



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

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

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

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

**El relator vendrá, en cada jornada, dispuesto a merecer el don de su trabajo. Al llegar encontrará a la soledad y al silencio, sus dos habituales compañeros; tendrá, a su alcance, una legión de libros, proyectos pero sabios, y sentirá por un instante, como Borges, que el paraíso tiene la forma de una biblioteca. En este lugar, amplio y solariego -su refugio durante varios años- ha luchado contra sus errores, contra sus vacilaciones, contra sus temores, es decir, contra sí mismo; no es un hombre docto, pero ama lo que hace, es fiel a sus convicciones y confía en no ser inferior a sus responsabilidades. En un comienzo buscó la notoriedad;**

hoy, sin embargo, le preocupa no ser digno de respeto como persona, no tener la distinción de la humildad y del esfuerzo. Se ha empeñado en creer que no es un burócrata más, que su tarea es de alto coturno y que su mejor galardón es la posibilidad de servir bien, con desinterés y con ahínco y necesita, en esa especial odisea, encontrar, al igual que los alquimistas, la piedra filosofal que transmute la materia de sus quehaceres, que lo lleve a enfrentar los desafíos que la modernidad impone a su cargo. Mañana, cuando se marche, nadie lo recordará, pero está aquí para no faltar a una vieja promesa: la de cumplir con su deber. Así discurre su cotidianidad. En ella, una a una, ante sus ojos, pasarán las providencias que es necesario revisar y titular con escrupulosidad. Allí, en el Derecho, tan arcano y vasto como el universo, hallará toda la grandeza y toda la ruindad de la insondable condición humana. Quiere plasmar, de algún modo, esta vivencia, desea proclamar este privilegio: *en algún lugar de las corporaciones judiciales los relatores enfrentamos, día a día, la responsabilidad de condensar en palabras lo que en otros, -los jueces-, es el fruto de la cavilación, del estudio, de la ponderación. Las relatorías, suena a sinsentido, fueron creadas para decirle a la sociedad que la administración de justicia existe de manera tangible a través de sus decisiones, y que por ellas puede perdurar desafiando al tiempo, sobreponiéndose a la finitud de todas las empresas mundanas; a las relatorías corresponde, con fidelidad y perseverancia, seguir primero y consignar después, la huella que la jurisprudencia deja en cada época como testigo excepcional de sus conflictos, de sus tendencias, de sus perplejidades. Esa es nuestra misión, esa es nuestra recóndita esperanza: la de conservar la memoria, la de conjurar el olvido.*

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO – TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA  
BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 005 – JULIO DE 2014

#### ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

**ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO** – Prevalece sobre la declaración de nulidad. **Página 139.**

**ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS** – La Fiscalía no demostró, más allá de la duda razonable, la responsabilidad penal del enjuiciado. **Página 139.**

**ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA** – Prescribe en tres años a partir del día del vencimiento. **Página 25.**

**ACCIÓN DE TUTELA** – La protección constitucional depende, por el principio de inmediatez, de su presentación en un término razonable. **Página 66.**

**ACCIÓN DE TUTELA** - Quien no ha perdido la condición de empleado no puede alegar, por su calidad de “*prepensionado*”, la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales. **Página 94.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIÓN DE TUTELA** – Es posible cuando se refuta la notificación del fallo y no la sentencia misma. **Página 51.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA** – Su conocimiento corresponde a los jueces con categoría de circuito. **Página 81.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – El auto que niega la solicitud de nulidad no es apelable. **Página 60.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – En los procesos de restitución de inmueble arrendado el demandado debe, para ser escuchado, consignar el valor de los cánones adeudados. **Página 59.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – La prosperidad de la reivindicación exige, entre otros aspectos, que los títulos de propiedad del demandante sean anteriores a la posesión del demandado. **Página 33.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES** – Para imponer alimentos al cónyuge divorciado o separado es necesario establecer su culpabilidad en el divorcio o en la separación. **Página 38.**

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES** – No procede cuando el interesado no demuestra la existencia de perjuicio irremediable. **Página 77.**

**ACCIÓN REIVINDICATORIA AGRARIA** – Elementos a demostrar para su prosperidad. **Página 72.**

**ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS** – Impide discutir la tipicidad o antijuricidad de la conducta. **Página 108.**

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS** – El beso sí tiene la capacidad de poner en peligro la integridad, la formación y el desarrollo sexuales. **Página 102.**

**ADMISIÓN EN CONCURSO DE LA RAMA JUDICIAL** – Las reclamaciones deben ser enviadas a las direcciones electrónicas establecidas para tal efecto. **Página 21.**

**AMPARO DE POBREZA** – No exonera de la obligación de pagar los portes de correo. **Página 82.**

**APELACIÓN** – El auto que rechaza de plano la solicitud de nulidad no es apelable, salvo que esta deba tramitarse como incidente. **Página 75.**

**CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO O “CLÁUSULAS ACELERATORIAS”** – Para la prescripción de las cuotas pendientes se tiene en cuenta la presentación de la demanda, y para las cuotas vencidas, la prescripción corre desde la exigibilidad individualmente considerada. **Página 25.**

**CORRECCIÓN DE LA HISTORIA LABORAL** – Es asunto ajeno a la competencia del juez de tutela. **Página 53.**

**COSA JUZGADA EN PROCESO DE PERTENENCIA** – Al existir identidad de partes, de causa y de objeto. **Página 40.**

**CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR** - No exonerar de su pago a quien se encuentra clasificado en el Nivel I del SISBEN vulnera el debido proceso administrativo. **Página 11.**

**DEBIDO PROCESO EN REGULACIÓN DE CUOTA ALIMENTARIA** – La prevalencia de los derechos de los niños no significa que el juez pueda decidir sin analizar, de manera exhaustiva, las pruebas incorporadas a la actuación. **Página 34.**

**DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PERÍODO DE REPRESENTANTES UNIVERSITARIOS** – No existe vulneración cuando la permanencia en el cargo obedece a situaciones distintas. **Página 89.**

**DERECHO A LA SALUD** - Los gastos de traslado del paciente no pueden convertirse en un obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales. **Página 19.**

**DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO** – Las EPSS, cuando se trata de procedimientos excluidos del POS, debe prestar la atención y adelantar el recobro ante la respectiva entidad territorial. **Página 5.**

**DERECHO AL MÍNIMO VITAL** – Los descuentos efectuados al salario no pueden ser superiores al 50%. **Página 64.**

**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** – La Corte Constitucional tiene competencia discrecional para revisar las sentencias de tutela. **Página 92.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – El accionante debe probar que presentó la solicitud. **Página 56.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – Debe existir inmediatez entre su presentación y la demanda de tutela. **Página 13.**

**DERECHO DE PETICIÓN** – No existe vulneración al contestar de manera verbal la solicitud presentada de la misma forma. **Página 71.**

**DERECHO DE PETICIÓN** - No procede cuando se pretende que la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Financiera adelanten acciones disciplinarias contra Colpensiones. **Página 53.**

**DESACATO** - Suspensión de las sanciones en los asuntos contra Colpensiones. **Página 27.**

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO** - La exhibición de los documentos al comienzo de la audiencia preparatoria no sorprende a la defensa si esta, desde la acusación, tenía conocimiento de su existencia y ubicación. **Página 156.**

**DESMOVILIZADOS** – La negación de la suspensión de la ejecución de la pena no puede tener como fundamento la omisión o desidia del Estado en cumplir con las exigencias del artículo 7 de la Ley 1424 de 2010. **Página 111.**

**DESMOVILIZADOS** – La suspensión condicional de la ejecución de la pena se somete a la Ley 1424 de 2010 y no al artículo 63 del Código Penal. **Página 113.**

**EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO** – La víctima de una posible conducta punible no requiere de orden judicial para la grabación de una conversación telefónica. **Página 122.**

**FACTURAS DE COMPRAVENTA** – El acusado, aunque tenga la calidad de comprador, no puede introducirlas al juicio. **Página 155.**

**FISCALÍA** – No puede, en los alegatos de conclusión, aumentarle a la acusación hechos nuevos jurídicamente relevantes. **Página 148.**

**FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN** – La Fiscalía debe ser clara al describir y concretar los hechos y los cargos en contra del acusado. **Página 139.**

**HOMICIDIO** – Es coautor, y no determinador, quien tiene dominio funcional del hecho y participa de manera activa en la ejecución de la conducta. **Página 148.**

**HOMICIDIO CULPOSO** – Responsabilidad por la invasión del carril de circulación. **Página 131.**

**HONORARIOS DE APODERADO JUDICIAL** – No es un crédito que goce de privilegio o prelación legal. **Página 36.**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** – Es necesario probar, más allá de toda duda, que el incumplimiento de la obligación alimentaria es injustificado. **Página 128.**

**JUEZ CONSTITUCIONAL** – Puede decidir sobre el recobro al FOSYGA. **Página 9.**

**JUEZ DE TUTELA** – Debe obrar con cautela frente a la autonomía que tienen las instituciones universitarias para analizar y decidir el provecho o la inconveniencia de convocar a elecciones. **Página 89.**

