivamente, ocurrió según los folios 122 y 123 del libro radicator del Comando de Vigilancia, estupefaciente que Elizabeth De Armas Molano, secretaria de la Oficina Jurídica dijo haber recibido y colocado, junto al proyecto de denuncia que inmediatamente elaboró, en el despacho de la doctora Sandra Calero o en la gaveta de un escritorio donde se solía para esa época guardar lo incautado, según lo corroboró la dragoneante Martha Cecilia Pérez, quien aseguró que la sustancia incautada solo se cogía del escritorio donde se guardaba cuando se iba a llevar a la Fiscalía.

Se verifica que no tiene soporte probatorio lo expresado por el procesado, según manifestó no formuló la denuncia, porque no se le puso de presente a él la sustancia incautada; pues, quedó demostrado que a su Oficina no se acostumbraba entregarla; sino, en la de Asesoría Jurídica, lo que efectivamente ocurrió, contrario a lo que él aduce, además que, en el informe se le puso de presente que el estupefaciente quedaba en la Oficina Jurídica. Luego entonces, si algo requería sobre la sustancia, bien pudo acudir donde la doctora Sandra Calero, pero tampoco, hizo nada al respecto, solamente vino a preocuparse cuando ya el denunciante lo había denunciado por su conducta omisiva.

Se advierte entonces, que el doctor César Augusto Taborda Correa no solo tenía conocimiento de la ilicitud de su comportamiento, al omitir formular la denuncia por el hallazgo del precitado estupefaciente, sino que a ello estuvo dirigida su voluntad, dado que ninguna actividad desplegó por averiguar el rumbo o destino que había tenido el informe que pasó a Jurídica sobre tales hechos, coligiéndose que su intención era inequívocamente que éstos no llegaran a conocimiento de la Fiscalía, para lo cual no es necesario el que no se haya demostrado la supuesta reunión que presuntamente tuvo con el interno a quien se le halló el alijo, pues, todo conduce a demostrar que su interés era que tal ilicitud permaneciera sin investigarse, al omitir denunciar tal acontecimiento del 10 de diciembre de 2005.

Del plexo de pruebas acopiadas emerge esa conciencia y voluntad del enjuiciado orientada a favorecer al interno Edinson Bedoya Martínez, sin que se advierta ninguna excusa con la contundencia necesaria para desvirtuar los aspectos

cognitivos y volitivos que alegó la defensa, o siquiera para generar la duda que pudiera favorecer al procesado, por lo cual habrá de confirmarse en su integridad el fallo recurrido, al encontrarse demostrado el injusto y la responsabilidad penal en el reato de prevaricato por omisión del doctor César Augusto Taborda Correa, sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o de inimputabilidad.

Sentencia de segunda instancia (2009-00024-01) del 18 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DEBIDO PROCESO EN LOS PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES DEL JUEZ – El funcionario judicial no puede señalar a una persona como infractor de una norma determinada y después recurrir a otra para sancionarlo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Ley 906 de 2004, artículos 141, numeral quinto y 143, numeral séptimo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-458 de 1994 y C-620 de 2001.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En orden a resolver la solicitud de amparo constitucional sea lo primero expresar que los poderes correccionales del juez, son entendidos como una especie del derecho sancionatorio.

Se entiende por poder correccional, el conjunto de facultades que autorizan al juez como conductor o director de un proceso para mantener el adecuado orden y la buena marcha del mismo, en su desarrollo general o en específicas actuaciones como las audiencias. En ejercicio de esas facultades, los jueces pueden imponer sanciones a las partes, intervinientes y a concurrentes a las audiencias.

Como el derecho correccional es una especie del derecho sancionatorio, debe sujetarse también al debido proceso, del cual es componente esencial la garantía del derecho a la defensa de aquel a quien se le atribuye la incorrección.

El poder correccional precisa que la imposición de la sanción siempre deba estar precedida de una actuación en la que se cumpla con el debido proceso (publicidad, contradicción y defensa), por manera que, aunque en ninguno de los estatutos que consagran la potestad correccional se establece un procedimiento específico, lo trascendental es desarrollar una actuación en la que se garantice el debido proceso, lo que no sucedió en el caso que se examina, tal como pasa a verse:

La revisión detenida de la audiencia de trámite correccional realizada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá contra el actor, realizada con el fin de auscultar si vulneró el debido proceso, permitió constatar que el titular de ese Juzgado, al momento de manifestarle al actor la norma que describía la falta por la cual

adelantaba el trámite, le precisó que correspondía a la consagrada en el numeral quinto del artículo 141 de la Ley 906 de 2004, norma que en su tenor literal reza como sigue:

“ARTÍCULO 141. TEMERIDAD O MALA FE. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

(...)

5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal.”

Respecto a dicha imputación jurídica se debe precisar que los poderes correccionales del juez se encuentran limitados respecto a los comportamientos consagrados en el Capítulo IV de la Ley 906, acápite en el que especifica cuál es la sanción que corresponde a cada uno de ellos, en efecto, dicha apartado procesal dice:

“CAPITULO IV.

DE LOS PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES.

ARTÍCULO 143. PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:

1. A quien formule una recusación o manifieste un impedimento ostensiblemente infundados, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. A quien viole una reserva legalmente establecida lo sancionará con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso el funcionario que conozca de la actuación será el competente para imponer la correspondiente sanción.

3. A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inconmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.

4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales lo sancionará con arresto inconmutable hasta por cinco (5) días.

5. A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad y modalidades de la conducta.

6. A quien solicite pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7. A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8. Al establecimiento de salud que reciba o dé entrada a persona lesionada sin dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, lo sancionará con multa de diez (10) hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9. A la parte e interviniente que solicite definición de competencia, o cambio de radicación sin fundamento en razones serias y soporte probatorio, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

10. A quienes sobrepasen las cintas o elementos usados para el aislamiento del lugar de los hechos, lo sancionará con multa de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto por (5) cinco días según la gravedad y modalidad de la conducta.

PARÁGRAFO. En los casos anteriores, si la medida correccional fuere de multa o arresto, su aplicación deberá estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición, si las hubiere. Si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida que, de mantenerse, dará origen a la ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.”

Los comportamientos previstos en el artículo 141 ibídem -norma en que el juez accionado fundamentó el cargo que hizo contra el actor- no tienen consagrados en dicha norma la sanción que ameritan, aspecto que deja en evidencia que escapan al poder correccional del juez, a menos que también puedan adecuarse a la descripción de alguna de las faltas consagradas en el artículo 143 de la Ley 906, evento en el cual el cargo que se formula debe contener tanto la imputación fáctica como la jurídica de la falta, y en esta última no puede faltar la que publicita la sanción que comporta.

En el trámite correccional adelantado por el Juez accionado se observa que a pesar de que ubicó el cargo en el numeral quinto del artículo 141 de la Ley 906 de 2004 – norma en la que el legislador no describió sanción de tipo alguno- impuso la sanción con fundamento en lo consagrado en el numeral 7 artículo 143 ibídem, disposición que en su continente literal dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 143. PODERES Y MEDIDAS CORRECCIONALES. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:

7. A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Así las cosas, obligatorio es concluir que la vulneración al debido proceso se avizora ostensible, pues en ningún trámite es aceptable que a una persona se le endilgue comportamiento ubicado en una norma determinada, y que luego de defenderse se le sancione con fundamento en norma diferente, máxime cuando el cambio o adición de imputación jurídica se percibe más gravoso para el sancionado.

La Sala deduce que al percatarse el juez accionado que no podía imponer sanción correccional al actor por la imputación jurídica correspondiente al cargo que le hizo, o sea la falta consagrada en el numeral quinto del artículo 141 de la Ley 906 de 2004, procedió, al momento de decidir, a adicionar al cargo la imputación jurídica consagrada en el numeral 7 artículo 143 ibídem, y con base en esa tardía imputación jurídica impuso la sanción.

Conforme a lo atrás expuesto, se protegerá el derecho fundamental del accionante al debido proceso, y en consecuencia se anulará todo lo actuado en la audiencia del 24 de mayo de 2013 realizada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá, en la que sancionó al abogado DAYRO PEREZ BETANCURT con multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-00148-01) del 18 de junio de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: tutela el derecho al debido proceso..

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – A la Fiscalía incumbe demostrar que el procesado carece del respectivo permiso/ALLANAMIENTO A CARGOS – No libera a la Fiscalía de su carga probatoria en la demostración del injusto ni al juez del respectivo análisis.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 365; Constitución Política, artículo 250; Ley 906 de 2004, artículo 7, inciso segundo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 36544 del 2 de noviembre de 2011, 24954 del 18 de noviembre de 2009, 26411 del 8 de noviembre de 2007, 29979 del 27 de octubre de 2008, 21196 del 6 de octubre de 2005, 25724 del 19 de octubre de 2006, 9038 del 24 de marzo de 1994, 26716 del 16 de mayo de 1997, 24055 del 6 de mayo de 2009 y 25108 del 30 de noviembre de 2006; Corte Constitucional, sentencia C-425 de 1996.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Los problemas jurídicos centrales planteados por la censura obedece a los siguientes interrogantes: ¿es posible estructurar un juicio de responsabilidad penal por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de uso personal, sin contar con

la prueba que certifique la inexistencia de permiso de autoridad competente? ¿Relega la aceptación de cargos efectuada por CUANTIN BURGOS a la Fiscalía General de la Nación de probar el ingrediente normativo especial del tipo, referido al permiso para portar armas de fuego? ¿A quién correspondía probar que JUAN CARLOS CUANTIN BURGOS no contaba con permiso para portar armas?

Lo anterior significa, que la ausencia del medio de conocimiento, es decir, la certificación de autoridad competente en la que se haga constar que el sujeto activo de la infracción penal no tiene permiso para portar arma, es un elemento sine qua non, para la configuración del tipo. Sin embargo, dicho presupuesto del tipo penal; en virtud del principio de libertad probatoria, puede suplirse por otro elemento material probatorio, que compruebe o demuestre su configuración, desde luego en el decurso del juicio oral que no es el caso.

En el caso concreto, no existe, ningún medio probatorio a través del cual se pueda inferir que JUAN CARLOS CUANTIN BURGOS carecía de permiso de autoridad competente para portar armas de fuego, labor que la Fiscalía General de la Nación no cumplió, desconociendo su función constitucional y legal, tal como lo enseña el artículo 250 superior y el inciso 2º del artículo 7 del Código Procesal Penal.

Erra la censura y por supuesto el A quo al asegurar que el allanamiento a cargos, libera a la fiscalía de su carga probatoria en la demostración del injusto típico y, por ende, al Juez de su análisis, situación que resulta inadmisibles a la luz del Estado Social de Derecho y del proceso penal mismo, ya que, la sentencia debe ser erigida, sobre los hechos y la prueba legalmente allegada a la actuación, contrario sensu, tendríamos providencias judiciales creadas a partir de supuestos y presunciones, lo que convertiría al derecho en un anacrónico.

Es necesario, así el procesado se allane a cargos que la Fiscalía aporte los elementos materiales probatorios que son accesibles; no obstante, la premura del tiempo en la actividad pesquisitoria, verbigracia, certificaciones, constancias y actividades policiales que sean de carácter insoslayable; es más, al juez a quien le corresponda el conocimiento del asunto, tiene la carga de analizar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que deberá concatenar en su análisis entre la estructuración del injusto penal como presupuesto inexorable de la aceptación de cargos del encartado.

No es apropiado proferir una sentencia en donde se pretermita analizar el material de prueba arrimado exiguamente a la actuación y, menos sin determinar las razones del convencimiento más allá de toda duda razonable, para emitir un fallo condenatorio, situación que no se presentó en este caso, pues, la sentencia apelada carece de un análisis probatorio y de una narrativa certera de lo sucedido, pues, sólo se anotó en la sentencia parte de la secuencia fáctica ocurrida y la registrada es incomprensible y carece de un orden argumentativo lógico que impide pregonar la estructuración del injusto penal de manera inequívoca transgrediendo de paso el principio de legalidad como lo entiende la Corte.

Nótese que el informe policial sobre la captura en flagrancia, no constituye prueba alguna, menos es: una confesión extrajudicial y extraprocesal como parece entenderlo el delegado del Fiscal, tan sólo es, un elemento de juicio para orientar la

investigación sobre la existencia o no del salvoconducto, cometido que el investigador omitió inexplicablemente.

Adicionalmente, ignoró la Fiscalía que al procesado le asiste el derecho de guardar silencio, lo cual significó para el caso concreto, que no tenía la obligación o carga de demostrarle a la Fiscalía que sí, tenía salvoconducto de la pistola, su silencio no constituye un indicio de responsabilidad penal en su contra, como implícitamente lo aduce su contraparte.

Su presunta manifestación según la cual la pistola no tenía salvoconducto, no constituye prueba alguna de cargos, porque no se realizó en el curso del juicio oral, en síntesis, faltó la demostración del ingrediente normativo del tipo penal, cuya inexistencia no se puede dar por demostrada de la nada, porque sería tanto, como presumir la responsabilidad penal, lo cual está proscrito constitucionalmente. Al contrario, lo que se presume es la inocencia, así que la fiscalía debió destruirla en este caso, con elementos materiales de prueba, evidencia física o información relevante.

En gracia de discusión se podría admitir que la presunta manifestación del procesado fuese verdad, esto es, la pistola que portaba no tenía salvoconducto, tal información la recogió un informe policial que, en sí mismo no tiene aptitud probatoria; pues, para el efecto debió surtir los ritos de ley que aquí se echan de menos, tal como lo definió la Corte en los términos siguientes:

“A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales”.

Si el procesado informó a la Policía Judicial que la pistola carecía de salvoconducto, en ese instante, nació el deber insoslayable para el ente acusador de recopilar los elementos materiales de prueba que soportasen ese dicho y, no asumir tal información como una verdad irrefutable; en éstos casos la Corte indicó que lo procedente es la constatación de la información al respecto dijo:

Diverso sería el escenario de valoración y, definición del caso, de tratarse del proceso ordinario, en el cual se presenta un intenso debate probatorio en el devenir del juicio oral; de suerte tal, que dicho ingrediente normativo del tipo penal puede ser demostrado con cualquier medio de prueba, lo cual no es posible, en el proceso abreviado, en el cual no media la construcción de la verdad a través de la prueba surgida del debate probatorio contradictorio.

En decir, en los eventos de allanamiento y preacuerdos que no existe un juicio oral, adversarial, público y contradictorio, mediante el cual se construyen verdades, de todas maneras, como mínimo para negociar deben mediar unos elementos de juicio que no dejen dudas sobre la tipicidad y antijuricidad del (os) delito (s) imputado (s); supuestos previos e inexorables, que soportan y legitiman la asunción de la responsabilidad en el (os) injusto (s) penal (es).

Se reitera que, no debe concurrir ninguna mácula de duda sobre la configuración del injusto penal. Es decir; en éstos casos, es preciso dar por descontada la demostración plena e inequívoca de la tipicidad y antijuridicidad, como presupuesto inexorable previo a la aceptación de la responsabilidad penal, injusto que se debe acreditar mediante E.M.P. o evidencia física que soporte la información suministrada, así se infiere de la siguiente interpretación de la Corte...