**NECROPSIA** – No es el medio de prueba exclusivo para demostrar la causa del fallecimiento de una persona. **Página 131.**

**NULIDAD** – La Fiscalía no puede ni está obligada a regresar hacia los actos procesales ya cumplidos. **Página 106.**

**NULIDAD** – La parte interesada en su declaración debe demostrar la trascendencia de la irregularidad. **Página 126.**

**NULIDAD** – La plena identificación del acusado hace parte de la estructura del proceso. **Página 99.**

**NULIDAD DE SENTENCIA DE TUTELA** – La revisión ante la Corte Constitucional es la oportunidad para solicitarla. **Página 51.**

**NULIDAD EN PROCESO DE PERTENENCIA** – El edicto de emplazamiento debe indicar la clase de prescripción invocada e identificar de manera correcta a las personas allí mencionadas. **Página 79.**

**PENSIÓN DE VEJEZ** – Es improcedente su reconocimiento por tutela cuando no se demuestra la existencia de perjuicio irremediable. **Página 56.**

**PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO** – A la Fiscalía corresponde demostrar que el procesado carece del permiso expedido por la autoridad competente. **Página 137.**

**PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO** – Certeza de la responsabilidad penal del acusado. [Página 146.](#)

**PREACUERDOS** - No pueden ser aprobados cuando la dosificación de la pena, en los concursos de delitos, parte del delito de menor entidad. [Página 96.](#)

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE SERVIDUMBRE** –No debe ser resuelta, aunque sea propuesta como excepción previa, por medio de sentencia anticipada. [Página 15.](#)

**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL** – No aportar la copia auténtica del informe de tránsito y de la historia clínica, cuando en el proceso no se discute la ocurrencia del choque y existen dictámenes sobre las lesiones, no es motivo para negar las pretensiones de la demanda. [Página 45.](#)

**PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA** – El superior, al desatar la apelación, no puede resolver sobre la prisión domiciliaria no solicitada en el momento procesal oportuno. [Página 109.](#)

**PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD** – El abandono, como causal, debe ser de carácter absoluto, injustificado y voluntario. [Página 68.](#)

**PRUEBA SOBREVINIENTE** – Debe ser desconocida, y no por falta de diligencia, al momento del descubrimiento probatorio. [Página 135.](#)

**RECLUSOS** – La negativa a entregarles elementos que mejoren sus condiciones de higiene y presentación personal vulnera su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. [Página 50.](#)

**RECOBRO AL FOSYGA** - El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él. [Página 5.](#)

**RECURSO DE APELACIÓN** – Debe ser sustentado de manera adecuada. [Página 122.](#)

**REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS** – Es discusión de tipo legal que no traspasa la órbita de los derechos fundamentales. [Página 18.](#)

**REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO** – No registrar la información sobre la licencia de conducción vulnera los derechos fundamentales de *habeas data* y de petición. [Página 30.](#)

**RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO SIMULTÁNEO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS** – Se resuelve determinando quién, con su comportamiento, ocasionó el accidente y no por medio de la denominada aniquilación de las culpas. [Página 45.](#)

**RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO** – No destruye, por sí misma, lo dicho por el testigo. [Página 146.](#)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** – Al no existir la permanencia de la prueba, la identificación de la acusada no puede quedar supeditada a su condición de hallarse privada de la libertad. [Página 122.](#)

**SUSTITUCIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN CENTRO DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA POR LIBERTAD VIGILADA** – Negación al adolescente que reincide en el porte de armas de fuego para delinquir y obtener el sustento familiar.

**TARJETA MILITAR** - La dilación injustificada en la entrega de su duplicado vulnera el debido proceso administrativo. [Página 116.](#)

**TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** – La responsabilidad no recae siempre, de manera forzosa, sobre el propietario inscrito del vehículo. [Página 131.](#)

**TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES** – Fue excluido, en virtud de la Ley 1709 de 2014, del otorgamiento de subrogados y beneficios penales. [Página 126.](#)

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** – La condición de adicto no autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal. [Página 121.](#)

**TRASLADO O TRANSPORTE DE PACIENTES** – Es un servicio incluido en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado. [Página 9.](#)

**UNIÓN MARITAL DE HECHO** – Cuando uno de los compañeros ha muerto, adquiere especial relevancia probatoria la declaración de convivencia hecha por él en documento público. [Página 84.](#)

**UNIÓN MARITAL DE HECHO** – Su declaración depende de que se aporten al proceso las pruebas que establezcan la comunidad de vida y las demás circunstancias exigidas por la ley. **Página 84.**

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

**DERECHO A LA SALUD EN EL RÉGIMEN SUBSIDIADO** – Las EPSS, cuando se trata de procedimientos excluidos del POS, debe prestar la atención y adelantar el recobro ante la respectiva entidad territorial/RECOBRO AL FOSYGA - El juez de tutela tiene potestad para decidir sobre él.

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

Ley 100 de 1993, artículo 15; Decrto 806 de 1998, artículos 14 y 31; Ley 715 de 2001, artículo 43; Ley 10 de 1990, artículo 6; Ley 1122 de 2007, artículo 20 y Resolución 548 de 2010.

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

Corte Constitucional, sentencias T-1089 de 2007, T-657 de 2008 y T-780 de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...) La Sala de Decisión entrar a definir los planteamientos que en este trámite se debaten, a saber: ¿si la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al haber negado el suministro del medicamento URSACOL de 300 mg que no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud y la continuidad del tratamiento con especialista derivado de una “*lesión latrogénica de la vía biliar*”? y ¿si es del resorte del juez constitucional determinar y cuantificar la responsabilidad económica de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran el POS?

En el *sub judice*, la accionante actualmente cuenta con 56 años de edad y requiere por prescripción el medicamento denominado URSACOL de 300 mg, con la finalidad de mejorar su calidad de vida al igual que la continuación del tratamiento para la “*lesión latrogénica de la vía biliar*” e intervención quirúrgica de reconstrucción o cierre de pared abdominal. Sin embargo, frente al primer pedimento este le fue negado por la entidad accionada al considerar que se trataba de un suministro excluido del Plan Obligatorio de Salud - POS, lo que en modo alguno se acompasa con las directrices trazadas por la Corte Constitucional en el pronunciamiento citado porque en todo caso el abastecimiento de dicho fármaco determina la existencia de la paciente en condiciones dignas y frente al segundo tópico es obligación de la Entidad Promotora de Salud, velar por la continuidad en los tratamientos médicos, cuando por razones administrativas existe interrupción en los convenios suscritos con las IPS; en ningún caso esta consideración puede ser óbice para justificar la interrupción en un tratamiento médico.

Así las cosas, en el presente caso se cumplían los requisitos jurisprudenciales establecidos para proceder a la protección del derecho fundamental deprecado, como acertadamente lo evidenció el fallador de primera instancia, razón por la que merece ser confirmada en este punto la decisión reprochada por CAPRECOM.

Ahora bien, en lo que respecta a la financiación, se deben considerar varias situaciones, así como la garantía de prestación de los mismos frente a sujetos que se encuentran afiliados al SGSSS a través del régimen subsidiado.

Tratándose de atenciones y servicios contemplados en el Acuerdo 029 de 2011, no cabe duda que las prestaciones requeridas, corresponden tanto en su financiación como en su prestación efectiva a la EPS-S a la cual se encuentra afiliado el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de que los recursos del subsidio han sido asignados a dichas entidades previamente por las entidades territoriales, correspondiendo por lo tanto a las EPS-S la afiliación de los beneficiarios del subsidio y prestación, directa o indirecta, de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

Ahora bien, cuando se trate de exclusiones del POS-S., su financiamiento corresponde a la entidad territorial quien ha recibido del Sistema General de Participaciones lo correspondiente para atender a la población pobre en lo no cubierto con los subsidios de la demanda conforme a lo dispuesto en el numeral 43.2 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001. De igual manera, corresponde a la entidad territorial, en nuestro caso a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL VALLE DEL CAUCA, las prestaciones en salud de segundo y tercer nivel de complejidad no cubiertas por el POS-S conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, el artículo 6 de la Ley 10 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con la ley 1438 de 2011. De allí que, en principio, corresponde a la entidad territorial los servicios no incluidos en el POS-S.

Además, la ley 1122 de 2007 no derogó de manera alguna las competencias de la entidad territorial en la financiación de los servicios de salud y la Ley 715 de 2001 señala que las competencias de la entidad territorial corresponde a una ley orgánica que goza de primacía constitucional, lo cual no implica de manera alguna que las entidades territoriales se encuentren sustraídas de la obligación de financiación y gestión para la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la accionante entre otros busca protección al derecho a la salud y por lo general, desconoce las normas que regulan el régimen subsidiado y el funcionamiento del sistema, por lo que no puede ser afectada por las trabas burocráticas y las negativas de asumir competencia, que de manera alternativa y muchas veces irreflexiva, realizan tanto las EPS-S como los entes territoriales, frente a las prestaciones médicas requeridas; máxime cuando respecto del derecho a la salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha reconocido su carácter fundamental *per se*, tal y como se manifestó en sentencia T – 657 de 2008...

Desde esta perspectiva el derecho a la salud, dado su carácter de fundamental, tiene una protección reforzada que debe ser reconocida, inclusive, por quienes están en la obligación, legal o contractual, de garantizar a través de los distintos planes de salud las prestaciones que deriven de las contingencias y sin que puedan socavar, esgrimiendo múltiples pretextos, el contenido del derecho señalado.

En ese orden de ideas, no cabe duda que en los regímenes de salud, contributivo y subsidiado, los primeros llamados a garantizar el desarrollo del derecho fundamental son las EPS y las EPS-S., en su orden, a quienes corresponde

gestionar lo pertinente para cubrir las contingencias que, respecto a la salud, presenten sus afiliados, sin que dicha obligación implique, *per se*, que les corresponda asumir financieramente el servicio requerido.

Así las cosas, cuando en el régimen subsidiado las EPS-S alegan que la prestación que se requiere no es parte de los contenidos del POS-S, no es al afiliado a quien corresponde gestionar lo pertinente para acceder a los servicios excluidos del POS-S., sino a la EPS-S como garante, ya sea prestarlos directamente para luego recobrar su costo frente a la entidad territorial pertinente, una vez agotados los presupuestos señalados en la Resolución 548 del 12 de febrero de 2010 o gestionar y adelantar los trámites pertinentes frente a la entidad territorial a fin de coordinar con esta su prestación, sin que tales diligencias correspondan al afiliado quien precisamente busca protección de su derecho a la salud y no puede verse compelido al agotamiento de trámites administrativos.

Por tanto, resulta claro que debido a la patología (Lesión Iatrogénica de la vía biliar) que padece ROSALIA VELASQUEZ MURIEL, el servicio médico no POS-S., le corresponde brindarlo a la EPS-S. CAPRECOM., como llamada en primer lugar a atender las contingencias de salud de la antes mencionada pese a que la responsabilidad en el financiamiento corresponde a la entidad territorial, en su totalidad.

Entendido que la EPS., accionada debe brindar a la paciente la atención médica prescrita por el galeno tratante y teniendo en cuenta que no se puede hacer más gravosa la situación de dicha entidad, es obvio que con el fin de evitar el desequilibrio financiero, se autorice que los gastos en los que incurra la EPS-S., con ocasión del cumplimiento a la orden impartida por el *a-quo* y en ésta determinación, sean cubiertos por el correspondiente ente territorial, en este caso, la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, siempre y cuando dichos servicios se encuentren excluidos del POS.S, pues si bien esta Sala en otrora había señalado que la facultad de recobro procedía por ministerio de la ley, lo cierto es, que tal mandato si es viable otorgarlo en los fallos de tutela de conformidad con la sentencia T-780 de 2012, donde con ponencia del doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA la H. Corte Constitucional señaló...

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS, asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el FOSYGA o ante el correspondiente ente territorial, dependiendo si se trata de régimen contributivo o subsidiado.

En acatamiento de la norma citada, es totalmente procedente en el *sub examine* ordenar expresamente el recobro ante la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por aquellos procedimientos, medicamentos y aditamentos que no se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en razón a la entrega de medicamentos y tratamiento médico que la EPS-S. CAPRECOM debe brindar a la paciente ROSALIA VELASQUEZ MURIEL.

En conclusión, se modificará el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de marzo de 2014 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buga, (Valle), para advertir que en virtud de la regla de recobro, la EPS-S. CAPRECOM tiene la posibilidad de repetir ante la subcuenta respectiva de la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA por los gastos sufragados en cumplimiento del fallo de primera instancia y de esta decisión, siempre y cuando estén excluidos del POS-S.

Tutela de segunda instancia (T-070-14) del 7 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica la sentencia impugnada.

**JUEZ CONSTITUCIONAL – Puede decidir sobre el recobro al FOSYGA/TRASLADO O TRANSPORTE DE PACIENTES – Es un servicio incluido en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado.**

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

Resolución 548 de 2010; Resolución 5521 de 2013, artículos 124 y 125.

#### *CITAS DE JURISPRUDENCIA:*

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 480 DE 1997, T-149 de 2011, T-780 de 2012 y T-206 de 2013.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

(...)El problema jurídico a resolver consiste en determinar si ¿es del resorte del juez constitucional determinar y cuantificar la responsabilidad económica del FOSYGA por los costos en que incurran las EPS., al asumir prestaciones en salud que no se encuentran en el POS?

Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud se diseñó con el fin de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social en el marco del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de dignidad humana, de solidaridad y de prevalencia del interés general.

Específicamente, en el marco del régimen contributivo es constante, uniforme y reiterada la jurisprudencia constitucional que ha indicado que es posible inaplicar las normas referentes a las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud, y en consecuencia, por vía de tutela se ordene la prestación de servicios médicos excluidos del POS. cuando se presenten los siguientes eventos: (i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual se presenta no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte, sino también cuando se afectan con dicha omisión las condiciones de existencia digna; (ii) El medicamento o tratamiento excluido no puede ser reemplazado por otro que figure dentro del POS, o el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el incluido en el plan; (iii) El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera; y (vi) Estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante.

Entonces, cuando se reúnen estrictamente los anteriores requisitos ha dicho la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que los jueces de tutela deben ordenar a las entidades prestadoras de los servicios de salud la asistencia médica requerida facultándolas para que repitan contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), el valor de todos los gastos en que hubieran incurrido por la prestación de los servicios médicos que no hacen parte de las obligaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud.

Conforme a los citados criterios jurisprudenciales, se puede concluir, que cuando se le impone a la EPS., asumir unas responsabilidades que exceden los límites contractuales y legales, se altera necesariamente en el equilibrio financiero de estas entidades y por tanto del propio sistema, razón que fue la que motivó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera definido como regla, que cada vez que se ordene a una EPS., asuma una prestación de un servicio médico que se encuentre excluido del POS, el juez de tutela debe garantizar el derecho a recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía del Ministerio de la Protección Social (FOSYGA).

Ahora bien, en cuanto al suministro de transporte, ha de acotar la Sala que de conformidad con lo establecido en los artículos 124 y 125 de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud, dicho servicio o traslado de pacientes se encuentra incluido en el POS., y POS-S.

(...)De acuerdo al citado precedente jurisprudencial, se concluye que cuando deba prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, y éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS., que pague los costos pertinentes, de tal manera que por vía de tutela se puede impartir, de acuerdo con el material probatorio existente en el expediente, la orden a la empresa prestadora del servicio de salud para que cubra el transporte, alojamiento y manutención especial del afiliado y su acompañante cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médicos asistenciales que sólo le puedan ser prestados fuera de su sede.

Concretamente, frente a la prueba de la falta de capacidad económica por parte del usuario o de su familia para asumir los servicios médicos, la Corte Constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación procesal civil, referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba, por ello la citada corporación ha entendido que, el no contar con la capacidad económica, es una negación indefinida que no requiere ser probada, y por ende, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar lo contrario.

En el presente asunto y como anteriormente se ha anotado, se trata de un paciente con cáncer de próstata, que está al cuidado de su hija, y que los ingresos de su hogar solo son los que devenga por la pensión de vejez, situación que en principio haría pensar, que por lo menos está en capacidad de asumir el transporte, sin embargo, no debe perderse de vista, que el costo de vida aumenta cada día más y por ello es innegable que igualmente deba sufragar gastos por otras obligaciones como servicios públicos, alimentación, vestuario, entre otros, circunstancias que impiden que cuenten con la capacidad económica para

trasladarse fuera del municipio de Pradera (V) en las ocasiones que el paciente requiera tratamiento o controles médicos en otras localidades.

En tal virtud y por considerarse que el accionante ni sus familiares cercanos cuentan con los recursos económicos para sufragar los gastos requeridos de manera particular, que el tratamiento médico ordenado es indispensable para garantizar la salud del paciente, y de no efectuarse el traslado desde su sitio de residencia a una localidad fuera del municipio de Pradera para la práctica del tratamiento se compromete gravemente su estado de salud, dicha situación es suficiente para disponer que a la accionada NUEVA EPS S.A., le asiste la obligación de autorizar el cubrimiento de los gastos de transporte y alojamiento o estadía para el accionante y su acompañante como lo ordenó la falladora de primera instancia.

Así las cosas, los gastos en que incurra el usuario y su acompañante cada vez que deban efectuar desplazamientos tendientes a recibir servicios médicos, deben ser asumidos por la EPS accionada a efectos de garantizar los derechos fundamentales del paciente en comento, máxime cuando de conformidad con el anterior precepto legal y jurisprudencial es claro que el servicio de transporte se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud tanto del régimen contributivo como en el subsidiado, de tal manera, que en aquellas ocasiones en que deba ser trasladado JUVENAL TABARES GARCIA, por estar incluido tal servicio dentro del POS., es apenas obvio que le corresponde asumirlo a la NUEVA EPS., sin derecho a recobro alguno, pues, es deber y obligación de la entidad prestadora de salud brindar una adecuada asistencia a su afiliado conforme a las normas que rigen la materia.