(...)En los anteriores términos, esta establecido lo que podríamos llamar el precedente sobre la materia, que si bien no se comparte pacíficamente por el ponente de esta decisión; se acata. No obstante, es legítimo anotar las reservas sobre el particular que dicen relación con la puridad del sistema acusatorio que se afecta respecto del ejercicio de la igualdad de armas, pues la nulidad en definitiva constituye una gabela para la fiscalía, en tanto, le permite enderezar la investigación, enmendar sus errores u omisiones o de persistir en ellos de manera sistemática, bien sea por incuria, negligencia o desidia sin consecuencias, o en su defecto, habría que garantizar idéntico tratamiento a su antípoda, que no se ve específicamente claro como hacerlo efectivo.

Auto de segunda instancia (2012-00707-01) del 19 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: decreta la nulidad de la audiencia de allanamiento a cargos.

HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad al no disminuir la velocidad por reducción de las condiciones de visibilidad ni conservar la distancia legal de separación entre los vehículos/REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO – Si ha sido reconocida la parte civil, es válida su aportación en copia simple/ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – El término de prescripción ordinaria es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 232; Código Nacional de Tránsito, artículos 55, 74, 83 y 108; Código de Procedimiento Civil, artículo 254; Código de Comercio, artículo 1081; Código Civil, artículo 2357.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 34547 del 27 de abril de 2011, ponencia de María del Rosario González Muñoz, 36554 del 9 de agosto de 2011, ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca y 34962 del 23 de mayo de 2012, ponencia de Luis Guillermo Salazar Otero; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 6011 del 19 de febrero de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)El análisis probatorio permite concluir que la causa eficiente generadora del resultado aquí indicado no fue determinada por el concurso directo de la víctima, ni por el conductor del otro automotor, sino que ella se afianzó en un comportamiento imprudente de parte del procesado, al no disminuir su velocidad apenas se

redujeron las condiciones de visibilidad, ni tener en cuenta la cantidad de vehículos que en el momento transitaban por el lugar, ni lo pesado del automotor que conducía dada la cantidad de pasajeros que transportaba y no conservar la separación reglamentaria con el vehículo que le precedía, pues con tales omisiones desatendió lo dispuesto por los artículos 55, 74 y 108 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, ya que con dicho comportamiento puso en riesgo o peligro a los demás que circulaban por dicha vía, al punto que el siniestro le costó la vida al joven Carlos Andrés Valdés Llantén, quien se movilizaba en el motocarro impactado.

Los factores consistentes en no mermar la velocidad, ni conservar la distancia debida, no obstante las condiciones anotadas no solo de peso del vehículo que hace más difícil la maniobrabilidad del automotor y la efectividad del sistema de frenos, sino también el alto tráfico vehicular de la vía en ese momento, en un horario como las seis y treinta de la tarde, en el que ha empezado a caer la tarde y las condiciones de visibilidad se oscurecen, en un sector de la vía sin iluminación artificial, tienen mayor relevancia en la causación del daño, pues en el proceso de la fijación de la responsabilidad penal en el presente asunto, como resultado de la valoración probatoria, el factor determinante lo fue el comportamiento imprudente del señor Hernán Darío Ocoró Arboleda, quien a pesar de dedicarse al oficio de conductor de buses, omitió actuar con la diligencia y cuidado que la situación ameritaba y la ley le imponía.

En lo que respecta a la censura consistente en que el señor Carlos Arturo Valdés Pacheco, demandante de la parte civil, para acreditar su legitimación en la causa por activa, lo hizo con una copia simple del registro civil de nacimiento del occiso, contrariando, en su sentir, lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, debe señalarse que en efecto, con el memorial poder otorgado al abogado Carlos Julio Salazar Figueroa, se allegó copia simple de una copia auténtica del precitado documento correspondiente a quien en vida respondiera al nombre de Carlos Andrés Valdés Llantén, expedida por la Notaría Décima del Círculo de Cali, escrito que también se allegó en copia simple como anexo de la demanda de constitución de parte civil, la cual fue presentada a la fiscalía instructora el 31 de mayo de 2004, siendo admitida el 8 de septiembre siguiente.

Frente a la crítica del impugnante de que *“este registro no tiene valor probatorio alguno, por no haberse incorporado al proceso provisto de la autenticidad exigida por la ley”*, se torna pertinente traer a colación lo que al respecto ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Al margen de ello, una vez reconocido como parte civil un sujeto, todos los actos desarrollados en virtud de dicho status procesal tienen plena validez, esto es, pruebas aportadas, alegaciones presentadas, recursos interpuestos, etc., así como las decisiones adoptadas por razón de los mismos, no obstante hipotéticamente aceptar que el acto jurídico que lo hizo parte careciera de fundamento legal (v.g., por carecer de legitimidad), razón suficiente para advertir que el argumento de estos reproches conlleva un fundamento inidóneo para demandar la nulidad de lo actuado por quebranto del debido proceso”. (Subrayas fuera de texto).

Se advierte entonces que fue admitida la demanda de constitución de parte civil presentada a través de apoderado judicial por el señor Carlos Arturo Valdés

Pacheco, padre del occiso Carlos Andrés Valdés Llantén, sin que se presentara recurso alguno contra la resolución que así lo decidió, y en las distintas contestaciones presentadas por el defensor del acusado y los apoderados judiciales de las sociedades vinculadas como terceros civilmente responsables, denunciados en el pleito y la llamada en garantía, ninguna manifestación hicieron respecto a la alegada falta de legitimación en la causa por activa, ante lo cual, según la precisión jurisprudencial citada líneas atrás, al haberse reconocido como parte civil al señor Carlos Arturo Valdés Pacheco, todos los actos desarrollados en tal virtud gozan de total validez, entre ellos las pruebas aportadas y las decisiones adoptadas, razón suficiente para que no prospere tal pretensión del apelante.

En relación con el perjuicio moral subjetivo, el censor tildó de “*exorbitante*” la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales a que se condenó por este concepto, tema sobre el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado lo siguiente:

“...En igual sentido, cuando esta Sala ha debido tasar perjuicios de orden moral o pronunciarse sobre el tópico en los procesos que conoce en virtud del recurso extraordinario de casación, ha fijado sumas que oscilan entre 1 y 312 salarios mínimos legales mensuales”.

De lo anterior, considera esta Colegiatura que la juez a quo no se excedió en la fijación de los perjuicios de orden moral, tal como se queja el impugnante, sino que por el contrario, se atuvo al rango legal determinado por el legislador y al criterio jurisprudencial en cita, en tanto para tasar la condena por éste concepto, valoró el sufrimiento causado a los familiares de la víctima, con mayor razón en tratándose de la desaparición de un hijo a causa del actuar imprudente de un conductor y el gran vacío dejado en ese seno familiar ante la muerte violenta, abrupta e inesperada de un joven de apenas 19 años de edad, tornándose ajustada la condena a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, toda vez que apenas equivale al 10% del tope máximo legal, de ahí que lo determinado por la juez de instancia no sufrirá modificación alguna.

En lo atinente a que los términos de prescripción no han operado para que se hubiera desvinculado a la firma QBE Seguros S.A., aduciendo que una vez el tomador de la póliza conoció del proceso hizo uso del llamamiento en garantía dentro de los términos establecidos en la ley, notificando a la compañía aseguradora en debida forma, deviene acertado el análisis que al respecto realizó la juez de primer nivel, en tanto la normativa aplicable es la establecida en el Capítulo Primero del Título V del Código de Comercio, que trata *Del Contrato de seguro*, propiamente lo dispuesto por el artículo 1081, que establece que la prescripción de las acciones que se derivan de esta clase de contratos o de las disposiciones que los rigen, podrá ser ordinaria, en cuyo caso será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, o extraordinaria, que lo será de cinco años y correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho, pero como lo precisó la jurisprudencia traída a colación por la instancia, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 19 de febrero de 2002 dentro del expediente N° 6011, “*los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces*

e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho..., y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria”.

En el asunto de marras, la demanda de constitución de parte civil se admitió el 8 de septiembre de 2004, resolución en la que se vinculó como tercero civilmente responsable a Expreso Trejos Ltda., empresa de transporte que a través de su representante legal, señor Luis Hernando Lozano Herrera, le confirió “*poder especial, amplio y suficiente en cuanto a derecho se refiere a la abogada ANA MARIA BUITRAGO ESCOBAR, (...), para que se notifique y conteste la demanda de constitución de parte civil, interponga las excepciones el caso, haga el llamamiento en garantía, denuncie el pleito, aporte y solicite pruebas y en fin todo lo que en derecho haya lugar en defensa de los legítimos intereses de la sociedad que represento*”, memorial poder que tiene diligencia de reconocimiento del poderdante realizada el 6 de septiembre de 2005 en la Notaría Séptima del Círculo de Cali.

Quiere decir lo anterior que al menos desde esa fecha, el representante legal de la sociedad interesada tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción derivada del contrato de seguro, y la apoderada judicial de dicha empresa de transporte solo vino a ejercer su derecho de llamar en garantía a la compañía aseguradora el 22 de julio de 2008, cuando ya había transcurrido un lapso superior a los dos años establecido para la prescripción ordinaria, lo que constituye razón suficiente para confirmar lo resuelto por el a quo en este aspecto.

Sentencia de segunda instancia (2009-00062-01) del 24 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Alvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

VÍCTIMAS – Los elementos materiales probatorios solicitados por su apoderado en la audiencia preparatoria deber ser descubiertos por la Fiscalía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 356 y 357.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 37596 del 7 de diciembre de 2011, ponencia de José Luis Barceló Camacho y 32058 del 13 de junio de 2012, ponencia de Javier Zapata Ortiz; Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico planteado radica en determinar si era procedente admitir el testimonio de la menor A.V.R.O. y el CD contentivo de la entrevista rendida por ésta ante la Psicóloga del C.T.I., medios de prueba pedidos por el apoderado de la víctima en desarrollo de la audiencia preparatoria.

El artículo 357 de la Ley 906 de 2004 establece que: “Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en éste Código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.”

En cuanto al descubrimiento probatorio que debe realizar la víctima cuando pretende hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que: “Esa alusión a la igualdad de condiciones de la víctima, la defensa y la Fiscalía, en el campo probatorio, no deja de ser un enunciado teórico que no se puede concretar en la práctica, pues el estatuto procesal y las decisiones de constitucionalidad exigen que la práctica de las pruebas en el juicio oral corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a las partes, esto es, a la Fiscalía y a la defensa.

En ese contexto, indefectiblemente, en el tema tratado la víctima tiene la carga de hacer causa común con la Fiscalía, en el entendido de que esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación (acto que garantiza los derechos de la víctima) y la única llamada a introducir las pruebas. Por tanto, las solicitudes probatorias de la víctima deben ser canalizadas por medio del único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral....”

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que para admitir elementos materiales probatorios solicitados por el apoderado de la víctima en la audiencia preparatoria, es necesario que a través de la fiscalía se cumpla con el descubrimiento de los mismos a la defensa, con el fin de garantizar los principios de contradicción, defensa e igualdad de armas que caracteriza el Sistema Penal Acusatorio, para lo cual el juez debe propiciar los momentos para facilitar a la víctima que se informe y entregue al representante del ente acusador los elementos probatorios que desea hacer valer.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía Ciento Cuatro Seccional de Palmira, no se enunció como medio de prueba el testimonio de la menor A.V.R.O., como sí se hizo con la entrevista psicológica rendida ante la doctora Alba Luz Murcia Díaz.

En la audiencia de formulación de acusación, la menor A.V.R.O. representada por su progenitora, quien a su vez otorgó poder al abogado Alex Collazos Murgueito, fue reconocida como víctima dentro del proceso seguido contra el ciudadano Fredy Rodríguez López y se le reconoció personería jurídica para actuar al citado profesional del derecho, en tanto que, la fiscalía descubrió los elementos materiales

probatorios que pretende hacer valer en el juicio, sin haber enunciado el testimonio de la niña presuntamente afectada.

Posteriormente el defensor solicitó la nulidad de lo actuado, petición que fue negada por el juez, lo que fue confirmado por ésta Sala de Decisión, mediante proveído del 25 de febrero de 2013. Una vez recibidas las diligencias en el juzgado de primera instancia se continuó con la audiencia de formulación de acusación, sin contarse con la presencia del apoderado de la víctima.

El 9 de mayo de 2013 se dio inicio a la audiencia preparatoria, en la que se reconoció personería jurídica al Abogado Ricardo Palma Lasso como apoderado de la víctima, quien al minuto 24:53 de la diligencia, informó que era su deseo elevar solicitudes probatorias, ante lo cual el juez le indicó que le daría el uso de la palabra después de la intervención de la fiscalía y defensa, para que solicitara los medios de prueba que considerara pertinentes y conducentes.

Una vez fiscalía y defensa solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio, el apoderado de la víctima solicitó que se admitiera, el testimonio de la menor A.V.R.O y el CD contentivo de la entrevista rendida por ésta ante la Psicóloga del C.T.I., petición a la que se opusieron defensa y Ministerio Público, argumentando que no se había realizado el descubrimiento de manera oportuna.

En lo que tiene que ver con el testimonio de la menor presuntamente afectada, considera la Sala, que como quiera que la fiscalía no lo enunció en el escrito de acusación, ni en la audiencia en que la misma es formulada, oportunidades para que el ente acusador realice el descubrimiento probatorio relacionado con sus medios de prueba y los de la víctima, no era posible su admisión en el juicio oral, ya que con ello se sorprendió a la defensa, la cual no tuvo oportunidad para recolectar y solicitar elementos materiales probatorios tendientes a desvirtuar la declaración de la testigo.

Además, la audiencia preparatoria es el momento en que según lo establecido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, la defensa descubre los elementos materiales probatorios que hará valer en el juicio oral, momento para el cual, la fiscalía ya ha debido descubrir los medios de prueba que posteriormente solicitará, al igual que los que pretenda pedir la víctima.

Para la Sala, el apoderado de la víctima estaba en el deber de descubrir los elementos materiales probatorios que pretendía hacer valer en el juicio oral, en las etapas establecidas en la ley para el descubrimiento que debe realizar el ente acusador, y sí la fiscalía no incluyó en su teoría del caso los medios de prueba pedidos por el apoderado de la presuntamente afectada, sencillamente no se pueden practicar.

Era necesario que en la audiencia de formulación de acusación, momento procesal en que la fiscalía enuncia y descubre los elementos materiales probatorios con los que sustentará su teoría del caso, se descubrieran las evidencias recolectadas por la víctima, pues de lo contrario se sorprendería a la defensa, la cual vería limitada la posibilidad de solicitar medios de prueba tendientes a desvirtuar los reclamados por la presuntamente afectada, a través de su apoderado.

En lo que tiene que ver con el CD contentivo de la entrevista rendida por la menor ante la Psicóloga del C.T.I., considera la Sala que se trata de un medio de prueba inconducente, impertinente e inútil, en razón a que dentro de los elementos materiales probatorios pedidos por el fiscal se incluyó el testimonio de la Profesional Alba Luz Murcia Díaz, con quien se introducirá la entrevista psicológica forense rendida por la niña, la que corresponde a las manifestaciones contenidas en el CD, convirtiéndose en un medio de prueba repetitivo, máxime, que el interrogatorio en todo caso, lo haría el representante del ente acusador.

Además, el apoderado de la víctima, no indicó claramente qué era lo que pretendía demostrar a través de la introducción del CD contentivo de la entrevista rendida por la menor A.V.R.O., lo cual era indispensable, en consideración a que ese elemento material probatorio ya había sido pedido por el ente acusador, siendo innecesario admitirlo en el juicio oral.

Así las cosas, la Sala revocará el auto adiado el 9 de mayo de 2013, emitido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira, para en su lugar inadmitir la practica del testimonio de la menor A.V.R.O. y la introducción del CD contentivo de la entrevista rendida por la niña ante la Psicóloga Alba Luz Murcia Díaz adscrita al C.T.I.

Auto de segunda instancia (2011-00372-02) del 26 de junio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el auto apelado.

PREACUERDOS – El juez no puede improbarlos apoyándose en las meras actas de las audiencias preliminares o en premisas falsas/PREACUERDOS – Además de la degradación o rebaja legal por alegación de culpabilidad, la Fiscalía y la defensa pueden dosificar la pena y ocuparse de los subrogados o sustitutos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 230, 301 y 351; Código Penal, artículos 56. 63, 365, y 32, numeral once.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 27759 del 12 de septiembre de 2007, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme a la censura del representante del Ministerio Público debe resolver la Sala acerca de si hubo omisión por parte de la Fiscalía de solicitar para su realización la audiencia de control del registro voluntario a través del cual se obtuvo el objeto material del delito de Porte ilegal de armas atribuido al imputado, y de ser así si da o no lugar a improbar o decretar la nulidad del Preacuerdo, como lo hizo la funcionaria judicial del primer nivel.

A pesar de la congestión judicial que aqueja a la administración en ciertos territorios del Distrito Judicial, una Jueza o un Juez de la república no puede tomar decisiones basadas en las meras actas de las audiencias preliminares cuando en

ellas va a fundar decisiones tan trascendentales como la improbación de un Preacuerdo al que han llegado Fiscalía y Defensa y que en caso tan particulares como el que nos ocupa termina afectando ciertamente las garantías y derechos, mismas que invoca fueron conculcadas ante la omisión de un control por parte del Juez de garantías. Su obligación es constatar la legalidad del debido proceso que para el caso de la Ley 906 de 2004, al tener inserto el principio de la oralidad, los registros de audios están al alcance del juez de conocimiento, como efectivamente los halló el Ad-quem en la misma carpeta que fuera remitida para el trámite del recurso de apelación; en últimas deben solicitarse al respectivo despacho judicial o al Centro de Servicios Judiciales en los lugares donde funcionen los mismos.

Peor aún, de la revisión del acta obrante a folio 5 de la carpeta, se consignó por parte del señor Juez Tercero Penal Municipal de Sevilla Valle, que además de declararse legal la captura, también se hizo lo propio con la incautación del E.M.P o evidencia física misma que no es otra, conforme a la imputación fáctica que la escopeta incautada al interior de la tienda del imputado, este fue el único decomiso realizado en ese sitio y tanto para legalizar la aprehensión como para impartirle aprobación a dicha incautación –para fines de comiso- las Partes y el señor Juez se refirieron ampliamente a las circunstancias en que se produjo, esto es necesariamente el ingreso de los agentes de la policía al interior del establecimiento, previa autorización o consentimiento que quedó consignado por escrito del señor Gustavo de Jesús Montoya Pino, hoy acusado.

Posterior a la lectura del informe policivo de captura en flagrancia, el señor Juez aceptó escuchar a uno de los agentes de la policía quien describió en idéntica forma a la reseñada en el acápite de los antecedentes de este proveído, el modo como llegaron casualmente a establecer la “tenencia” del arma de fuego tipo escopeta por parte de propietario de la tienda, luego tanto el delegado de la Fiscalía funcionario distinto a quien suscribiera y solicitara la verificación del Preacuerdo, como la Defensa se refirieron a la permisión del acusado para que se registrara el lugar. La primera destacando el permiso otorgado sin prevención ni restricción alguna, además de hallarse en un sitio contiguo donde si bien era un cuarto no se hallaba cerrado y la culata del ama era visible. El segundo, atacó la legalidad del registro porque llegaron hasta el interior del inmueble, espacio que califica como privado. En tal sendero terminó el señor Juez de control de garantías diciendo que el arma de fuego “... se obtuvo porque su mismo propietario la entregó, se duele de no haber escuchado su versión por considerarla extemporánea y como no hay elementos distintos a los que entregara la Fiscalía los cuales dan cuenta de la existencia de una conducta punible, debe revestir de legalidad ese procedimiento por eso concluye también en la legalidad de la captura y en la de la incautación de la escopeta con fines de comiso, porque no se prevé vulnerabilidad de derecho constitucional alguno...”.

Si alguna duda surge del acta de las audiencias concentradas, el audio da cuenta prístinamente que se cumplió con el debido proceso siguiendo el mandato del artículo 230 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, la señora Juez partió de una premisa falsa para decretar la ilegalidad del preacuerdo, término que se presta además a confusión tal como se denota del alegato del recurrente pero para el caso no se equipara a una nulidad porque no retrotrajo la actuación a un determinado momento procesal a fin de que se subsanara la irregularidad; equivale es a la improbación del Preacuerdo.

Bastaría entonces con la exposición anterior para culminar la decisión con la revocatoria de la providencia de la señora Juez a fin de que prosiga con el trámite de verificación del Preacuerdo. Empero debe la Sala por economía procesal de una vez llamar la atención sobre los términos del mismo.

En principio, conforme al artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no es posible pactar dos “rebajas” que no equivale entendiéndose bien, a la palabra “beneficios”. Si se degrada el cargo, no se puede a la vez pactar la rebaja del párrafo del artículo 301 ibidem introducido por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. Se elige una o la otra. En este asunto tal como quedó consagrado en el acta, la Fiscalía está “negociando” tanto la disminución por “*la extrema ignorancia del acusado*” prevista en el artículo 56 del Código Penal como la de la “*cuarta parte del beneficio demandado en el artículo 351*” por tratarse de una captura en flagrancia.

Sería del caso improbarlo por esta irregularidad, a no ser porque de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía desde las audiencias preliminares y de su propia intervención al momento de explicar el por qué consideraba inadecuada e innecesaria la medida de aseguramiento, tal circunstancia de atenuación punitiva debió concedérsele al señor Gustavo de Jesús Montoya Pino dentro de la tipicidad estricta del comportamiento en el que fuera sorprendido el 1º de enero de 2013, como es la “tenencia” o “conservación” de la escopeta calibre 16 de fabricación artesanal.

Recordemos tal como lo hizo en su momento el ente acusador dentro de las audiencias preliminares que dicha conducta particularmente no constituía delito hasta la modificación del tipo penal de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones descrito en el artículo 365 del Código Penal, cuando el legislador además de subir la pena a nueve (9) años de prisión, le incluyó entre los verbos rectores el de “-tenga- en un lugar” armas de fuego de defensa personal...”. Significa que hasta el 24 de junio de 2011, muchos colombianos podían conservar en sus residencias o fincas para el caso, armas de fuego sin salvoconducto. A partir de la promulgación de la ley 1453, de permanecer en tal comportamiento, serían objeto de persecución penal y de la sanción antes citada.

Ahora bien, debe entenderse por regla general que el colombiano está obligado a actualizar la conciencia sobre la antijuridicidad de sus actos. Para que el Estado pueda funcionar debe presumir legalmente que sus ciudadanos conocen la ley, a no ser que se demuestre lo contrario para el caso de la responsabilidad penal a través de la eximente del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, denominada “error de prohibición”. Doctrinalmente, dentro de la construcción de la teoría del delito, este puede ser directo o indirecto.

Para que tenga la condición de exonerar la culpabilidad, el error de prohibición debe ser “invencible” pero de considerarse que tuvo la oportunidad en términos razonables de actualizar su conocimiento, el autor se hará merecedor solamente a una rebaja de la mitad de la pena.

Tal estrategia no la intentó la defensa, o por lo menos no tuvo oportunidad cuando se le negó el testimonio del señor Gustavo de Jesús Montoya Pino en la audiencia preliminar de legalización de captura, pero ya a ese momento procesal la Fiscalía a

través de su delegado había podido inferir por lo menos “la profunda situación de ignorancia del imputado, en cuanto influyó en la ejecución del delito”.

El mismo ente acusador puso de presente que se trata de una persona analfabeta, se evidenció su grave limitación auditiva, de origen campesino, su comportamiento frente a los agentes de la policía quienes destacan su gran amabilidad y la forma desprevenida como los autorizó para que registraran “lo que quisieran”; su espontaneidad cuando él mismo fue a sacar la escopeta para enseñársela, explicándoles que era de calibre 16, de su propiedad y por qué la tenía en ese lugar. Se desprende de tales circunstancias que muy seguramente desconocía la nueva prohibición y si no tenía el alcance para exonerarlo de responsabilidad por lo menos debió reconocérsele el estado antes descrito en la circunstancia de atenuación punitiva que hoy se pretende negociar.

Por consiguiente la ilegalidad por la “doble rebaja” no se constituye porque realmente la primera la sustenta el informe ejecutivo; informe de la policía en caso de captura en flagrancia; la propia versión del uniformado en la audiencia de legalización de captura; formato de arraigo; formato de individualización e identificación y arraigo; la “sordera” se evidenció en las audiencias preliminares y la misma acta de preacuerdo donde el imputado no puede firmar, lo hace otra persona “a ruego”.

Finalmente, el subrogado penal, en la medida que es un “beneficio” no una “rebaja” y que depende en un primer análisis, su requisito objetivo de la legalidad de la pena a imponer, conforme a la calificación jurídica, puede hacer parte del acuerdo entre Fiscalía, procesado y Defensor, siempre y cuando no se visualice en forma flagrante una concepción contraria a la reunión del presupuesto subjetivo demandado en el mismo artículo 63 del Código Penal. Así se ha concebido pacíficamente por la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia.

Así se itera, es posible que además de la degradación o la rebaja fijada por la ley por alegación de culpabilidad, la Fiscalía y la Defensa puedan dosificar la pena y ocuparse de la procedencia de los subrogados y/o sustitutos. Si no lo hace queda en libertad el juez de imponer la misma conforme al procedimiento de los cuartos, y lógicamente de ejercer su jurisdicción frente a los mecanismos citados.

Para el caso concreto, el acuerdo sobre el subrogado no viola tampoco garantía alguna, ni desaprestigia la justicia dado el presupuesto objetivo y las particulares condiciones familiares y sociales del procesado, además del verbo rector por el que se configuró el ilícito en las especiales condiciones de ignorancia de la prohibición que se percibe.

Con todo, procederá la Colegiatura a revocar la decisión de la primera instancia para que en su lugar continúe con la respectiva audiencia y dicte sentencia.

Auto de segunda instancia (AC-234-13) del 2 de julio de 2013, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

SENTENCIA CONDENATORIA – Las pruebas de referencia no pueden ser su fundamento único.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 379, 381 y 437.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 24468 del 30 de marzo de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En atención a los argumentos expuestos por el impugnante, el Tribunal debe dilucidar si en el juicio oral la Fiscalía sólo presentó pruebas de referencia en lo concerniente a la responsabilidad del acusado en los delitos que le endilgó.

La percepción detenida de lo ocurrido en el juicio oral del proceso que nos ocupa revela que la Fiscalía no presentó pruebas directas de responsabilidad contra el acusado.

La única prueba de responsabilidad que el persecutor penal presentó en el juicio oral fue de referencia, a saber: una entrevista que el 19 de enero de 2012 el investigador de la Policía Nacional FERNANDO BANGUERO GONZÁLEZ hizo al joven VÍCTOR HUGO QUINTERO LARRAHONDO en la cual aquél manifestó que el 23 de diciembre de 2011, como a las 3:30 de la tarde, escuchó un tiro en la parte de atrás de donde estaba parado, y que al voltear a mirar vio que el joven JHAN CARLOS CANO PRADO estaba herido y que BRAYAN STIVEN LEÓN tenía un revolver en la mano y junto él estaba el primo que se llama OSCAR EDUARDO ACHICANOY LEÓN, sujetos que huyeron por un cañaduzal.

La entrevista que dio el joven VÍCTOR HUGO QUINTERO LARRAHONDO revela que él no vio quién disparó contra JHAN CARLOS CANO PRADO, ya que el disparo se hizo a su espalda, y cuando volteó a ver vio a dos sujetos frente al herido: al acusado con un revolver en la mano y a un primo de este.

La Fiscalía y el *a quo* optaron por afirmar que VÍCTOR HUGO QUINTERO LARRAHONDO dijo que quien había disparado había sido el acusado, pero eso no es lo que aparece en el texto de la entrevista.

Pero lo fundamental, para lo que interesa en este proveído, es que ninguna prueba directa confirma lo dicho en la aludida entrevista.

Lo anterior significa que el señalamiento del señor BRAYAN STIVEN LEÓN COCA como autor del homicidio del joven JHAN CARLOS CANO PRADO deriva exclusivamente de una prueba de referencia, a saber: la entrevista que el 19 de enero de 2012 dió el hoy fallecido VÍCTOR HUGO QUINTERO LARRAHONDO.

Con esa clase de prueba, por ser la única de responsabilidad, no se puede fundamentar sentencia condenatoria, ya que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 es imperativo y claro al establecer que *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”*

A los policías FERNANDO BANGUERO GONZÁLEZ y JAIRO DUVAN DAZA ZUÑIGA y al señor AMADEO CANO HENAO no les consta de manera directa y personal quien fue la persona que disparó contra el joven JHAN CARLOS CANO PRADO, por la potísima razón de no haber presenciado ese episodio, y todo lo que expresaron al respecto fue lo que escucharon de otros por fuera del juicio oral.

Indicios.

Argumentó el *a quo* que las declaraciones del acusado y del señor JOSÉ JOAQUÍN GALLEGO FERNÁNDEZ constituyeron indicios de mala justificación y de presencia contra el acusado.

Indicio de mala justificación.

Respecto al indicio de mala justificación, adujo el *a quo* que el señor JOSÉ JOAQUÍN GALLEGO FERNÁNDEZ dijo que el 23 de diciembre de 2011 se encontraba trabajando y que también ese día estuvo con el acusado en un balneario de Aguaclara desde las 9:00 de la mañana hasta las 4:00 de la tarde, lo que es contradictorio e inverosímil, además no es creíble que en un día laboral estuviera dedicado al ocio y al esparcimiento en un balneario.

Como respuesta a esa argumentación el Tribunal debe precisar que la configuración del indicio de mala justificación deriva de la forma como el procesado se defiende, no de lo que diga otra persona.