En este orden de ideas, se adicionará el numeral tercero de la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de marzo de 2014, por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PALMIRA (VALLE) y se confirmará en lo demás, el fallo materia de impugnación.

**Tutela de segunda instancia (T-071-14) del 8 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: adiciona la sentencia impugnada.**

**CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR - No exonerar de su pago a quien se encuentra clasificado en el Nivel I del SISBEN vulnera el debido proceso administrativo.**

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

Constitución Política, artículos 13 y 29; Ley 1184 de 2008, artículos 1 y 6; Ley 48 de 1993, artículo 22; Resolución 3778 de agosto de 2011, Ministerio de la Protección Social.

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

Corte Constitucional, sentencias T-1083 de 2004, T- 359 de 2006 y T-722 de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, la discusión se centra en establecer ¿Si La Tercera Zona de Reclutamiento- Distrito Militar No. 19 de Buga (V), incurrió en vulneración de los derechos fundamentales deprecados al no exonerar de cuota de compensación militar al accionante quién se encuentra clasificado en Nivel I del SISBEN??

Para responder es necesario precisar, en relación con la cuota de compensación militar, que el artículo 22 de la Ley 48 de 1993 la define de la siguiente manera:

El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada "cuota de compensación militar". El Gobierno determinará su valor y las condiciones de liquidación y recaudo.

A su vez, el artículo 1° de la Ley 1184 de 2008 por la cual se regula la cuota de compensación militar y se dictan otras disposiciones, puntualiza la manera en la cual debe ser liquidada dicha cuota, así:

(...) La base gravable de esta contribución ciudadana, especial, pecuniaria e individual, está constituida por el total de los ingresos mensuales y el patrimonio líquido del núcleo familiar del interesado o de la persona de quien este dependa económicamente, existentes a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha en que se efectúe la clasificación. Entiéndase por núcleo familiar para efectos de esta contribución, el conformado por el padre, la madre y el interesado, según el ordenamiento civil.

La cuota de compensación militar será liquidada así: El 60% del total de los ingresos recibidos mensualmente a la fecha de la clasificación, más el 1% del patrimonio líquido del núcleo familiar del interesado o de aquel de quien demuestre depender económicamente existentes al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la clasificación. El valor mínimo decretado como cuota de compensación militar en ningún caso podrá ser inferior al 60% del salario mínimo mensual legal vigente al momento de la clasificación. (...)

No obstante, la misma ley en su artículo 6° señala los ciudadanos que pese a ser eximidos de prestar el servicio militar y en consecuencia encontrarse en estado clasificados, se encuentran exentos del pago de la cuota de compensación militar:

1. Quien demuestre mediante certificado o carné expedido por la autoridad competente pertenecer al nivel 1, 2 y 3 del Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios - Sisbén.
2. Los limitados físicos, síquicos o neurosensoriales con afecciones permanentes que de acuerdo con el concepto de la autoridad médica de reclutamiento, presenten una condición clínica lo suficientemente grave e incapacitante no susceptible de recuperación por medio alguno.
3. Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.
4. El personal de soldados que sea desacuartelado con fundamento en el tercer examen médico. (negrita fuera de texto)

En este orden de ideas al revisar la presente actuación se observa que según las afirmaciones del peticionario su núcleo familiar se encuentra a merced de la caridad de algunos familiares, pues desde el 16 de julio del año 2013, su progenitor DARIO CIFUENTES, se encuentra recluido en la Penitenciaría del municipio de

Guadalajara de Buga a órdenes del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta municipalidad. Igualmente, esta Sala pudo determinar, mediante consulta a la base de datos de usuarios del SISBEN, realizada el día 5 de mayo de 2014, que el accionante DARIO ALEXANDER CIFUENTES LIBREROS se encuentra en el SISTEMA DE IDENTIFICACION DE POTENCIALES BENEFICIARIOS DE PROGRAMAS SOCIALES SISBEN con un puntaje de 29,47 lo que equivale a una clasificación del Nivel I, circunstancias que no puede pasar por alto esta instancia judicial al momento de proferir la sentencia

Ahora bien, conforme lo ha reiterado el Máximo Tribunal Constitucional es necesario recordar que en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Al respecto, determina la Sala que la situación económica del accionante, quien no cuenta con un empleo toda vez que requiere la expedición de la libreta militar para ser contratado y además su padre quien era el encargado de suplir las necesidades de su núcleo familiar, se encuentra privado de la libertad, son condiciones que denotan una condición de pobreza, que requiere la intervención del juez constitucional a efectos de garantizar la igualdad material.

Igualmente, advierte la Sala que LA TERCERA ZONA DE RECLUTAMIENTO – DISTRITO MILITAR No.19 de Buga (V), en la expedición del acto administrativo Recibo No. 1903859067 del 02 de julio de 2013, mediante el cual asignó un valor de \$2.035.000 por concepto de cuota de compensación militar, omitió la aplicación del artículo 6º de la Ley 1184 de 2008, en virtud del cual, el accionante se encuentra exento de cancelar el valor de la cuota de compensación militar, toda vez que se encuentra incluido en el nivel I Del Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios –SISBEN-configurándose en consecuencia, una violación al derecho al debido proceso administrativo en la expedición del referido acto administrativo.

Luego, teniendo en cuenta en el antecedente jurisprudencial anteriormente referenciado frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos, en el *sub-judice* la omisión por parte del accionado de aplicar la disposición legal respectiva en el acto atacado y la actual situación de vulnerabilidad del actor faculta al Juez constitucional para velar por la protección de los derechos invocados. Por tanto, tal descuido configura la vulneración al derecho fundamental del debido proceso administrativo rogado por el accionante.

En conclusión, se concederá el amparo por vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo, mínimo vital e igualdad de DARIO ALEXANDER CIFUENTES LIBREROS, y en consecuencia se ordenará a la accionada dejar sin valor y efecto el acto administrativo recibo No.190385906 de julio 02 de 2013 en el cual se establece la liquidación de la Tarjeta Militar de DARIO ALEXANDER CIFUENTES LIBREROS y hacer entrega de la Tarjeta Militar al joven, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1184 de 2008.

Tutela de primera instancia (T-074-14) del 12 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al mínimo vital y a la igualdad.

**DERECHO DE PETICIÓN – Debe existir inmediatez entre su presentación y la demanda de tutela.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU. 961 de 1999, T-727 de 2002 y T-315 de 2005.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Inicialmente debe precisarse que la Corte Constitucional ha establecido como requisito de procedibilidad de la acción de tutela el hecho de que su interposición sea oportuna y se efectúe dentro de un plazo razonable, puesto que su finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

En efecto, a pesar de que no existe un plazo determinado para ejercer la acción de tutela, en virtud de su naturaleza, objeto y finalidad, el ejercicio de ésta acción constitucional debe realizarse dentro de un término razonable, después de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos.

Ahora bien, la razonabilidad en el término de presentación de la acción de tutela debe estudiarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto. Por consiguiente, el operador judicial debe sopesar el tiempo transcurrido entre el suceso que dio origen a la acción y la presentación de la misma, apreciando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a fin de determinar si efectivamente la acción de tutela constituye el medio idóneo para la protección de los derechos del actor, o por el contrario, se torna improcedente como consecuencia del extenso transcurso del tiempo.

Siguiendo ésta misma línea argumentativa, considera ésta Sala de Decisión que en el asunto *sub-exámine*, NO se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez, puesto que los derechos de petición que dieron origen a la acción de amparo fueron radicados los días 18 de septiembre de 2008 y 24 de octubre de 2008, es decir, más de cinco años atrás a la formulación de la presente acción de tutela (04-03-2014), término que no puede considerarse razonable para el ejercicio de la acción constitucional.

Adicionalmente, es necesario indicar que pese a la improcedencia de la acción de tutela por el incumplimiento del requisito de inmediatez, tampoco se vislumbra ninguna vulneración al derecho de petición del actor, en la medida que las autoridades accionadas otorgaron una respuesta acorde con la normatividad vigente en la fecha que se presentaron las solicitudes. Bajo éste contexto, el MINISTERIO DE TRANSPORTE trasladó la petición del accionante a la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CANDELARIA con fundamento en el artículo 33 del Decreto 01 de 1984. En lo que respecta a la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE CANDELARIA, dicha entidad manifestó que en ese momento el proceso SINDEM, sistema vigente para el cargue de datos referentes a las licencias de conducción en esa fecha, se encontraba suspendido, por lo tanto el actor debía esperar su habilitación para efectuar el registro de la información. En consecuencia, la protección al derecho de petición con base en los hechos enunciados en el escrito de tutela actualmente es improcedente por el incumplimiento del requisito de inmediatez y porque las respuestas emitidas por las autoridades accionadas se efectuaron de acuerdo con la normatividad vigente en la época de radicación de las solicitudes.