Si el acusado suministra una explicación aceptable, esa clase de indicio se derrumba; pero si da una explicación deficiente o inventada, a partir de ese hecho se puede inferir que algo oculta, pero nada más; la investigación deberá estar encaminada a demostrar qué es lo que se niega a decir, y si no logra establecerlo, será desacertado expresar que la mala explicación, por sí sola, lo demuestra.

En otras palabras, la mala justificación debe servir para que se intensifique la investigación en aras de esclarecer los hechos, específicamente para descubrir qué es lo que el procesado oculta, pero de ninguna manera sirve como fundamento de condena, en la medida que por sí sola no demuestra autoría ni participación en la ejecución de ilicitud alguna, sino, simplemente, que el indagado ha mentado.

El argumento expuesto por el *a quo* para fundamentar indicio de mala justificación es equivocado y desafortunado, incluso tendencioso, ya que edifica el inexistente indicio no en lo que expresó el acusado para defenderse, sino en lo que supuestamente dijo otra persona, a saber: el señor JOSÉ JOAQUÍN GALLEGO FERNÁNDEZ.

Y es tendenciosa esa argumentación porque el aludido testigo nunca afirmó que el día 23 de diciembre de 2011 estuvo trabajando, sino todo lo contrario, a saber: que ese día desde las 9:00 de la mañana hasta las 4:00 de la tarde estuvo en el centro recreacional de Aguaclara con el señor BRAYAN STIVEN LEON COCA.

El *a quo*, en su propósito de condenar, tergiversó lo afirmado por dicho testigo, con el reprochable propósito de erigir una contradicción donde no la había, y por ese torcido camino pretender construir, contra toda lógica, indicio de mala justificación contra el acusado, craso error.

Indicio de presencia

Expresó el *a quo* que la declaración del acusado configuró indicio de presencia en su contra porque dijo que su mamita y su novia vivían en el barrio Zamorano por el sector de Quiebra Patas.

El argumento expuesto por el *a quo* para fundamentar el indicio de presencia también fue equivocado y desafortunado, además de insuficiente.

Pertinente es expresar que el indicio de presencia, también llamado de “*oportunidad física*”, se obtiene del importante hecho de que el acusado esté, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo de ocurrencia del delito. Ese hecho material resulta sospechoso solo cuando no tiene justificación, o, más aún, porque el acusado lo explica mal. Pero, por sí mismo, no permite precisar lo que aquél ha hecho exactamente en la escena del crimen. Con razón FRANCOIS GORPHE enseña que.

“El indicio de presencia no puede, pues, probar la culpabilidad más que indirectamente, por medio de las explicaciones suministradas por el acusado. Vale tanto como estas: si su presencia se encuentra justificada, el indicio no es concluyente, y hasta puede servir de disculpa.”

El *a quo* en su errada y lacónica argumentación dirigida a fundamentar indicio de presencia, ni siquiera se atrevió a decir lo fundamental de esa prueba indirecta, a saber: que las manifestaciones del acusado permitían inferir que el 23 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 3:30 de la tarde, estaba en el lugar donde fue baleado el joven JHAN CARLOS CANO PRADO.

Al faltar en la construcción del indicio de presencia elaborada por el *a quo* la esencia de dicha indirecta prueba, es obvio concluir que el juez de primera instancia se equivocó de manera rotunda e irrefutable en esa materia.

Es de elemental y generalizado conocimiento que el indicio tiene dos puntales: el primero: el hecho indicador, cuya existencia debe estar plenamente probada; y el segundo: la inferencia lógica, mediante la cual, partiendo del hecho indicador, se logra descubrir otro: el indicado, el cual de acuerdo a su especie, relación y fortaleza revela una verdad que se desconocía.

Así las cosas, para construir indicio de presencia contra el acusado, el *a quo* debía partir de un hecho que demostrara plenamente que aquél estaba en el lugar y en el momento que ocurrió el homicidio investigado; pero al respecto se cuenta con una sola prueba, a saber: la entrevista que rindió el señor VÍCTOR HUGO QUINTERO LARRAHONDO, la que por ser de referencia tiene valor probatorio menguado.

En conclusión, el panorama probatorio que constituye este caso, en el que la responsabilidad del acusado se edifica exclusivamente en prueba de referencia, obliga revocar el fallo condenatorio para en su lugar absolverlo.

Sentencia de segunda instancia (AC-124-13) del 2 de julio de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Concesión a ex secretario de juzgado condenado por fraude procesal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 63.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35572 del 22 de febrero de 2012, ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si el señor Henry Sarria Holguín cumple con los requisitos subjetivos consagrados en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, para hacerse acreedor del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El señor Henry Sarria Holguín, fue condenado a 3 años de prisión, siendo procedente analizar si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible son indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En cuanto al reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor Henry Sarria Holguín, el a-quo consideró que a pesar de no existir reproche alguno que haga inferir que el precitado constituya peligro para la sociedad o su entorno familiar, no podía pasar por alto que se trató de una conducta que atentó contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, ya que para la época en que ocurrieron los hechos, el precitado ostentaba la calidad de servidor público siendo Secretario de un despacho judicial, teniendo como deber velar por el respeto de ese bien jurídico.

Señaló la juez que el condenado faltó a la confianza con la que acuden los usuarios en busca de administración de justicia, causando graves perjuicios que aún persisten, concluyendo que no era procedente conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión que no comparte la Sala por las siguientes razones:

No existe dentro de la actuación reproche alguno frente a los antecedentes personales, sociales y familiares del señor Henry Sarria Holguín, que indiquen que es necesario ejecutar la pena privativa de la libertad impuesta en su contra, por el contrario, el análisis de esos aspectos permiten un pronóstico favorable por la ausencia de anotaciones de toda índole, como quiera que lo único acreditado es que está casado con la señora Ana Vivian Carvajal Otero, tiene cuatro hijos y de acuerdo a lo informado por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, mediante oficio 583414 – 1 del 17 de agosto de 2007, aquel no registra antecedentes judiciales.

Tampoco existe prueba que antes o después del 2001 año en que ocurrieron los hechos, el señor Henry Sarria Holguín hubiera incurrido en alguna conducta similar, lo cual se hace más relevante, si se tiene en cuenta que desde el 7 de junio de ese año hasta el 30 de junio de 2011, se desempeñó como Secretario del Juzgado Tercero Civil

del Circuito de Palmira, tiempo durante el cual se desempeñó con sujeción al principio de confianza que depositan los usuarios en los servidores públicos que tiene a cargo la eficaz y recta administración de justicia, conclusión a la que se llega, al no existir ningún elemento dentro de la actuación que indique lo contrario.

No se puede dejar de lado, que a través de la Resolución No. 004 del 30 de junio de 2011, el Juez Tercero Civil del Circuito de Palmira, aceptó la renuncia presentada por el señor Henry Sarria Holguín, al cargo de Secretario de ese despacho, el cual desempeñó en propiedad desde el 7 de junio de 2001, pudiéndose concluir que no colocará en peligro a la comunidad, ni incurrirá en conductas similares, siendo innecesario ejecutar la pena privativa de la libertad.

La juez de primera instancia exaltó la modalidad y gravedad del delito, desde la perspectiva de los fines de la pena, como justificación para negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, olvidando que sí ese era el propósito no podía referirse únicamente al incumplimiento de los deberes que como servidor público le asistían al señor Henry Sarria Holguín.

Tampoco es suficiente exaltar el daño efectivo causado al bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, al haber hecho incurrir en error al Secretario de Tránsito de Palmira, informándole acerca del supuesto levantamiento de unas medidas cautelares, sin que existiera pronunciamiento del juez, ya que es un aspecto que debe ser analizado al momento de determinar si se configura o no la conducta punible de fraude procesal.

A pesar que la Sala no desconoce la gravedad de la conducta en la que incurrió el señor Henry Sarria Holguín, ya que sin existir ninguna orden emitida por el juez, informó a la Secretaría de Tránsito de Palmira el supuesto levantamiento de las medidas cautelares impuesta sobre el vehículo de placas VPD-414, lo que fue aprovechado por la demandada para vender el automotor y así evitar el cobro de la deuda que tenía con la señora Ligia Trujillo Gómez, no se puede dejar de lado, que los efectos de ese actuar se han visto disminuidos, en consideración a que tal como lo informó la doctora Luz Amelia Bastidas Segura Juez Segundo Civil del Circuito de esa ciudad, el proceso ejecutivo culminó con sentencia en la que se ordenó decretar avalúo y posterior remate de los bienes que se llegaren a embargar y secuestrar, pudiendo la denunciante cobrar su deuda una vez se obtenga la materialización de tales medidas.

Además, en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia No. 107 del 10 de mayo de 2013 emitida por la Juez Cuarto Penal del Circuito de Palmira, se condenó al señor Henry Sarria Holguín al pago de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales a favor de la ciudadana Ligia Trujillo Gómez, los cuales deben ser cancelados dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de ese proveído, asegurándose de esa manera que los daños ocasionados con la conducta desplegada por el precitado, serán resarcidos, so pena de la revocatoria del beneficio aquí concedido.

En consonancia con lo precisado, atendidas las condiciones personales del señor Henri Sarria Holguín, así como las circunstancias particulares del comportamiento investigado, es de resaltar que el procesado aceptó su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de fraude procesal en desarrollo de la audiencia pública, indicando asimismo, que lo ocurrido obedeció al cúmulo de trabajo que lo obligaba a firmar un gran número

de oficios elaborados por sus compañeros de labores, de quienes confiaba en su buena fe.

Por lo tanto, si la finalidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena es brindar al condenado la oportunidad de que atendido el monto de la sanción impuesta y considerando sus rasgos personales, así como las características del hecho punible, bajo ciertas condiciones, pueda dejar de ejecutarse el castigo que le restringe su libertad, primero a manera de prueba durante un tiempo determinado y luego definitivamente, dado que en el asunto analizado el acusado no registra antecedentes y con sujeción a las circunstancias que rodearon la comisión del delito, el diagnóstico no puede ser sino favorable a la concesión del subrogado porque no se requiere de la ejecución efectiva de la privación de la libertad para dinamizar los fines y funciones de la pena de prisión.

Para la Sala no existe necesidad de ejecutar la sanción privativa de la libertad impuesta contra el señor Henry Sarria Holguín, ya que al no estar vinculado con la administración de justicia desde el 1º de julio de 2011, no es necesario intimidarlo frente a posibles reincidencias, ni mantener a la sociedad segura mientras aquel cumple la pena, al no existir la posibilidad de que el condenado incurra en conductas similares.

Tampoco es necesaria la privación de la libertad del señor Henry Sarria Holguín, con el fin de activar en él, la conciencia de responsabilidad y los valores que hacen posible la vida en comunidad, como quiera que de sus antecedentes personales, familiares y sociales, no se advierte que sea una persona proclive al delito, ni que constituya un peligro para la sociedad.

Por lo anterior la Sala revocará parcialmente la sentencia en cuanto al aspecto impugnado, y por estar satisfechas las exigencias previstas en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, le otorgará la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión al señor Henry Sarria Holguín, por un periodo de prueba de dos años, en el que deberá observar las obligaciones señaladas en los artículos 65 y 66 de la misma obra, que serán garantizadas con caución prendaría por valor de \$100.000.00, la que deberá ser prestada una vez quede en firme ésta determinación.

Asimismo, en firme esta decisión, se cancelarán las órdenes de captura libradas para hacer efectiva la ejecución de la pena de prisión impuesta contra el señor Henry Sarria Holguín.

Sentencia de segunda instancia (2013-00011-01) del 5 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca parcialmente el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO – Es posible en la adición del escrito de acusación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 339, 375, 376 y 426.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 26587 del 21 de febrero de 2007 y 30043 del 4 de abril de 2009, ponencia de María del Rosario González Muñoz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En atención a que uno de los argumentos expuestos por el bloque defensivo está dirigido a lograr se inadmitan todos los elementos materiales probatorios relacionados en la adición del escrito de acusación presentado por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, sea lo primero expresar que el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 al indicar el trámite que se le debe imprimir al escrito de acusación, señala lo siguiente:

“Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.”

La lectura del artículo aludido permite constatar que en la audiencia de formulación de acusación todas las partes y el Ministerio Público tienen posibilidad de actuar en dirección a sanear el trámite del proceso y, por esa razón, pueden plantear causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones, proponer nulidades, y hacer observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

El legislador previó que la Fiscalía, al momento de elaborar el escrito de acusación, puede incurrir en errores, omisiones o ambigüedades, y que para no tener como fatales esas falencias, autorizó que podían ser remediadas o subsanadas por dicho órgano en la audiencia de formulación de acusación, a través de los mecanismos de corrección, adición y aclaración.

No se puede aceptar que si por alguna razón la Fiscalía omitió relacionar en el anexo del escrito de acusación elementos materiales probatorios que tenía en su poder, o que si antes de celebrarse la audiencia de formulación de acusación obtuvo otros, no pueda en el desarrollo de dicha audiencia publicarle a su oponente la existencia de

esos medios de convicción utilizando la figura legal de adición del escrito de acusación.

El argumento según el cual la Fiscalía no puede, *motu proprio*, corregir, adicionar o aclarar el escrito de acusación, desconoce expresa disposición legal contenida en el artículo 339 aludido, en el cual el legislador utilizó la frase “*si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337*”, expresión que reafirma nuestro aserto anterior según el cual el legislador previó que el escrito de acusación podía no ser completo y correcto, y que por ello consagró la posibilidad de que la Fiscalía pudiera, bien por propia voluntad o por petición de la otra parte o intervinientes, modificarlo en la audiencia de formulación de acusación para adicionarlo, aclararlo o corregirlo.

El Tribunal avizora razonable que el legislador previera esa forma eficaz de subsanar los errores u omisiones que un fiscal puede cometer al elaborar el escrito de acusación, dada las afugias de tiempo en que debe realizar esa actuación, so pena de ser investigado penal y disciplinariamente y de ser retirado del caso que adelanta, y ello sin considerar otros aspectos, tales como la complejidad de la investigación, el número de personas a acusar, la cantidad de elementos materiales probatorios a descubrir, etc.

De acuerdo con lo plasmado en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, los remedios procesales de corrección, adición y aclaración del escrito de acusación, no están sujetos a la condición que alega la defensa, o sea a que previamente a emplearlos, la defensa o el Ministerio Público le haya hecho observaciones, pues desconoce que la norma aludida es clara cuando establece qué partes e intervinientes pueden hacer observaciones al escrito de acusación, y de manera explícita dice que una de ellas es la Fiscalía.

No sería lógico que si la Fiscalía detecta errores, ambigüedades u omisiones en el escrito de acusación, no pueda subsanar, por su propia iniciativa, esas falencias, precisamente en la misma audiencia en que por mandato legal se le debe dar traslado a las demás partes e intervinientes de dicho escrito, que es precisamente en la de formulación de acusación.

Si es precisamente en la audiencia de formulación de acusación donde por primera vez la defensa e intervinientes se enteran de lo que la Fiscalía tiene en materia de elementos materiales probatorios, información y evidencias físicas, no es razonable expresar que en esa audiencia dicho órgano no pueda, *motu proprio*, adicionar el escrito de acusación para enterar a la defensa y otros intervinientes de otros elementos materiales probatorios, evidencia física o información en su poder que no publicitó en el escrito de acusación o que obtuvo después de haberlo presentado.

Es que si precisamente en la audiencia de formulación de acusación es que la defensa se debe enterar de todo lo que tiene su adversario en materia probatoria no solo en contra del procesado sino también de aquello que lo favorece, es inaceptable que se trate de impedir que en esa audiencia la Fiscalía cumpla a cabalidad esa obligación.

Aceptar los planteamientos de la parte impugnante implicaría autorizar que la Fiscalía puede, errada o torticeramente, ocultar a la defensa información, elementos materiales probatorios o evidencias físicas en su poder, y que por lo tanto prácticas

de ese tipo puedan hacer carrera en los procesos penales. Y lo que es peor, que precisamente en la audiencia de formulación de acusación, que es donde la defensa se entera qué elementos de convicción ha conseguido su contraparte –pues es en ese escenario donde de acuerdo a la ley se le debe hacer traslado del escrito de acusación- no se pueda permitir que la Fiscalía cumpla a cabalidad con su obligación referente a dicho descubrimiento.

En lo que respecta a la glosa de la defensa fundada en la pretensión de la Fiscalía de introducir al juicio oral documentos sin indicación de testigos de acreditación, la Sala confirmará la decisión del *a quo* de permitir la presentación en el juicio oral de los documentos que a continuación se relacionan, ya que al momento de la Fiscalía exponer sus solicitudes probatorias solicitó se escuchara a las personas que mencionó los habían suscrito....

(...)Si bien algunos de esos documentos se encuentran suscritos por varias personas, la Fiscalía sólo podrá utilizar como testigos de acreditación a quienes descubrió como las personas que los suscribieron y solicitó como testigos.

Se debe aclarar que los informes de los policías diferentes a experticias, por no constituir pruebas por sí solos, la admisión para que puedan ser presentados en el juicio oral se limita o condiciona a su potencialidad de poder ser usados para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Argumentó la defensa que los testimonios de los policías JOSE OVALLE PEÑARANDA, YOFER RIVAS MORENO, ARIEL ALBARRACIN BARON, MAURICIO ARBELAEZ USMA y CARLOS HERNANDEZ CAMAÑO dilatarán el proceso por ser repetitivos, toda vez que todos están encaminados a determinar el hallazgo, pesaje y ubicación de la de la sustancia estupefaciente incautada.

La Sala confirmará la admisión de dichos testimonios por lo siguiente...

De lo anterior se colige que cada uno de los testigos aludidos si bien pueden dar cuenta de circunstancias similares, cada uno desarrolló actividades diferentes, motivo por el cual de manera independiente pueden tener información de primera mano que los otros no tengan, lo que hace inconveniente descartar a cualquiera de ellos, máxime que podrían ocurrir eventualidades que le impidan a cualquiera acudir al juicio oral y si ello ocurriera con el que se escoja para que asista, la decisión de reducir su número se vería precipitada y equivocada.

La Sala revocará la admisión de los documentos que se relacionan a continuación porque cuando la Fiscalía hizo sus solicitudes probatorias no indicó qué personas los suscribieron o elaboraron, tampoco quienes serían los testigos de acreditación a través de los cuales se daría cumplimiento a lo señalado en el artículo 426 de la Ley 906 de 2004, referente a la autenticación e identificación; esos documentos son...

También se revocará la admisión de los documentos que se relacionan a continuación porque se constata que la Fiscalía al momento de efectuar las solicitudes probatorias no fundamentó su pertinencia, esos documentos son: i) inspección judicial a la empresa BEIERSDORT con sus anexos; ii) inspección judicial a la empresa MATITRANS y sus anexos; iii) inspección judicial a la empresa COAPAC y sus anexos; iv) inspección judicial a la empresa DATACONTROL y sus anexos; v)

inspección judicial a la empresa SOCIEDAD PORTURARIA DE BUENAVENTURA y sus anexos.

Auto de segunda instancia (AC-219-13) del 8 de julio de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: revoca parcialmente el auto apelado.

NULIDAD POR LA FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE EL SENTIDO DEL FALLO Y LA SENTENCIA – Al anunciar sentencia condenatoria por una conducta y luego decidir la absolución/ENTREVISTAS RENDIDAS POR EL JUICIO ORAL – Su evaluación probatoria solo es posible cuando ellas son usadas en el juzgamiento para impugnar la credibilidad y se permite someterlas a controversia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 347. 379, 381 y 438.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27336 del 17 de septiembre de 2007 y 31001 del 21 de octubre de 2009, con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La revisión de lo actuado permite constatar que si bien la titular del Juzgado Penal del Circuito de Sevilla al momento de anunciar el sentido de fallo manifestó que condenaría al acusado como autor de los dos delitos por los que la Fiscalía solicitó condena, se observa que lo absolvió por la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Esa decisión deja en evidencia indefendible error en lo que respecta a congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia.

Si la juez de primera instancia anunció que condenaría por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, pero luego consideró que debía absolver por dicha ilicitud, ha debido, antes de proferir sentencia, anular el sentido de fallo condenatorio que había emitido por esa conducta punible, pero como no procedió de esa manera, el sentido de fallo por el delito mencionado quedó condenatorio, pero el fallo fue absolutorio.

Ante tremendo dislate es pertinente expresar que el anuncio del sentido del fallo es un acto estructural del debido proceso, pues se integra de manera inescindible con la sentencia para formar con ésta un acto complejo.

Como consecuencia de lo expuesto se anulará parcialmente lo actuado desde el anuncio del sentido de fallo exclusive, respecto al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, razón por la cual se ordenará compulsar copias de lo actuado para que por separado se continúe adelantando lo que a esa específica conducta punible corresponde.

No obstante lo anterior se debe expresar que además del error cometido por la juez de instancia en lo referente a la congruencia entre sentido de fallo y sentencia, también se observa que la decisión de absolver por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas

de fuego o municiones, carece de fundamentación, pues para sustentar esa decisión la juez no dijo una sola palabra, no dio un argumento, no expresó una sola razón.

Ahora, como la nulidad que se habría declarado como consecuencia de la absoluta falta de motivación de la decisión absolutoria queda cobijada en la que corresponde a la incongruencia entre el sentido de fallo y la sentencia, no hay lugar a decretarla.

Afirma el impugnante que el testimonio del señor DUILMAN GIRALDO HERRERA no merece credibilidad porque existen contradicciones entre las entrevistas que dio a los policías VLADIMIR MINA y ROLANDO BECERRA, y el testimonio que rindió en el juicio oral; que en la entrevista del 13 de agosto de 2007 dijo que el sujeto que vio con una pistola en el lugar del crimen vestía chaqueta de colores café y negra, pero en la entrevista del 16 de agosto de 2007 dijo que ese sujeto vestía chaqueta de colores negro y habana, y en el juicio oral dijo que ese sujeto vestía chaqueta con las mangas de colores verde y habana; y que el señor DIULMAN GIRALDO HERRERA dijo en su primera entrevista que antes de los hechos no había visto al sujeto que acompañaba al que portaba la pistola, pero en el juicio oral afirmó que lo había visto en la finca El Paraíso.

Observa el Tribunal que las glosas aludidas se fundamentan en entrevistas del señor DIULMAN GIRALDO HERRERA, o sea en afirmaciones que hizo dicho testigo por fuera del juicio oral, las que no constituyen prueba porque no fueron usadas para impugnar credibilidad.

Para fundamentar el anterior aserto es necesario manifestar que en el artículo 379 de la Ley 906 de 2004 se consagra lo siguiente:

“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...”

Y en el 381 *ídem* se estipula que:

“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...”

Así las cosas, las afirmaciones que hacen las personas por fuera del juicio oral carecen de valor probatorio; las únicas excepciones a esa regla son la prueba anticipada y las que se admiten como pruebas de referencia cuando se dan las causales consagradas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, norma que en su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

El contenido de entrevistas, informes de investigadores, interrogatorios, declaraciones juradas recibidas por fuera del juicio oral, por regla general no constituyen pruebas, y la utilidad que puedan tener en el juicio está limitada a su potencialidad de ser usadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, en modo alguno como pruebas autónomas.

Sólo cuando las entrevistas, los informes de policías o investigadores, interrogatorios, declaraciones juradas, recibidas por fuera del juicio oral se usan para impugnar credibilidad, la parte pertinente se considera integrada al testimonio atacado, y sólo de esa manera dicho contenido se hace susceptible de valoración probatoria judicial.

Pertinente es dejar claro que las lecturas que hace el testigo cuando se le impugna credibilidad, o cuando se introduce prueba de referencia admisible, deben hacerse en voz alta, para que queden grabadas.

En cambio, cuando lo que se busca es refrescar memoria, el procedimiento de lectura debe ser sin voz por parte del testigo, luego de la cual procede el desarrollo del interrogatorio cruzado, y obviamente el juez cuando valore sus afirmaciones debe tener en cuenta la dificultad de rememorar que tiene el declarante.

Se observa que en el desarrollo del interrogatorio cruzado que se le hizo al señor DIULMAN GIRALDO HERRERA la defensa no le preguntó respecto de las contradicciones relacionadas con los colores de la chaqueta que usaba el sujeto de la pistola, tampoco de la supuesta contradicción relacionada con el sujeto que acompañaba al que portaba la pistola, y no le impugnó credibilidad con entrevistas o declaraciones juradas.

Es claro que la defensa pretende se acoja la información de las entrevistas como si fueran pruebas documentales autónomas, pretensión extraña al sistema acusatorio, en el cual no rige el principio de permanencia de la prueba.

Craso error cometió la Fiscalía al solicitar la lectura de ese tipo de actuaciones como si de prueba documental se tratara, pero mayor fue el error de la Juez de instancia al permitir que ello ocurriera.

Lo que constituye prueba es lo que el testigo responde en el juicio oral cuando las partes lo someten a interrogatorio cruzado.

En consecuencia, sólo cuando las manifestaciones que se hacen por fuera del juicio oral en entrevistas, declaraciones juradas, interrogatorios al indiciado, informes policivos, etc. se usan en el juicio oral para impugnar credibilidad y se permite la controversia, se integran al testimonio y se tornan pasibles de evaluación probatoria; y en casos excepcionales se permite tenerlas como prueba de referencia admisibles, pero con valor menguado para efectos de condena.

Como en el interrogatorio cruzado del señor DIULMAN GIRALDO HERRERA la defensa no utilizó para impugnar credibilidad la entrevista ni la declaración jurada que por fuera del juicio oral aquél dio, las mismas no accedieron de manera legal al material probatorio, por lo tanto no son pasibles de ser consideradas judicialmente

para confrontarlas con el testimonio de dicho señor con el fin de dilucidar si merece credibilidad.

Sentencia de segunda instancia (AC-219-13) del 9 de julio de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: anula parcialmente lo actuado desde el anuncio del sentido del fallo en relación con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones; confirma parcialmente la sentencia en relación con el delito de homicidio agravado.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA – Es viable en el caso de los hijos mayores de edad que prestan el servicio militar/EXENCIÓN DEL SERVICIO MILITAR POR RAZONES DE SALUD - Si el estado de salud dificulta la prestación del servicio militar, mas no justifica la desincorporación, el conscripto puede cumplir con actividades administrativas, cívicas o académicas acordes con su patología/SERVICIO MILITAR – Los bachilleres no pueden ser incorporados como soldados regulares.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 48 de 1993, artículos 10, 14, 27 y 28; Decreto 2591 de 1991, artículo 10.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-250 de 1993, T-218 de 2010, T-372 de 2010, C-291 de 2011.

TESISS DE LA DECISIÓN:

En orden a resolver la alzada la Sala abordará el análisis de los siguientes temas: (i) la figura de la agencia oficiosa cuando se trata de personas que prestan servicio militar; (ii) exención del servicio militar por enfermedad; y iii) prestación del servicio militar en la modalidad de bachiller o soldado regular.

La Constitución Política en su artículo 86 dispone:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” (Resaltado fuera del texto original).

El Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10º establece:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Resaltado fuera del texto original).

La lectura de los textos transcritos permite colegir que la acción de tutela no necesariamente debe incoarla el titular legítimo del derecho que se considera vulnerado, sino que también puede ser solicitada por quien no lo es.

En la Sentencia C-291 de 2011 la Corte Constitucional concluyó:

“En conclusión, es a todas luces legítimo por parte de un padre o madre, agenciar los derechos de su hijo que se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, sin importar incluso que estos tengan la mayoría de edad, pues como se señaló, al acuartelamiento comporta una limitación material para que la persona pueda ejercer sus derechos en forma personal, esto es, presentar la acción de tutela.” (Negrilla fuera del original).

Como consecuencia de lo expuesto se acepta que en este caso el señor MARIO DE JESUS RIVERA CARDONA actuara como agente oficioso de su hijo MARIO DE JESUS RIVERA CARDONA.

El accionante pretende se ordene al Ejército Nacional proceda a desincorporar del servicio militar a su hijo MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ, argumentando que desde el año 2010 padece OSTEOCONDRIITIS, enfermedad que consiste en inflamación a nivel del tórax que causa entre mareos y dificultad para respirar, otras cosas.

Quedó acreditado que desde el 12 de mayo de 2011 el joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ fue valorado en el Hospital San José de Buga porque presentaba dolor torácico, y que se le diagnosticó OSTEOCONDRIITIS; que el 5 de diciembre de 2011, 13 de abril y 13 de septiembre de 2012 consultó por los mismos síntomas, y que en la última fecha citada el Dr. JERRY F. RODRIGUEZ R. indicó que presentaba OSTEOCONDRIITIS SEVERA y que requería *“reposo, analgésicos, evitar esfuerzos físicos, estrés, coger disgustos...”*.

De otro lado, en virtud a solicitud efectuada por la Sala, el Dr. JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO –Profesional Universitario Forense- del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Buga mediante informe técnico del 5 de julio de 2013 conceptuó que:

“La Osteocondritis cóndor costal o síndrome de Tietze hace referencia como lo menciona en la discusión el accionante a un proceso inflamatorio doloroso de la articulación entre el cartílago que une esternón con los arcos costales; estas uniones (condroesternales y condrocostal) al inflamarse producen dolor al ser tocadas o a su movilización; es por ello que hasta con la respiración el paciente se queja de dolor; dicha patología produce entonces dolor en la reja costal preferiblemente en el lado izquierdo entre la 2 y 5 unión condrocostal; dicho dolor puede llegar a ser incapacitante pero su duración es limitada entre 8 y 15 días. –Otro dato

importante es que el origen de dicha patología es un tanto incierto pues se argumentan procesos de estrés severo; agotamiento muscular por sobre uso; e incluso han planteado etiologías de origen viral; también la ha asociado a enfermedades inflamatorias crónicas que incluyen entre otras a la artritis; cede con el uso de antiinflamatorios. Al revisar las historias clínicas aportadas se observa que el cuadro de este joven se presenta en el mes de mayo y en el mes de septiembre y no hay más anotaciones que indique la cronicidad de la patología. En conclusión: la Osteocondritis condrocostal o enfermedad de Tietze es una patología de origen inflamatorio, dolorosa con una duración por episodio entre 8 y 15 días; que cede adecuadamente con el manejo de antiinflamatorios adecuado; produce una limitación para actividad física (incapacidad temporal) pues duele con los movimientos del pecho en la respiración y con los movimientos de ambos brazos; dicha limitación también es temporal y es menor a la duración del episodio, cada episodio por ceder al manejo antiinflamatorio puede ser manejado en el dispensario médico de sanidad militar; según la información aportada su último episodio (que al parecer fue su segundo episodio) fue en septiembre de 2012 es decir hace 9 meses lo que no se considera como impedimento para desarrollar las actividades propias del servicio militar obligatorio”. (Negrillas del Tribunal).