Por último, de manera enunciativa se aclarará lo concerniente al derecho de *habeas data*, ya que cuando se persigue la protección de ese derecho fundamental a través de la acción de tutela, es indispensable que el accionante acompañe su solicitud de amparo de una prueba demostrativa, a través de la cual se pueda inferir que hizo una solicitud de corrección, rectificación o actualización de sus

datos a la entidad pública o privada contra la cual impetra la acción, toda vez que tal prueba se constituye en el requisito de procedibilidad de la acción constitucional.

En el caso objeto de estudio, de acuerdo con el derecho de petición anexado por el accionante, se desprende que el actor no solicitó a las entidades accionadas el registro de su licencia de conducción en el REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO. Por ende, no es procedente que en aras de proteger su derecho fundamental de habeas data, ésta instancia judicial ordene el ingreso de su información en ese sistema de registro, sin que previamente el interesado haya requerido esa actuación en particular a la autoridad competente.

En consecuencia, como el principio de la inmediatez reclama que la acción sea presentada de manera oportuna, esto es, en un término razonable después de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos, y advirtiéndose en el Sub lite que la acción no se instauró después de un término prudencial para dar cumplimiento a la prontitud de la tutela, se desprende, sin mayores apuntalamientos que el requisito de inmediatez no se encuentra satisfecho, circunstancia que por sí sola frustra el buen suceso de la misma e impone su denegación.

Son las anteriores razones suficientes para negar la protección del amparo deprecado por PABLO ERASMO CASTRO MUESES.

**Tutela de primera instancia (T-073-14) del 12 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE SERVIDUMBRE –No debe ser resuelta, aunque sea propuesta como excepción previa, por medio de sentencia anticipada.**

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

Código Civil, artículos 879, 919, 923, 939 y 2518, inciso segundo.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión del 21 de noviembre de 1962 y decisión 2006-01534-00 del 19 de diciembre de 2008, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La entidad demandada, finalmente, tomando pivote en los artículos 919, 939 -inc. 2- y 2518 -inc. 2- (entre otros) del Código Civil, pretende a través de demanda de mutua pretensión que se declare que ha ganado por prescripción adquisitiva el derecho real de servidumbre, esto es, la facultad de seguir utilizando la franja de terreno [con “...una extensión de 2.939,87 metros lineales por 2 metros de ancho, para un área de 5.879,74 metros cuadrados...] existente en los predios de propiedad de los actores, para continuar con la actividad de conducción de agua potable a los habitantes del municipio de Guacarí (Valle) la cual viene desarrollando desde el 18 de septiembre de 1961 cuando mediante contrato F-8-61 de esa calenda “...entró a operar el acueducto de Guacarí...”.

Contrario a lo que sobre el punto estimó el sentenciador *a-quo*, los breves pero precisos términos que sustentan la excepción previa de “...PRESCRIPCIÓN

EXTINTIVA/ADQUISITIVA DE LA SERVIDUMBRE CONTINUA EJERCIDA POR ACUAVALLE S.A. ESP...” (ver folios 1 y 2 cdo. 2) no permiten inferir que bajo la égida de dicha excepción ACUAVALLE S.A. ESP haya alegado el decaimiento ó extinción del derecho de los demandantes a reclamar por la servidumbre que ella ejerce desde hace más de cuarenta años, o lo que es lo mismo, LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES ejercidas en su contra por los demandantes, pues ninguna alusión allí se hizo allí en torno a que éstos hayan abandonado su derecho a accionar contra la citada entidad, o que lo hayan hecho tardíamente, único escenario factual dentro del cual resultaría dable hallar los rasgos caracterizantes de una excepción cuya quintaesencia es, como se sabe, la de revelar que LA ACCION ejercida por el demandante en un determinado caso ha decaído en virtud al fenómeno de la prescripción extintiva, esto es, debido a que aquel no hizo uso de ella oportunamente.

En efecto, el único argumento expuesto por ACUAVALLE S.A. ESP para sustentar la mentada excepción PREVIA apunta inequívocamente al fenómeno de la prescripción ADQUISITIVA del derecho real de servidumbre que -en sentir de dicha entidad- se ha configurado en su favor debido a “...*que desde hace más de cuarenta (40) años (..) en forma continua ejerce la servidumbre de acueducto sobre el predio global, hoy dividió (sic) en varios predios, por autorización verbal de su anterior propietario...*” (folio 1 fte. cdo. ib.), plataforma fáctica sobre la cual, como ya se dijo, es imposible edificar una excepción como la que el juzgado *a-quo* reputó invocada como previa, yerro al que quizás fue inducido por el nombre con el que la demandada rotuló la excepción previa subexámine (“...PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA/ADQUISITIVA DE LA SERVIDUMBRE CONTINUA EJERCIDA POR ACUAVALLE S.A. ESP...”), pero que en todo caso desatiende la secular regla de hermenéutica según la cual -de las excepciones en general- el *nómen* o rótulo que quien la invoca utilice es intrascendente, pues lo único que en puridad importa es su contenido, vale decir, los hechos aducidos para soportarla, que son finalmente los que le imprimen su verdadera fisonomía.

Desde esta sola perspectiva, entonces, la sentencia anticipada apelada -en cuanto declaró probada una excepción previa que no fue regularmente invocada- debe ser revocada en ésta instancia superior.

Es de precisar, con todo, a pesar que el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA no fue debidamente invocado como excepción previa, el mismo sí deberá ser analizado y decidido EN LA SENTENCIA. Razones al canto:

A.) Como se señaló en la parte proemial de ésta providencia, en su escrito de contestación a la demanda ACUAVALLE invocó la “...prescripción extintiva en contra de los propietarios...” aduciendo (no precisamente con mucha claridad) que el paso del tiempo ha hecho que las acciones de servidumbre ejercidas por los actores hayan prescrito “...*tanto al anterior propietario como al nuevo propietario...*” (folio 98 fte. cdo. 1º), por lo que la servidumbre cuya posesión material viene ejerciendo desde hace más de cuarenta años, en su sentir, “...*ya se consolidó operando la prescripción extintiva en contra de los propietarios y la prescripción adquisitiva a favor de ACUAVALLE S.A. ESP...*” (folio 11 fte. cdo. 1o).

Es decir: no como previa, sino como excepción de fondo, la empresa de servicio público demandada invocó y sustentó (lacónicamente, pero lo hizo) la prescripción de la que se viene hablando, lo cual impone su análisis y definición en la sentencia.

C.) Para establecer si las acciones aquí ejercidas por los demandantes [negatoria y confesoria de servidumbre] pueden estar inficionadas de prescripción extintiva, pertinente resulta pergeñar un análisis previo acerca de la naturaleza del derecho en cuya protección o defensa están instituidas tales acciones.

D.) Como se hizo notar en páginas anteriores, la entidad demandada alegó en su escrito de contestación a la demanda que el transcurso del tiempo ha hecho que las acciones de servidumbre ejercidas por los actores hayan prescrito “...tanto al anterior propietario como al nuevo propietario...” (folio 98 fte. cdo. 1º), por lo que la servidumbre cuya posesión material viene ejerciendo desde hace más de cuarenta años, en su sentir, “...ya se consolidó operando la prescripción extintiva en contra de los propietarios y la prescripción adquisitiva a favor de ACUAVALLE S.A. ESP...” (folio 11 fte. cdo. 1o).

E.) invocando esa misma posesión material (incluso por igual término) a través de demanda de reconvencción pidió declarar que “...pertenece a perpetuidad a la sociedad ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. ESP la servidumbre continua de aguas por haberla adquirido por prescripción extraordinaria [y ordinaria, en subsidio] adquisitiva...” (folios 9 fte. y 11 fte. cdo. No. 3).

Es claro: el fundamento de ambas modalidades de prescripción [extintiva y adquisitiva] estriba en la posesión material que la sociedad demandada afirma venir ejerciendo desde hace más de cuarenta años sobre la servidumbre de acueducto tantas veces citada, situación *de facto* que -en su sentir- le habilita para ganar la titularidad de ese derecho real y consecuentemente extinguir o enervar las acciones que los propietarios de los predios sirvientes [aquí demandantes] han gestionado en éste proceso en su contra, evento que referido al derecho real de dominio apareja que “...en la sentencia con que se dirima el conflicto, deberá reconocerse expresamente a aquél como dueño de la cosa, lo que traduce la extinción del derecho de propiedad del demandante, y, como consecuencia de ello, habrá de desestimarse la reivindicación impetrada...”, y que, *mutatis mutandi*, con referencia al derecho real de servidumbre [aquí debatido] da lugar a que en la sentencia el juez deba reconocer y declarar al demandado como titular del derecho real de servidumbre cuya posesión material ha ganado por el modo de la *usucapión*, lo que aparejará la extinción de las acciones recuperatorias (v. gr. negatorias y confesorias) del propietario del predio que ha venido soportando el gravamen que va implícito en toda modalidad de servidumbre.

De lo cual se sigue, atendiendo las particulares aristas del presente caso, que así ACUAVALLE hubiese propuesto idóneamente COMO PREVIA la excepción de prescripción extintiva tantas veces citada, antes de que se defina si ACUAVALLE S.A. ESP gana o no el derecho real de servidumbre invocado en su demanda de reconvencción -DETERMINACION OBVIAMENTE RESERVADA PARA LA SENTENCIA- resultaría improcedente decidir si a los dueños de los predios sirvientes SE LES EXTINGUIERON (por prescripción) LAS ACCIONES que por virtud del atributo de persecución *erga omnes* que le es connatural al derecho de dominio han ejercido contra la citada dicha entidad de servicios públicos, desde luego que como ya en líneas anteriores se dejó puntualizado, esa prescripción liberatoria es la resultante, efecto o resultado de que un tercero poseedor -en éste caso ACUAVALLE S.A. ESP- gane por prescripción adquisitiva el derecho real de servidumbre sobre una parte o porción de los inmuebles sobre los cuales aquellos ostentan su derecho de dominio.

En tales condiciones, se itera, aunque la prescripción extintiva hubiese sido invocada regularmente aquí como excepción previa, no era a través de sentencia anticipada como podía decidirse, sino que su definición debía quedar diferida a la sentencia, esto es, cuando se decidiese la suerte de las pretensiones que tanto los demandantes como la sociedad demandada se han impetrado recíprocamente; los primeros en la demanda principal, y la segunda a través de demanda de reconvencción.

En la aludida sentencia deberán igualmente analizarse, a las luz de las disposiciones legales que gobiernan la materia, otros tópicos esenciales subyacentes en las aludidas pretensiones -como el referente al régimen especial de las denominadas servidumbres “...en interés público...” (art. 46 del Decreto 1382 de 1940, arts. 125 y ss. del Decreto 1541 de 1978, arts. 28 y 57 de la ley 142 de 1994, entre otras)- así como lo concerniente a si la servidumbre de acueducto que ACUAVALLE pretende ganar por vía de usucapión es “*inaparente*” -y por ende imposible de ser adquirida por ese modo- como con énfasis lo aducen los actores.

Sentencia de segunda instancia (2010-00059-01) del 16 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia anticipada.

**REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS – Es discusión de tipo legal que no traspasa la órbita de los derechos fundamentales.**

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

Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso, el puntual motivo de inconformidad planteado por la agente oficiosa del accionante recae exclusivamente en no haberse autorizado el reembolso del dinero que la familia del paciente invirtió para lograr el restablecimiento de su salud ante la suspensión del tratamiento médico que a su juicio consideraban más “beneficioso” para éste.

Descendiendo al contexto que exterioriza el caso sometido a escrutinio del Tribunal, advierte la Sala que la decisión del Juez de Primer Grado en cuanto al punto de disenso de la impugnante será confirmada como quiera que no concurren las condiciones especiales que harían procedente el reembolso de gastos médicos [que ascienden a casi \$30.000.000,00] a través de este instrumento constitucional.

Como en líneas anteriores se indicó, las pretensiones económicas que buscan ser satisfechas por vía de tutela solo resultan procedentes en excepcionales circunstancias, principalmente cuando no existen otros mecanismos ordinarios a través de los cuales pueda ser exigido el pago de los dineros que se reputan adeudados, esto es, a través de los procesos judiciales correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.

Es que bajo el prisma de las reglas precedentemente señaladas se observa -primeramente- que si bien es cierto el señor JUAN MANUEL REYES BRAVO es un sujeto de especial protección en razón a su avanzada edad y su estado de salud, también lo es que su hija SONIA REYES GRUESO, quien ha actuado como su agente oficiosa, ha sido enfática en señalar que el dinero invertido para atender

los gastos de salud de su padre debe serle reembolsado a ella, por ser la persona quien atendió los mismos. Por tanto, al ser ella la interesada en la devolución de la mencionada prestación económica no es posible pregonar su condición de vulnerabilidad, y por tal razón el medio de defensa judicial al que tiene que acudir la señora SONIA REYES GRUESO para ese propósito si le es apropiado o idóneo.

De otro lado, se arguye que una vez fue suspendido el servicio de cuidado en casa inicialmente ordenado para el señor JUAN MANUEL REYES BRAVO la hija de éste solicitó la continuación del mismo a la EPS UNIMÉDICAS y que en vista de la negativa manifestada por la entidad decidió proveerle en forma particular al paciente todos los servicios que requería durante más de nueve meses. Y ocurre que en el *dossier* no milita prueba alguna que demuestre tal circunstancia, amén que transcurrió un lapso considerable -desde entonces- para acudir a la tutela reclamando la autorización del mencionado servicio. Tampoco aparece acreditado que la señora SONIA REYES GRUESO haya reclamado a la entidad accionada (FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES DEL PACÍFICO) el reembolso de los gastos médicos que afirma haber invertido en el tratamiento de su padre, por manera que la entidad no ha expresado su postura frente a tal petición y por tanto resultaría apresurado pronunciarse al respecto.

Concluye entonces la Sala que la discusión aquí planteada reviste un carácter de tipo legal que no traspasa a la órbita de los derechos fundamentales, pues en manera alguna la señora SONIA REYES GRUESO, quien reclama el reembolso dinerario, acreditó (ni siquiera lo adujo) que actualmente se encuentre afectado su derecho al mínimo vital. Obsérvese como esta fue insistente en afirmar que para sobrellevar los gastos médicos demandados por su progenitor tuvo que contraer numerosas obligaciones, sin embargo brilla por su ausencia elemento de prueba alguno que demuestre la veracidad de dicha afirmación.

No sobra puntualizar, finalmente, que si bien la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio ante la urgencia de la protección judicial reclamada, en el caso aquí estudiado la reclamante no cumplió con la carga de señalar las precisas condiciones que la enfrentan a una situación de urgencia, ni aportó los elementos de juicio que permitieran verificarlas. Recuérdese que es necesario un mínimo de diligencia del accionante para aportar elementos de juicio e indicaciones precisas que le permitan al juzgador arribar a la certeza de que se encuentra ante una situación extrema que amerita la intervención del juez constitucional para acceder a ordenar el pago de una prestación de carácter económico, lo cual no ha tenido ocurrencia en el presente caso.

Como colofón de lo hasta aquí discurrido, se confirmará la decisión impugnada.

**Tutela de segunda instancia (T-2014-323) del 19 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**DERECHO A LA SALUD - Los gastos de traslado del paciente no pueden convertirse en un obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales.**

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

Acuerdo 029 de 2011, artículos 42 y 43.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-900 de 2000, T-550 y T-346 de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Acerca del transporte reclamado por el accionante hasta la IPS ubicada en una ciudad diferente a la de su residencia (donde NUEVA EPS autorice los servicios de salud que requiere), pertinente resulta memorar que el transporte de los pacientes constituye un servicio que de conformidad con el Acuerdo 029 de 2011 emitido por la Comisión de Regulación en Salud se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, en los siguientes casos: (i) para el traslado en ambulancia entre instituciones prestadoras de servicios de salud de pacientes remitidos por otra institución, que no cuenta con el servicio requerido; (ii) cuando el paciente sea remitido en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad del prestador de salud, y según el criterio del médico tratante; y (iii) cuando se requiere el transporte de un paciente ambulatorio, en un medio diferente a la ambulancia, para que acceda a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia.

En los demás casos, cuando la falta de recursos para sufragar el desplazamiento impide que una persona se traslade a una IPS para recibir un servicio médico, se materializa una barrera para acceder al goce efectivo de su derecho a la salud, y en consecuencia, corresponde al Juez Constitucional aplicar la regla jurisprudencial para la procedencia del amparo encaminado a que la EPS asuma el costo del traslado cuando se acredite que “...(i) *ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado* y (ii) *de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario...*”.

Por consiguiente, el financiamiento de los gastos de traslado como garantía de acceso a los servicios médicos, que se traduce en “...*tener derecho a los medios de transporte para poder recibir la atención requerida...*” puede materializarse con la autorización del servicio de transporte u ordenando el suministro de ayuda económica.

De las pruebas que militan en el expediente fluye que el accionante (i) se encuentra afiliado al régimen contributivo del SGSSS como cotizante; (ii) éste fue enfático en afirmar ante el juez de primer grado que no posee los recursos económicos suficientes para sufragar los costos que demanda su traslado hacia otra ciudad para acudir a las citas médicas [afirmación no refutada por la EPS accionada]. Así pues, por tratarse de un sujeto que merece protección constitucional, tiene derecho a que la entidad accionada garantice su desplazamiento hasta la IPS de otra ciudad diferente a la de su domicilio, puesto que para él los gastos de transporte adquieren el carácter de fundamental y deben ser amparados por este mecanismo constitucional, toda vez que para el goce efectivo y real del derecho a la salud es indispensable que asista a todas sus citas médicas ante los especialistas que demanda el tratamiento de su padecimiento, pues tal como se señaló en líneas anteriores los gastos de traslado del paciente no pueden convertirse en un obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por ello, y teniendo en cuenta la imposibilidad de sufragar los gastos de traslado, NUEVA EPS debe asumir su desplazamiento, toda cuenta que en este caso se

cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que sea dicha entidad la que garantice el acceso al servicio.