Al joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ, previo a su incorporación al servicio militar, le fueron practicados los exámenes respectivos por los profesionales de la salud de las fuerzas militares, determinándose que era apto para el servicio militar, lo que demuestra que la aludida patología no se encontraba presente al momento de la realización de los exámenes.

De lo anterior se puede concluir que la petición de desacuartelamiento del joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ no es procedente, pues si bien padece OSTOCONDritis, la misma no es impedimento para ejercer las actividades propias del servicio militar obligatorio, tal como se afirma en el informe de medicina legal.

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la afección que presenta el mencionado joven de manera intermitente, lo pone en situación de desigualdad, pues es evidente que si bien su estado de salud no lo limita para cumplir con su deber constitucional de prestar el servicio militar, no es menos cierto que los episodios de COSTOCONDritis hacen que su esfuerzo sea mayor para el cumplimiento del mismo, tal como se puede observar del último evento presentado, de acuerdo a lo manifestado por el accionante mediante escrito del 3 de julio de 2013, a través de la Procuraduría Municipal de Restrepo, el que no fue controvertido por la entidad demandada, según el cual el joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ “*el pasado lunes festivo en horas de la tarde en la Base militar del municipio de Villagarzón Putumayo, lo pusieron a realizar una actividad física de trote junto con los demás bachilleres que prestan el servicio militar, y al cabo de unos minutos presentó malestar y sudoración en su pecho, a lo que lo retiraron del grupo y llegando al alojamiento se desmayó*”.

Por lo anterior, se ordenará a la Base Militar de Villagarzón Putumayo que concrete el servicio militar del joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ en actividades administrativas, cívicas o académicas acorde con su estado de salud, pues tal como se indicó en la jurisprudencia atrás reseñada dichas actividades no son incompatibles con las funciones del servicio militar.

Afirmó el accionante que su hijo no obstante haberse graduado como bachiller fue incorporado como soldado regular, lo que implica que la duración del servicio militar no sea de 12 meses sino de 18 a 24 meses.

Respecto a la modalidad en que fuera incorporado al servicio militar obligatorio el joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ solo se cuenta con la afirmación del accionante, toda vez que las entidades militares accionadas no se pronunciaron sobre los hechos de la demanda de tutela, no obstante lo anterior y conforme a la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 se tendrá como cierto que dicha incorporación se efectuó en la modalidad de soldado regular.

En el presente caso se tiene que el joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ obtuvo título de bachiller otorgado por la Institución educativa Teodoro Múnera Hincapié de Restrepo Valle el 7 de diciembre de 2012; que el 19 de diciembre del mismo año la Personería Municipal de Restrepo Valle solicitó al Distrito Militar No. 19 de Buga resolviera su situación militar, para lo cual anexó, entre otros documentos, copia de su diploma de bachiller de la Institución Teodoro Múnera Hincapié; que el 14 de junio de 2013 dicho joven fue incorporado al servicio militar en la Base Militar del Municipio de Villagarzón del Departamento del Putumayo en la modalidad de soldado regular, según lo manifestado por el accionante.

La normatividad patria exige que todo hombre colombiano debe definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y en el caso de los estudiantes una vez obtengan el título de bachilleres.

El parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 43 de 1998 señala que los estudiantes de último año de secundaria deben ser inscritos a través del establecimiento educativo en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, es decir que la obligación de inscripción recae en los centros educativos la cual no se puede trasladar a los estudiantes.

En el caso bajo estudio se concluye que el Distrito Militar No. 19 de Buga decidió incorporar al aludido joven en la modalidad de soldado regular, no obstante este acreditar previamente su condición de bachiller.

De lo anterior se concluye que la Unidad de Reclutamiento del Ejército Nacional, vulneró el derecho al debido proceso administrativo del precitado joven, toda vez que no obstante haberse acreditado su calidad de bachiller previamente a su incorporación fue reclutado en la modalidad de soldado regular, modalidad en la cual debería prestar el servicio militar obligatorio en un periodo de 18 a 24 meses, el cual es mayor al establecido para los soldados bachilleres pues estos últimos solo deberán cumplir con un periodo de 12 meses.

Así las cosas se ordenará a la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional que adelante el trámite necesario dirigido a establecer que la incorporación al servicio militar del joven MARIO FERNANDO RIVERA DIAZ es en la modalidad de soldado bachiller.

Sentencia de tutela de primera instancia (2013-00172-01) del 9 de julio de 2013, con ponencia del Dr. José Jaime Valencia Castro. Decisión: tutela los derechos a la salud y al debido proceso.

CAMBIO DE RADICACIÓN – Protección de la seguridad e integridad personal de los testigos e intervinientes en el proceso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 46.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 26119 del 10 de octubre de 2006, ponencia del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón y 32543 del 7 de octubre de 2009, ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala es competente para resolver la solicitud de cambio de radicación, de conformidad con lo consagrado en el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

El artículo 46 de la citada ley, establece que: “El cambio de radicación podrá disponerse excepcionalmente cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas, o de los servidores públicos.”

En el presente caso, el Ministerio Público coadyuvado por la fiscalía y el apoderado de las víctimas, invoca como justificación de su pretensión el peligro para la seguridad o integridad de los testigos, partes e intervinientes, al igual que de los funcionarios encargados de darle trámite al proceso seguido contra el señor Héctor Fabio Gómez Ramírez, debido a las amenazas propinadas contra testigos de fiscalía y defensa y contra el defensor del acusado, lo que ha generado que el juicio no se lleve a cabo con las garantías necesarias.

Como prueba de las referidas amenazas, se allegó el oficio No. 50000-27-0051-f-33 del 28 de enero de 2008, en el que el Fiscal Treinta y Tres Seccional de Cartago solicitó la inclusión de la señores Sandra Patricia Pérez Tabares en el Programa de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, en consideración a que estaba siendo víctima de amenazas en las que le referían que no se presentara a las audiencias y en una ocasión el Comandante de la Estación de Policía de La Tulía la visitó en su residencia tratando de obtener información acerca del homicidio del señor Carlos Andrés Pérez Tabares, sabiendo que el asunto estaba en manos de la SIJIN de Roldanillo.

Asimismo, se indicó que la testigo recibió llamadas telefónicas en la que se le indicó que tenían en su poder la entrevista que rindió ante la SIJIN, la que posteriormente le hicieron llegar junto con la rendida por la joven Laura Maritza Tabares Gómez, lo que indica que en el presente caso se ha filtrado la información, vulnerándose la reserva sumarial.

De igual forma, se allegó el oficio adiado el 26 de junio de 2013, en el que el doctor Jaime Ángel Ramírez defensor del señor Héctor Fabio Gómez Ramírez, informó al Juez Penal del Circuito de Roldanillo, que en esa fecha, mientras esperaba el inicio de la audiencia de juicio oral, fue abordado dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, quienes luego de preguntarle si él era el abogado de alias “Varilla”, le advirtieron que *“el patrón manda a decir que si usted sigue en ese caso no va a salir de este pueblo hoy”*, habiéndose afirmado igualmente que el señor Orelly Soto, también fue amenazado, para que no declarara en este asunto.

Los anteriores documentos constituyen medios de convicción con los cuales se acredita la existencia de un posible peligro para seguridad e integridad personal de los testigos e intervinientes en el proceso seguido contra el señor Héctor Fabio Gómez Ramírez, encontrándose acreditado con suficiencia que existen circunstancias anormales que van en perjuicio de algunos testigos, partes y servidores públicos vinculados al presente proceso, pues tanto testigos de la defensa como de la fiscalía e incluso el mismo defensor del acusado, han sido amenazados para que no actúen en el presente asunto.

Hay evidencia del riesgo que corren los demás testigos de la fiscalía en caso de que el juicio oral se lleve a cabo en la ciudad de Roldanillo, por lo que estos podrían negarse a declarar en el mismo, afectándose de igual forma la administración de justicia.

En el presente caso, las amenazas que se han registrado contra dos testigos y el defensor del acusado, son circunstancias que afectan el cabal desempeño de la administración de justicia y ponen en peligro el interés público, por lo que se accederá a la petición del Ministerio Público, y se ordenará radicar el proceso en uno de los Juzgados Penales del Circuito de Buga, para que se continúe con el desarrollo del juicio oral.

De otro lado, se tiene que conforme a lo consignado en el escrito de acusación, el 7 de diciembre de de 2009 se hizo efectiva la captura del señor Héctor Fabio Gómez Brand, quien fue dejado a disposición de la Fiscalía Cuarta Especializada de Buga, funcionaria que ante un juez de control de garantías, le formuló imputación por las conductas punibles de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, cargo que no fue aceptado por él, habiendo retirado la solicitud de medida de aseguramiento, por lo que de inmediato fue dejado en libertad.

Llama la atención de la Sala que la fiscalía hubiera retirado la solicitud de medida de aseguramiento contra el procesado, a pesar de contar con las versiones de las señoras Sandra Patricia Pérez Tabares y Laura Maritza Tabares, testigos presenciales de los hechos, quienes fueron claras en señalar que momentos antes de ocurrir el homicidio, estuvieron en una discoteca llamada *“La Terraza”* y que cuando salieron tuvieron un problema con un individuo conocido como *“Saltarin”*, de nombre Héctor Fabio Gómez Ramírez, por lo que se llevaron a su consanguíneo por la vía que conduce a la Aldana tratando de despistar al precitado, pero que fueron perseguidos por el agresor en una camioneta Toyota y en otro vehículo conducido por Alejandro Fajardo Preciado, quien fue trabajador del primero de los referidos y que al ser alcanzados, alias *“Saltarin”*, golpeó en dos ocasiones a

Carlos Andrés Pérez Tabares, quien cayó al piso en donde fue herido con varios disparos.

De la anterior narración no se extractaba de ninguna manera la configuración de una legítima defensa, que al parecer fue el argumento para que la fiscalía retirara la solicitud de imposición de medida de aseguramiento contra Héctor Fabio Gómez Ramírez.

Asimismo, en el oficio No. 50000-27-0051-f-33 del 28 de enero de 2008, se indicó que la señora Sandra Patricia Pérez Tabares, recibió llamada telefónica en la que le indicaban que tenían copia de la entrevista que había rendido ante la SIJIN, la que posteriormente le hicieron llegar junto con la entrevista dada por la ciudadana Laura Maritza Tabares Gómez, lo que indica que al parecer se ha filtrado la investigación, vulnerándose la reserva sumarial.

Por lo anterior, la Sala compulsará copias del escrito de acusación y del oficio No. 50000-27-0051-f-33 del 28 de enero de 2008, con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que se investigue si la omisión en la que incurrió la Fiscal Cuarta Especializada de Buga es constitutiva de alguna conducta punible o falta disciplinaria y se determine el responsable de que la información dada por los testigos presenciales de los hechos se hubiera filtrado, en perjuicio de la reserva sumarial.

Auto de segunda instancia (2008-00002-03) del 11 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: dispone el cambio de radicación del proceso.

SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN POR PRISIÓN DOMICILIARIA – No es posible otorgarla sin considerar la gravedad de la conducta y el interés superior del menor.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 750 de 2002.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30872 de 2008, 31381 de 2009 y 35943 del 22 de junio de 2011; Corte Constitucional, sentencias SU. 388 de 2005 y C-154 de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico central planteado por la censura obedece a los siguientes interrogantes: ¿es factible sustituir la prisión intramural por domiciliaria sin tener en cuenta la gravedad de la conducta y el interés superior de los niños?

En referencia al tema objeto de disenso, la Sala se referirá en primer orden a la situación de CAROLINA ORTÍZ HENAO, que de acuerdo a lo dicho por el A quo cumple con los requisitos de la Ley 750 de 2002, que estableció la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en el domicilio del hombre o mujer cabeza de

familia, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos fijados en su artículo primero, los cuales se circunscriben: *“al desempeño personal, laboral, familiar o social permitan determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente, que no se trate de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro y desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o políticos”*.

Aplicada tal regla al caso específico, se tiene que, la procesada incurrió en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes porque se le incautó trescientos treinta punto nueve (330.9) gramos de cocaína y aceptó haber llevado consigo el estupefaciente para ingresarlo a un establecimiento carcelario, actividad criminal que realizaba sin importarle la suerte de sus hijas.

Por consiguiente, necesariamente, las niñas en ese ambiente familiar se hallan desprotegidas por parte de su progenitora, situación extrema para los niñas que no se soluciona permitiendo que la condenada continúe su actividad criminal desde su casa y, al contrario, resulta imperioso que sea el Estado a través del I.C.B.F., la entidad que asuma la custodia y cuidado personal de las niñas de manera inmediata en aras a preservar su integridad física y psíquica (interés superior del menor).

Es más, se advierte que dado el comportamiento criminal desplegado por la condenada, la interacción y convivencia con sus hijas es inconveniente, lesiva y peligrosa para sus vástagos, porque lastimosamente ella no constituye un paradigma digno de emular para sus niñas; por al contrario, su actividad criminal se erige en un grave y lesivo ejemplo para su progenie.

Resulta claro que el análisis para conceder la sustitutiva en comento, debe soportarse en el examen de los requisitos que consagra la precitada norma y que no fueron acreditados, particularmente, lo referido al *desempeño personal, laboral, familiar o social permitan determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente*, situación particular que en el caso en concreto no fue analizado por el fallador de instancia que se dedicó a forjar una crítica carente de fundamentos jurídicos y desconocedora de los criterios axiológicos que orientan la sustitutiva.

De esta forma el derrotero a seguir, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, se concentra en establecer la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, teniendo siempre en cuenta que el norte se supedita al interés superior del niña (o), de allí que debe especificarse la concreta situación de los niños, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.

En suma, no es suficiente con demostrar la calidad de padre o madre cabeza de familia, sino también, resulta necesario estudiar la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal a quien resalta su calidad de cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral de los niños (as) (interés superior del menor), determinando si del comportamiento desplegado se puede deducir que es un peligro para la integridad física o moral del propio menor.

En el presente caso, encuentra la Sala, como ya se analizó al principio, que las menores hijas de CAROLINA ORTÍZ HENAO no se encuentran desprotegidos como lo alega el recurrente, pues tienen la protección del Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad especializada para salvaguardar los derechos de los menores en estado de abandono o desprotección y a quienes en este caso les corresponde definir la suerte de las niñas en razón a que su progenitora no ha demostrado ser una ciudadana capaz de orientar su comportamiento a través de los criterios básicos de la vida en sociedad, pues no le importó dejar a sus hijas solas, para dedicarse a llevar consigo sustancia estupefaciente en las circunstancias que refieren los registros.

Además, al analizar la conducta por la cual se condenó a CAROLINA ORTÍZ HENAO –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes- consagrada en el artículo 376 del Código Penal, encuentra la Sala que la interacción y convivencia con sus hijas pondría en riesgo el interés superior de ellas, como quiera que su comportamiento estuvo dirigido a conculcar el bien jurídico “*seguridad pública*”, con la comercialización o ingreso de estupefacientes al interior del Establecimiento Penitenciario y Carcelario, comportamiento delictual que afecta ostensiblemente al núcleo esencial de la sociedad: la familia.

En otras palabras, no se puede predicar que CAROLINA ORTÍZ HENAO constituya un ejemplo a seguir para sus hijas y, mucho menos, que al querer procurarles su sustento y satisfacer sus necesidades, lo realizase a través de la actividad criminal, la cual, por antonomasia conlleva la generación de daños en la salud de otros y, aún así, se pregone que la integridad física y moral de las niñas permanece intacta, no obstante que: *“a sabiendas de la responsabilidad que como padre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delinencial, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos.*

De esta manera, no puede predicarse, en el caso en concreto, una compatibilidad entre el interés superior de las niñas y la conducta punible desplegada por la procesada circunstancia, que no fue justipreciada por el A quo para declarar la improcedencia de la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria y, por ende, la revocatoria del numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida se impone como un imperativo insoslayable.

Adicionalmente, predicar que la procesada fue víctima de una organización criminal y, que era la primera vez que delinquía, es una apreciación hipotética y subjetiva que no tiene ningún soporte probático, máxime, que en Colombia no existe el derecho a delinquir por primera vez, pues, desde el aspecto subjetivo de la conducta punible, el conocimiento y querer se expresan al mundo fenomenológico alterando los bienes jurídicos que la ley penal protege.

Las anteriores elucubraciones impiden confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Palmira Valle del Cauca, en consecuencia, se revocará parcialmente la misma y se ordenará que la sentenciada purgue su pena intramuralmente, para lo cual se expedirá la respectiva boleta de encarcelación a efectos de que la sentenciada sea recluida en el establecimiento penitenciario y carcelario que para el efecto defina el INPEC.

Así mismo, se oficiará de manera inmediata y con carácter de urgente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF para que tome las medidas administrativas y legales que sean necesarias para salvaguardar los derechos de las niñas hijas de CAROLINA ORTÍZ HENAO, quienes podrían encontrarse desprotegidas conforme a lo visto en las presentes diligencias.

Sentencia de segunda instancia (2012-00041-01) del 16 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

REGISTRO Y ALLANAMIENTO – No es cierto que las informaciones de fuentes no formales no constituyen motivo fundado para ordenar su práctica/ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO – No puede confundirse con la orden de captura, ni exigir, para su validez, que cumpla con los requisitos establecidos para esta/CONSERVACIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES – Responsabilidad penal de los moradores transitorios del inmueble.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 219, 220, 221 y 381.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 23327 del 9 de noviembre de 2006, ponencia de la magistrada Marina Pulido de Barón y 28432 del 5 de diciembre de 2007, ponencia de la magistrada María Rosario González Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Considera la Sala que no le asiste razón al juez de primera instancia, al afirmar que la diligencia de registro y allanamiento al inmueble ubicado en la calle 42 No. 4-15 Barrio Campestre de Palmira, esté viciada y que por tanto los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada deba ser excluida, por no haberse basado en motivos razonablemente fundados, ya que a criterio de la Corporación en el informe de policía judicial, esos motivos quedaron demostrados y prueba de ello es que en el referido bien, efectivamente se encontró sustancia estupefaciente, en cantidad que excedió notoriamente la dosis personal.

Tampoco es cierto que las informaciones de fuentes no formales no constituyan motivo fundado para ordenar una diligencia de registro y allanamiento, menos en casos como éste, en el que los datos suministrados por un ciudadano cuya identidad fue reservada para proteger su vida e integridad física, fue confirmada por personal de la Unidad Básica de Investigación Criminal de Palmira, quienes se desplazaron hasta el lugar, confirmando la existencia del inmueble y la presencia de sujetos con actitud sospechosa, situaciones que conllevaron a solicitar la orden de registro y allanamiento, en la que efectivamente se encontró sustancia estupefaciente.

Así las cosas, se puede concluir que los motivos razonablemente fundados que se tuvieron en cuenta para expedir la orden de registro y allanamiento, fueron la información suministrada por un ciudadano y la constatación que hicieron los uniformados respecto de la existencia del inmueble y de actividades sospechosas en el mismo, cuyos resultados fueron consignados en un informe que sirvió de sustentó para ordenar la realización de la diligencia, sin que sea cierto que para acceder a ello, sea necesario que el informe de policía judicial esté respaldado de algún medio de prueba, como un testimonio, documento o dictamen pericial.

En conclusión, los elementos materiales probatorios y evidencia física encontrada en desarrollo de la diligencia de registro y allanamiento, no podían ser excluidos del material probatorio practicado e introducido en el juicio oral, ya que para su práctica, se cumplieron los presupuestos señalados en la Ley 906 de 2004, como quiera que al existir motivos razonablemente fundados que permitían concluir que en el inmueble ubicado en la calle 42 No. 4-15 Barrio Campestre de Palmira se estaba cometiendo un delito, se emitió la respectiva orden, con fundamento en el informe de policía judicial suscrito por el Patrullero Luis Alberto Rodríguez Hernández, de conformidad con lo consagrado en el artículo 221 de la citada ley, sin que sea posible predicar la ilegalidad de la sustancia incautada.

El juez de primera instancia, además de no poder valorar lo elementos materiales probatorios y evidencia física encontrada en desarrollo del registro y allanamiento por considerarlos ilegales, criticó que sí el objetivo de la diligencia era capturar a alias “*Tiny*”, ello no se hubiera cumplido a pesar que éste se encontrara en el inmueble y por el contrario se incriminara a las señoras Paola Stephania Gutiérrez Garcés y Marisol Usa Martínez, sólo por estar en ese momento en la residencia del precitado.

De acuerdo con lo consagrado en los artículos 219 y siguientes de la Ley 906 de 2004, la diligencia de registro y allanamiento tiene básicamente dos fines esenciales de carácter alternativo pero no excluyente. El primero es encontrar elementos materiales probatorios para demostrar la comisión de un ilícito; el segundo, dar captura al indiciado, imputado o condenado por una infracción a la ley penal.

Ambas hipótesis pueden coincidir como fin de la diligencia, pero ello no descarta que obtenida para uno solo de esos fines pueda obtenerse el otro resultado, esto es, que proferida para dar captura a una persona además se incauten elementos de prueba relacionados con el delito o que, buscando éstos, además se logre aprehender en flagrancia al sujeto de la ilicitud, siendo aplicable en esas condiciones el contenido del artículo 229 ibídem, según el cual: “*En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado*”.

Obvio que en el primer caso el allanamiento y registro deberá además acompañarse la orden de captura previamente expedida por Juez de Control de Garantías en donde su destinatario esté plenamente identificado o individualizado. Si la misma ley consagra el supuesto de que puede ordenarse el allanamiento contra el que transitoriamente se encontrare en el inmueble a registrar previos motivos razonablemente fundados, carece de la fuerza persuasiva que le imprimió el fallo apelado esa situación.

De ahí que el primer dislate encontrado por la Sala a la decisión de instancia es confundir entre una orden de captura y la de allanamiento y registro, pues terminó interpretando exigencias de la primera como presupuesto de la segunda, olvidando que si en el curso de su materialización del allanamiento se tiene conocimiento del desarrollo de conductas penales y otros autores o partícipes de ellas, nada impide su judicialización pues los artículos 229 y 301 regulan esos eventos a través de la figura de la flagrancia.

En el presente asunto, la orden de registro y allanamiento no se dirigió con el fin de capturar a una persona determinada, a pesar de tener datos del presunto autor de la conducta punible presuntamente cometida en el inmueble, sino con el objetivo de obtener elementos materiales probatorios relacionados con el tráfico de estupefacientes, lo que efectivamente ocurrió, ya que de acuerdo a lo consignado en el Informe de Registro y allanamiento –FPJ-19- suscrito por los servidores de Policía Judicial que efectuaron la diligencia, en el inmueble se encontraron *“cuatro bolsas plásticas transparentes que contienen cada una 30 bolsas plásticas transparentes pequeñas contentivas cada una sustancia pulverulenta de color beige y olor penetrante de similares características al bazuco para un total de 120 bolsas.”*.

Asimismo, en la audiencia de juicio oral, el Subintendente de la Policía Nacional Luis Alberto Rodríguez Hernández indicó que en el inmueble registrado, se había hallado gran cantidad de bolsas plásticas transparentes, del mismo tamaño a las ya empacadas, objetos que suelen usarse en el microtráfico de estupefacientes.

Por ello, aunque se aceptara que el origen de la orden, esto es, los motivos fundados, señalaran a otra persona como partícipe principal de esa conducta — Víctor Manuel Sinisterra Cuero o alias *“Tiny”*— nada impedía judicializar a quienes en desarrollo de la diligencia fueran sorprendidos cometiendo el mismo reato, pues claramente entraban en los supuestos de los 229 y 301 que regulan la flagrancia.

Otro argumento expuesto por el a-quo para absolver a las ciudadanas Marisol Usa Martínez y Paola Stephania Gutiérrez Garcés fue que en su criterio, los testimonios de los policías que realizaron la diligencia de registro y allanamiento, permitían concluir que contra las ciudadanas Paola Stephania Gutiérrez Garcés y Marisol Usma Martínez, no se había encontrado ningún elemento que las incriminara, ya que lo único que se dijo era que la primera vivía con el hermano de alias *“Tiny”*, en un inquilinato junto con su menor hijo, que se encontraba terminando estudios de bachillerato en la Institución Educativa Cárdenas Centro y que en ocasiones laboraba en un almacén vendiendo ropa.

En esa medida el punto de disenso se cierne sobre el segundo presupuesto para emitir sentencia de condena, como es la responsabilidad penal de las acusadas, esto es, su participación en el delito, pues es evidente por el recaudo probatorio que la tipicidad se configura y no fue objeto de discusión o censura por las partes.

Es así porque dentro del plenario quedó plenamente establecido con prueba testimonial, pericial y documental, que en la residencia ubicada en calle 42 No. 4-15 Barrio Campestre de Palmira, se hallaron *“cuatro bolsas plásticas transparentes que contienen cada una 30 bolsas plásticas transparentes pequeñas contentivas*

cada una sustancia pulverulenta de color beige y olor penetrante de similares características al bazuco para un total de 120 bolsas.”, con peso bruto de 141.1 gramos y peso neto de 119 gramos, cuyo examen científico dio positivo para cocaína y sus derivados, lista para ser comercializada por su presentación y empaque.

Sea lo primero establecer conforme a la acusación formulada por la fiscalía, que a las ciudadanas Marisol Usa Martínez y Stephania Gutiérrez Garcés, se les acusó como coautoras de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el verbo rector de “conservar”, acción por la cual fueron convocadas a juicio, siendo pertinente establecer que la definición de este vocablo da cuenta de un comportamiento consistente en mantener algo o cuidar de su permanencia.

A criterio de la Sala, es pertinente establecer ¿sí las ciudadanas Paola Stephanía Gutiérrez Garcés y Marisol Usa Martínez eran moradoras transitorias del inmueble, deben responder por “conservar” sustancia estupefaciente, al ser dejadas en el sitio por el dueño del alucinógeno?

Para la Sala, la respuesta es positiva, porque el dominio del hecho para ese momento en la acción de conservar que no es otra que mantener, cuidar, procurar que no se pierda ni se altere una cosa, la tiene el “morador transitorio” ante la ausencia del residente o el dueño de la mercancía. Ya no se trata simplemente de la omisión de denunciar el tráfico de estupefacientes que sería el caso donde el propietario de los 119 gramos de cocaína y sus derivados allí se encontrara al momento del registro.

Pero si alias “Tiny”, de quien siempre se conoció peyorativamente era “quien se dedicaba al expendio de esas sustancias” no estaba y Paola Stephanía Gutiérrez Garcés y Marisol Usa Martínez quedaron al cuidado de la droga psicotrópica por quedar en el inmueble aceptando tácitamente tal delegación, asumió entonces el dominio del hecho de guardar, custodiar, proteger, es decir “conservar” el estupefaciente que aquél destinaba para el expendio. En otras palabras, era de su resorte mantener dicha “mercancía” o entregarla a las autoridades como correspondía al ser consciente de la ilicitud referida, máxime, que tal como lo afirmaron los policías, la sustancia estaba a simple vista y no almacenada en un lugar oculto de la residencia.

Dicho conocimiento por parte de las acusadas de la existencia en ese inmueble de la sustancia estupefaciente deviene de:

(i) la aceptación de conocer a Víctor Manuel Sinisterra Cuero; la señora Marisol Usa Martínez por ser su compañera sentimental, quien incluso estaba en la habitación donde en una mesa y un tocador fue encontrado el alucinógeno y Paola Stephanía Gutiérrez Garcés, al admitir ante los uniformados que residía en la otra habitación con el hermano de alias “Tiny” y su menor hijo, sin que se pueda dejar de lado que cuando se inició la diligencia de registro y allanamiento fue vista con unas sabanas en la mano y al advertir la presencia de los policías, intentó cerrar la puerta de ingreso a la vivienda.

(ii) de ser conocido en el sector, ese inmueble y su morador como sitio de expendio de alucinógenos; pues así lo informó la ciudadanía a la policía, por eso se solicitó el allanamiento y efectivamente se confirmó con el hallazgo del bazuco empacado en forma idónea para el expendio, así como de una “gramera” instrumento necesario para tal propósito, una licuadora impregnada del alucinógeno, gran cantidad de boldas plásticas transparentes del mismo tamaño de las ya empacadas, velas y tijeras utilizadas para sellar las bolas.

(iii) de la confianza del propietario del objeto material del ilícito, en las personas a cuyo cuidado iba a quedar el mismo, pues nadie va a exponerse a que lo delaten o a que se pierda su “mercancía”, fuente de buena parte de sus ingresos.

En consecuencia, las acusadas deberán responder como coautoras responsables del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por el verbo rector “conservar”, en razón a que esa modalidad de la conducta corresponde sin asomo de duda.

En atención a lo citado, se puede afirmar que “conservar” consiste en ejercer actos de dominio y medidas de seguridad en orden a la protección del alcaloide, entendiendo además que lo hace sobre sustancias destinada a comercializarse. Agreguemos que en tal caso no sería requisito *sine qua non* la presencia física del imputado en la misma habitación del hallazgo sino la correlación de elementos de juicio conjugables para inferir esa concordancia entre sus actos de vigilancia para el objeto ilícito y derivar de ello el estado de flagrancia como ocurrió en este asunto.