Como colofón de lo hasta aquí expuesto, la Sala adicionará el fallo impugnado para ordenar a NUEVA EPS suministrar los gastos de desplazamiento del paciente FERNANDO MARTÍNEZ FRANCO desde su lugar de residencia hasta la IPS de la ciudad de Pereira donde será atendido por el especialista correspondiente.

Tutela de segunda instancia (T-2014-324) del 19 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: adiciona la sentencia impugnada.

**ADMISIÓN EN CONCURSO DE LA RAMA JUDICIAL – Las reclamaciones deben ser enviadas a las direcciones electrónicas establecidas para tal efecto.**

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

Acuerdo 9939 de 2013, Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura, artículo tercero, numeral cuarto.

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

Corte Constitucional, sentencia T-321 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

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

En el presente caso no se configura el mencionado presupuesto, puesto que la UNIDAD DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA JUDICIAL no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

En efecto, la accionante, una vez enterada de que no fue admitida para el cargo de Juez Laboral Municipal de Pequeñas Causas (convocatoria adelantada en virtud al Acuerdo No. PSAA13-9939), decidió efectuar la reclamación correspondiente con el fin de que fuera verificado el cumplimiento de los requisitos, más concretamente el relacionado con la experiencia para el cargo. Dicha solicitud fue remitida vía correo electrónico dirigiéndose el mismo a la dirección "[carjurd@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:carjurd@cendoj.ramajudicial.gov.co)". Posteriormente al verificar las diferentes determinaciones adoptadas por la Unidad de Administración de Carrera Judicial y no hallarse admitida tampoco en las mismas, incoó la presente solicitud de amparo constitucional con el fin de que a través de este instrumento se disponga lo pertinente sobre su admisión.

Esbozado el anterior panorama, fluye nítido que -desde un principio- la reclamación de la actora no fue formulada debidamente, pues el Acuerdo No. PSAA13-9939 "*Por medio del cual se adelanta el proceso de selección y se convoca al concurso de méritos para la provisión de los cargos de Funcionarios de la Rama Judicial*" en el numeral 4 del artículo 3° indica con total claridad lo siguiente: "...Solo hasta dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la resolución los aspirantes rechazados podrán pedir la verificación de su

documentación, mediante escrito que debe ser remitido únicamente al correo electrónico [carjud@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:carjud@cendoj.ramajudicial.gov.co) dentro del término citado...”.

Es claro, entonces, que fue la falta de cuidado de la accionante al momento de remitir su petición [dirigiéndola a una dirección electrónica diferente a la anunciada públicamente por la autoridad accionada] lo que motivó que la Unidad de Administración de Carrera Judicial no tuviera conocimiento de su reclamación y por ende, no contara con la posibilidad de pronunciarse sobre ella; por manera que no puede ahora aquella acudir a este instrumento de protección constitucional para subsanar un yerro que solo a ella es imputable, y obtener por esa vía la satisfacción de su pretensión de ser admitida en la convocatoria.

En tales condiciones, el amparo constitucional materia de examen no tiene vocación de prosperidad y por ende será desestimado.

**Tutela de primera instancia (T-2014-366) del 19 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.**

**PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO – Si el deudor hipotecante ha vendido el bien, la demanda deberá dirigirse contra el actual propietario/INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA – Los 120 días no corren cuando el expediente ha ingresado al despacho para resolver peticiones sobre la notificación personal o el emplazamiento al demandado, y no por peticiones sobre medidas cautelares u otras distintas.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 90 y 554; Código de Comercio, artículos 789, 792 y 784, numeral décimo; Código Civil, artículo 2539.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 6364 del 4 de julio de 2002; Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2005.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, el problema jurídico que plantea la alzada corresponde en determinar ¿si como lo dijo el *a quo* las obligaciones materia de reclamo por parte del BANCO AV VILLAS, están extinguidas por haber operado el fenómeno de la prescripción?

Para dar una respuesta al interrogante, debe empezarse por lo tocante al tema de la legitimación en la causa de ambos extremos. Por activa, si bien obra como acreedora dentro de los pagarés la COPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA AHORRAMÁS, mediante proceso de fusión por absorción ésta modificó su denominación social por AV VILLAS, por tanto no cabe ningún reparo frente al punto. Por pasiva, sin bien los pagarés fueron suscritos por la sociedad ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA, los aquí ejecutados adquirieron posteriormente los inmuebles gravados con hipoteca, luego conforme con el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, es válida la formulación de la demanda contra los actuales propietarios de los inmuebles gravados; además porque en las escrituras de compraventa de cada lote, como luce en los certificados de tradición, los ejecutados al mismo tiempo hipotecaron a favor de Ahorramás sus inmuebles.

Sin embargo como la ejecución se soporta en unos títulos valores – pagarés, no llama a discusión que la acción que aquí se ha ejercido es la acción cambiaria directa, garantizada además con hipoteca.

De acuerdo con lo normado en el numeral 10° del artículo 784 *idem*, contra esta acción puede proponerse la excepción de prescripción, y la misma se configura, si no se ha ejercido transcurridos tres años desde la fecha señalada para el cumplimiento de las obligaciones, de modo que dicho término debe contabilizarse desde cuando la obligación se haya hecho exigible, es decir, desde que el acreedor queda en posibilidad jurídica de exigir el pago de la prestación a cargo del obligado. (Art. 789 *Ibid.*).

La prescripción puede interrumpirse ya natural ya civilmente. (artículos 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil); lo primero cuando el deudor reconoce la obligación expresa o tácitamente; lo segundo, con la presentación de la demanda, siempre y cuando la notificación al demandado se practique dentro del plazo máximo establecido por la ley procesal, desde la notificación al demandante del auto que libra mandamiento de pago.

En el asunto *sub examine*, como quiera que la demanda fue presentada el 04-feb-2000, cuando aún no entraba en vigencia la reforma que introdujo la ley 794 de 2003 al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, el término aplicable para que opere la interrupción de la prescripción por efectos de la demanda es CIENTO VEINTE (120) días y no un (1) año como se ha venido manejando en la última década.

No se desconoce que la jurisprudencia morigeró la aplicación del artículo 90 – antes de la reforma del año- para que se tuvieran en cuenta todas las vicisitudes que de ordinario se presentan en el trámite de los procesos, para no incurrir en injusticias y trasladar al demandante cargas desproporcionadas o irrazonables que no tiene la obligación de asumirlas.

En efecto, por un lado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en lo tocante al punto, sostuvo:

a) para que se interrumpa la prescripción o sea inoperante la caducidad se requiere que el correspondiente auto admisorio de la demanda o el mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique personalmente o mediante curador ad litem al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación del mismo auto al demandante; b) esos 120 días son hábiles y corren sin que sea posible su interrupción como consecuencia de peticiones del actor distintas a las relacionadas con la notificación personal o con el emplazamiento y el nombramiento de curador *ad litem* al demandado, que se constituyen en los únicos motivos válidos por los cuales debe ingresar para esos efectos el expediente al despacho del Juez; c) otros ingresos al despacho así sea por peticiones urgentes, como sería el relacionado con medidas cautelares, resultan irrelevantes a esos fines; y d) mientras el expediente esté al despacho por los motivos determinados en el aparte b), no correrán el término de los 120 días ya aludido, y por ende deberá hacerse el descuento pertinente. (Subrayas fuera de texto)

De lo anterior se establece entonces que, de un lado, no se puede premiar la conducta del demandado que ha sido renuente a colaborar con el acto de notificación; y del otro, que no todo ingreso del proceso a la mesa del Juez -como

lo pretende el apelante- constituye interrupción del plazo de los 120 días, lo que significa que sólo es posible descontar los días en que el expediente esté al despacho, cuando la entrada tenga relación con peticiones referentes al tema de la notificación del extremo demandado, pues, en caso contrario, ninguna resta puede hacerse por ese concepto.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es cierto que la demanda se presentó oportunamente (04-feb-2000), en la medida en que si los pagarés tienen como fechas de exigibilidad el 26 de febrero de 1999 y 26 de mayo de 1999, los tres años desde el vencimiento se cumplían el 26 de febrero y el 26 de mayo de 2002.