No se puede dejar de lado, que tal como lo afirmaron los uniformados que realizaron la diligencia de registro y allanamiento, la sustancia estupefaciente fue hallada en lugar visible de la residencia, al igual que los demás objetos utilizados para su empaque, además del fuerte olor característico del alucinógeno, siendo inverosímil, que las ciudadanas Marisol Usa Martínez y Stephanía Gutiérrez Garcés, desconocieran la existencia del mismo.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia absolutoria y en su lugar se emitirá fallo condenatorio en contra de las señoras Paola Stephanía Gutiérrez Garcés y Marisol Usa Martínez, como coautoras responsables del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el verbo rector “conservar”, conforme al Art. 376, inciso tercero, del Código Penal.

Sentencia de segunda instancia (2012-00753-01) del 17 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Es posible condenar por lesiones personales dolosas aunque la imputación y la acusación hayan señalado la responsabilidad por homicidio agravado en grado de tentativa/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – El delito de menor entidad se determina, no por la pena mayor en abstracto, sino por la sanción dosificada en concreto.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 381 y 448; Código Penal, artículos 38, 61, numeral tercero, 111, 113, inciso segundo, y 104, numeral décimo.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 351789 del 7 de abril de 2011, ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero, 32685 del 16 de marzo de 2011, ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero, 32650 del 27 de junio de 2012, ponencia de José Leonidas Bustos Martínez, 38359 del 19 de febrero de 2013, ponencia de Javier Zapata Ortiz, 35361 del 2 de noviembre de 2011, ponencia de Luis Guillermo Salazar Otero, 31147 del 13 de mayo de 2009, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 29791 del 7 de octubre de 2009, ponencia de Javier Zapata Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto sometido a consideración de la Sala se debe examinar i) si en salvaguarda del principio de congruencia señalado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, es posible emitir condena por el delito de lesiones personales dolosas, a pesar que la imputación y acusación se hubieran presentado por la conducta punible de homicidio agravado en grado de tentativa, de ser así, ii) establecer si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para emitir condena contra el señor José Gildardo Román León.

El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 señala que: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”*

De acuerdo a lo anterior, es claro que debe existir consonancia entre los cargos imputados y aquellos por los cuales se profiere sentencia de condena. Así, lo reclama el artículo 448 de la Ley 906 de 2004. Con todo, nada impide que existiendo identidad de los hechos imputados y discernidos en el fallo, el juez pueda variar la calificación jurídica mientras no exista un desborde en el núcleo básico de la imputación, se trate de un delito del mismo género y sea más favorable a los intereses del inculpaado.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que al momento de presentarse los alegatos finales, el fiscal indicó que si bien es cierto, se demostró que el Patrullero Víctor Grajales fue víctima de un injusto penal en su humanidad, desplegado por el señor José Gildardo Román León, también lo es que, ante el debate llevado a cabo en el juicio y al escuchar al médico legista Efrén Noriega, quien practicó el examen médico legal, concluyendo que la lesión causada no fue fatal, ni se vio comprometida la vida del agredido, al no haber tocado arterias ni venas, solicitaba condena por la conducta punible de lesiones personales dolosas, artículos 111 e inciso segundo del 113 del Código Penal, con la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 10º del 104 del mismo estatuto, máxime, que se trata de un delito de menor entidad.

Las conductas punibles de homicidio agravado y lesiones personales dolosas, se encuentran consagradas en el Código Penal Libro II, Título I denominado Delitos

contra la Vida y la Integridad Personal, pudiendo afirmarse que se trata de injustos del mismo género, en razón a que en ambos protegen el mismo bien jurídico.

Ahora bien, para determinar sí el delito por el cual se pide condena es de menor entidad que el acusado, debe tenerse en cuenta no la pena mayor en abstracto para cada tipo penal analizado, sino la pena dosificada en concreto, entre otros aspectos, tal como lo tiene definido en materia de concursos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia...

De lo expuesto se tiene que anticipándonos a individualizar la pena para cada una de las conductas punibles en estudio, el homicidio agravado tiene pena prevista de 400 a 600 meses de prisión, que al aplicar la rebaja al tratarse de una conducta en grado de tentativa, quedaría de 200 a 450 meses, que al restarle el menor al mayor, nos arroja un ámbito de punibilidad de 250 meses, y al dividirlo entre cuatro, nos da un ámbito de movilidad en los cuartos de 62.5 meses, teniendo entonces que el primer cuarto, iría de 200 a 262.5, el segundo de 262.5 a 325, el tercero de 325 a 387,5 y el último de 387.5 a 450 y como no se le enrostraron circunstancias de mayor punibilidad y sólo concurren de menor punibilidad, se impone ubicarse en el mínimo del primer cuarto esto es, en 200 meses.

Por su parte, el delito de lesiones personales dolosas, tiene prevista una sanción de prisión que va de 32 a 126 meses, con la circunstancia de agravación contenida en el artículo 119, por haberse sido la víctima un servidor público, quedaría de 42.6 a 189 meses, que al restarle el menor al mayor, nos arroja un ámbito de punibilidad de 146.4, y al dividirlo entre cuatro, nos da un ámbito de movilidad de 36.6, teniendo entonces que el primer cuarto iría de 42.6 a 79.2, el segundo de 79.2 a 115.8, el tercero de 115.8 a 152.4 y el último de 152.4 a 189, y al no endilgarse circunstancias de mayor punibilidad, es deber situarse en el primero, donde el mínimo es 42.6 meses.

El anterior ejercicio demostró que la pena más grave es la del homicidio, siendo la conducta punible de lesiones personales dolosas la de menor entidad punitiva, cumpliéndose así con el tercer requisito establecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para condenar por un delito diferente al acusado.

En cuanto al respeto del núcleo fáctico de la acusación, escuchado el registro de la audiencia de formulación de imputación, se advierte que la fiscalía narró que el señor José Gildardo Román León, *“fue capturado el día 11-03 del 2012, siendo aproximadamente la 1:30 horas de la mañana, al momento preciso en que ingresan al establecimiento razón social del Municipio de Trujillo unos patrulleros de la policía, cuando el sujeto se acerca a los policiales manifestando que los policías le caían muy mal, en ese momento se opta por solicitarle un registro superficial al cuerpo de él, cuando de un momento a otro se lanza en contra del patrullero Grajales Ocampo Víctor y le causa lesión con arma blanca en la parte derecha del abdomen y el patrullero dada la lesión fue trasladado a la Clínica Nuestra Señora de Fátima de la Ciudad de Cali...”*

Luego en la formulación de la acusación, la fiscalía narró los hechos de la misma manera, sin que la solicitud de condena por la conducta punible de lesiones personales dolosas, afecte el núcleo fáctico de la imputación.

Consecuente con ello, deviene claro que en este caso el tipo alusivo a las lesiones personales dolosas agravadas, hacen parte del núcleo esencial del homicidio, como quiera que todo homicidio supone la preexistencia de una lesión, pero no al contrario, por ello se dice que al darse por establecida la demostración fáctica de las lesiones personales dolosas, se respeta el núcleo central de la imputación jurídica que hiciera la Fiscalía, abriéndose paso la condena por los hechos, sin que pueda reclamarse la violación del derecho de defensa.

(...)Para la Sala no existe duda que fue el señor José Gildardo Román León, quien siendo la una de la mañana aproximadamente, del 11 de marzo de 2012, en el Establecimiento de Comercio denominado *“Bar del Rio”* ubicado en Trujillo, agredió con una arma corto punzante al Patrullero de la Policía Víctor Alfonso Grajales Ocampo, habiéndole causado herida en fosa iliaca derecha, íleon y ciego, la que generó incapacidad definitiva de 45 días y deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, sin que se hubiera existido alguna justificación.

A la vez, la defensa no aportó ninguna prueba que desvirtuara o al menos colocara en duda las manifestaciones de los testigos de la fiscalía, dentro de los cuales está la víctima, ya que a aunque por solicitud suya se recibieron los testimonios de los señores Willington Andrés Cano Gómez y Francia Elena Rodríguez Vásquez, éstos lo único que se limitaron a decir fue que en horas anteriores a la de ocurrencia del hecho, compartieron con el señor José Gildardo Román León en los Establecimiento de Comercio *“La Barra”* y *“Cinderella”*, pero que no estuvieron en el *“Bar del Rio”*, lugar donde se presentó la agresión contra la humanidad del señor Víctor Alonso Grajales Ocampo.

De otro lado, a pesar que el señor Guillermo León Gómez testigo presentado por la defensa, manifestó que José Gildardo Román León estaba muy ebrio al momento en que los uniformados ingresan al Establecimiento de Comercio *“Bar del Rio”*, tanto así que casi se quedaba dormido en la barra del lugar, esa situación no fue demostrada y por el contrario riñe con lo expuesto por los uniformados, quienes afirmaron que el agresor estaba ebrio pero sabía lo que hacía.

Además, esa situación de embriaguez en la que al parecer se encontraba el señor José Gildardo Román León, no lo exime de responsabilidad por la agresión propinada sin ningún motivo al Patrullero de la Policía Víctor Alonso Grajales Ocampo.

La conducta desplegada por el acusado se torna antijurídica en la medida en que sin ninguna justificación, se le causó grave daño en el cuerpo y en la salud al señor Víctor Alonso Grajales Ocampo, pues como consecuencia de la lesión se le generó una incapacidad médico legal definitiva de 45 días, al igual que una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, debiendo someterse a un tortuosa recuperación con los consabidos sufrimientos y limitaciones que generan las consecuencias descritas, amén de los gastos en que pudo incurrir y el tiempo que duró impedido para laborar.

La acción desplegada contra la integridad personal fue consciente, voluntaria y querida por el acusado, quien a pesar de tener pleno conocimiento de la prohibición legal de atentar contra la integridad personal de los demás asociados y estando en

capacidad de obrar de manera distinta, optó por armarse con un elemento idóneo para causar daño y luego sin motivo alguno y asumiendo las consecuencias propias de sus actos apuñaló al uniformado, sin que tal acción se hubiera visto precedida de ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad establecidas en el artículo 32 del Código Penal.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia absolutoria y en su lugar se emitirá fallo condenatorio en contra de del señor José Gildardo Román León, como autor responsable del delito de lesiones personales agravadas, conforme a lo establecido en los artículos 111, inciso segundo del artículo 113 y numeral 10º del 104 del Código Penal.

En cuanto a la prisión domiciliaria, se tiene que se cumple el requisito objetivo como quiera que la pena mínima establecida en la ley para el delito de lesiones personales dolosas agravadas, es de 42.6 meses de prisión y multa de 46.16 s.m.l.m.v., debiendo analizarse el requisito subjetivo.

Cuando el legislador consagró la frase “*desempeño personal*”, en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, se refirió a todos aquellos aspectos que influyen en el análisis de la personalidad del procesado. Igualmente el desempeño familiar o social del sentenciado, sirven como referente para el estudio de la prisión domiciliaria.

En el presente asunto considera la Sala que la conducta desplegada por el señor José Gildardo Román León fue muy grave, ya que sin ninguna justificación, apuñaló al policía Víctor Alonso Grajales, quien en desarrollo de sus funciones realizaba vigilancia a un establecimiento de comercio donde aquel se encontraba ingiriendo licor, habiéndolo insultado con palabras soeces, para luego propinarle una lesión con arma blanca, la que generó una incapacidad de 45 días y deformidad de carácter permanente que afecta el cuerpo.

A pesar que según el médico forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, indicó en el juicio que la lesión causada al uniformado no colocó en riesgo su vida, no se puede dejar de lado, que debido a la gravedad de la lesión, fue trasladado a la Clínica de Occidente en Santiago de Cali, en donde fue intervenido quirúrgicamente, permaneciendo 4 días hospitalizado y 45 con incapacidad definitiva, lo que indica que requirió bastante tiempo para su recuperación, debiéndose tener en cuenta que como consecuencia de la agresión, la víctima padece deformidad física de carácter permanente.

Por tanto, la Sala no concederá ni el subrogado ni la prisión domiciliaria a favor del procesado por vía de los Art. 63 y 38 del C.P.

Sentencia de segunda instancia (2012-00716-01) del 17 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

TESTIGOS DE LA CONTRAPARTE – Es posible interrogarlos de manera directa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 357, 375 y 376.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 27608 del 26 de octubre de 2007, ponencia de Sigifredo Espinosa Pérez y 38364 del 18 de abril de 2012, ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De Conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Elver de Jesús Gómez Brand, contra el auto adiado el 24 de junio de 2013, a través del cual el Juez Primero Penal del Circuito de Palmira inadmitió como pruebas de la defensa los testimonios de los policías Maicol Andrés Peña y Jaider Gaviria.

Escuchado el registro de la audiencia preparatoria celebrada el 24 de junio de 2013, la defensa del señor Elver de Jesús Gómez Brand, solicitó como prueba testimonial, entre otras, la declaración de los policías Maicol Andrés Peña y Jaider Gaviria, argumentando que *“ésta defensa pretende demostrar que no es cierto lo que ellos están afirmando en el informe de policía y desvirtuar con los testigos de la defensa lo afirmado por ellos.*

De igual manera, le anunció señor juez que en el evento en que con el contrainterrogatorio se pueda suplir todo lo que la defensa quiere, renunciaría a estos dos testigos.”

De lo anterior, se extracta que la defensa cumplió con el deber de argumentar la solicitud probatoria, conforme a los artículos 357, 375 y 376 de la Ley 906 de 2004, en razón a que claramente explicó cuál era su objeto, indicando que lo pretendido era demostrar que lo manifestado por los policías en el informe es falso, de conformidad con lo presenciado por sus otros testigos, los cuales observaron el momento en que el señor Elver de Jesús Gómez Brand fue requisado por ellos sin que se le encontrara algún elemento.

Para la Sala, la defensa demostró la conducencia, pertinencia y utilidad de los testimonios de los uniformados, máxime, que el interrogatorio que realizará el ente acusador, versará sobre esas situaciones plasmadas en el informe y que según la defensa no ocurrieron, como el hallazgo del arma de fuego en poder del señor Elver de Jesús Gómez Brand, respecto de lo cual también se referirán sus otros dos testigos.

De la argumentación presentada por la defensa, se extracta que lo pretendido es demostrar que al momento de la requisita efectuada al acusado, no se le encontró ningún objeto, aspecto que probablemente la fiscalía no hará ver, como quiera que sus testigos serán preparados para hacer manifestaciones que coincidan con su teoría del caso, situaciones que a criterio de la Sala, demuestran la pertinencia y conducencia de los medios de prueba reclamados por la defensora.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión impugnada, para en su lugar admitir como pruebas de la defensa los testimonios de los policías Maicol Andrés Peña y Jaider Gaviria.

Auto de segunda instancia (2012-00721-01) del 18 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: revoca el auto apelado.

Dr. Marceliano Chávez Ávila
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.