Sin embargo, es palpable que para el 30 de julio de 2003, cuando se notificaron personalmente los primeros 2 de los 23 demandados, HIMELDA ALARCÓN y MARCO ANTONIO AQUITE OSORIO, la prescripción se había configurado, en la medida en que la notificación se produjo más de un año después de mayo de 2002, es decir, por fuera del trienio límite desde la fecha de vencimiento de los pagarés. Lo mismo sucede con las posteriores notificaciones de MARCO ANTONIO AQUITE OSORIO e HIMELDA ALARCÓN el 30 de julio de 2003, y de JAIRO SANTOS GARCÍA por conducta concluyente el 01 de febrero de 2006, y ni se diga de la de los demás demandados mediante *curador ad litem* el 26 de marzo de 2007, lo que sin dudas hace que la prescripción que decretó el a quo sea acertada.

Y aquí importa hacer un paréntesis para aclarar, aunque no venga al caso porque de todas formas la notificación fue extemporánea, que si bien el artículo 792 del Código de Comercio establece que las causas que interrumpen la prescripción se hacen extensivas a los demás deudores cambiarios, dicha norma no puede aplicarse al presente asunto en cuanto aquí no se puede hablar de pagarés con codeudores, sino de una acción hipotecaria dirigida contra los actuales propietarios de los inmuebles gravados, que son personas distintas de los que inicialmente suscribieron los pagarés.

En su escrito de apelación, el abogado del banco demandante alega que la falta de notificación oportuna a los ejecutados es atribuible al Juzgado de primera instancia, sin embargo por lo que revela la foliatura, la Sala llega a una conclusión totalmente opuesta. En efecto, si el mandamiento de pago fue notificado al demandante por estado el 02 de junio de 2000, ello significa que el término de 120 días vencía, como atinadamente lo dijo el *a quo*, el 30 de noviembre de 2000.

No obstante, el Tribunal observa con nitidez que la apoderada inicial del Banco no fue acuciosa o diligente como lo reclamaba la situación procesal. En efecto, mientras que el mandamiento ejecutivo le fue notificado por estados el 02 de junio de 2000, solo hasta el 24 de enero del 2001 –cuando ya estaban vencidos los 120 días- esperó para presentar al juzgado las expensas necesarias para empezar con los actos de notificación de sus más de 20 demandados, luego contrario a lo que argumenta la alzada, no es atribuible al Juzgado los casi 8 meses de tardanza en la iniciación de los actos tendientes a la notificación de los ejecutados.

Siendo ello así, no se pueden descontar de los 120 días de plazo, los días de ingreso del proceso al despacho, si se tiene en cuenta que entre el mandamiento de pago, al 24 de enero de 2001, todas las peticiones que elevó la apoderada inicial del banco, tuvieron un propósito absolutamente distinto al de la notificación de los ejecutados, que es lo que la jurisprudencia permite tener en cuenta para descontar de los días de plazo para notificar.

En adelante las diligencias de notificación fueron sin duda descuidadas, hasta el año 2003 cuando el banco revocó el mandato a la apoderada inicial, para encomendar la tarea a otro abogado, con quien se tramitó el proceso hasta la sentencia, e incluso ahora la apelación.

Por estas potísimas razones el demandante no puede tener abrigo bajo el supuesto fáctico a que aluden las jurisprudencias transcritas, para modificar o atemperar la fecha de interrupción de la prescripción.

Corolario de lo anteriormente expuesto, se tiene que desde la fecha de vencimiento de los pagarés, hasta cuando finalmente se notificó a los ejecutados, trascurrieron ampliamente los 3 años de prescripción, sin que la presentación de la demanda tuviera efectos de interrupción, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

Sentencia de segunda instancia (2000-00051-01) del 20 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA – Prescribe en tres años a partir del día del vencimiento/CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO O “CLÁUSULAS ACELERATORIAS” – Para la prescripción de las cuotas pendientes se tiene en cuenta la presentación de la demanda, y para las cuotas vencidas, la prescripción corre desde la exigibilidad individualmente considerada.**

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

Código de Comercio, artículos 781, 789 y 784, numeral décimo; Ley 45 de 1990, artículo 69; Código de Procedimiento Civil, artículo 90; Código Civil, artículos 2536 y 2539.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De otro lado, el problema jurídico que plantea la alzada corresponde en determinar ¿si como lo dijo la *a quo* la obligación materia de reclamo por parte del BANCO DE OCCIDENTE, está extinguida por haber operado el fenómeno de la prescripción?

Para dar una conclusión al interrogante, debe precisarse desde ya que no es mucho lo que tiene que agregar el Tribunal a las consideraciones efectuadas por la juez de primera instancia para declarar probada la prescripción, pues el criterio legal en el cual se fundamentó la decisión impugnada resulta acertado.

En efecto, la acción aquí ejercida, en tanto fue por el legítimo tenedor del título-valor contra el aceptante de la promesa de pago, es la acción cambiaria directa de que trata el artículo 781 del Código de Comercio. De acuerdo con lo normado en el numeral 10° del artículo 784 *idem*, contra esta acción puede proponerse la excepción de prescripción, y la misma se configura, si no se ha ejercido transcurridos tres años a partir de la fecha señalada para el cumplimiento de las obligaciones, de modo que dicho término debe contabilizarse desde cuando la obligación se haya hecho exigible, es decir, desde que el acreedor queda en posibilidad jurídica de exigir el pago de la prestación a cargo del obligado. (Art. 789 *Ibid.*).

La prescripción puede interrumpirse ya natural ya civilmente. (artículos 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil); lo primero cuando el deudor reconoce la obligación expresa o tácitamente; lo segundo, con la presentación de la demanda, siempre y cuando la notificación al demandado se realice dentro del año siguiente desde la notificación del auto que libra mandamiento de pago al demandante.

Al interrumpirse la prescripción, como es sabido, el término que inicialmente transcurriera, se rehabilita, por lo que debe contabilizarse de nuevo el mismo lapso a partir de hecho generador de la interrupción. Lo anterior, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, según el cual *“Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”*.

Aplicando las anteriores premisas al caso bajo estudio, tiénese entonces que la prosperidad de la prescripción está llamada ser confirmada, en tanto del acervo probatorio se infiere que conforme a la literalidad de los pagarés allegados como base de la acción, sus fechas de exigibilidad son: (1) el 02 de diciembre de 2008 y (2) el 06 de enero de 2009. Lo que significa que los 3 años de prescripción se cumplirían el (1) el 02 de diciembre de 2011 y (2) el 06 de enero de 2012; de manera que al momento de presentación de la demanda, esto es, el 26 de octubre de 2010, aún no había transcurrido el vencimiento del fenómeno prescriptivo.

Sin embargo, la presentación de la demanda no tuvo como efecto la interrupción de la prescripción de la acción derivada de los pagarés base de la acción. En efecto, del expediente se extrae que el mandamiento de pago fue notificado por estado al ejecutante el día 9 de noviembre de 2010, mientras que el demandado se notificó por conducta concluyente de ese mismo auto dos (2) años después el 09 de noviembre de 2012, siendo evidente entonces que no se surtieron los presupuestos contemplados en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, para que la presentación de la demanda interrumpiera el fenómeno prescriptivo, toda vez que entre una y otra fecha, transcurrió un término abultadamente superior al año consagrado en la disposición aquí mencionada.

Y para la fecha en que se verificó la notificación personal al demandado del mandamiento de pago, esto es, el día 09 de noviembre de 2012, habían corrido más de los tres años de que trata el artículo 789 del estatuto mercantil para la ocurrencia de la prescripción de la acción cambiaria, luego es absolutamente válido confirmarla sentencia apelada.

Finalmente y por lo que atañe a los argumentos de la apelación, relativos a que la prescripción debe contarse desde la presentación de la demanda, en tanto allí fue que se hizo exigible la obligación por el uso de la cláusula aceleratoria, debe precisar el Tribunal que dicha tesis no puede ser acogida, en tanto la referida cláusula opera para las obligaciones cuyo pago se pactó por cuotas, más no para obligaciones de un solo pago como la de los pagarés que aquí se trajeron.

Así, debemos entender la cláusula de vencimiento anticipado del plazo, mal llamada *“cláusula aceleratoria”*, como aquella estipulación accidental, en virtud de la cual se faculta al acreedor para declarar vencido el plazo anticipadamente, y por tanto para exigir de inmediato la devolución de la totalidad de lo debido ante la ocurrencia de alguno de los supuestos que provoque la extinción del plazo, la que en la mayoría de eventos se genera por la mora del deudor en el pago de los instalamentos acordados. Esta cláusula aceleratoria encuentra fundamento legal en el artículo 69 de la ley 45 de 1990, el cual indica: *“Cuando en las obligaciones*

mercantiles se estipule el pago mediante cuotas periódicas, la simple mora del deudor en la cancelación de las mismas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución del crédito en su integridad, salvo pacto en contrario...". (Subrayas fuera de texto)

Entonces, si el acreedor está facultado para extinguir el plazo y efectivamente se vale de esa prerrogativa, lo que hace en verdad es anticipar el vencimiento de las prestaciones pactadas para un cumplimiento futuro y acelerar el capital, generando la inmediata exigibilidad de las obligaciones no vencidas a partir de la presentación de la demanda.

Por el contrario, aquellas cuotas cuyo vencimiento se presentó antes de la formulación de la demanda, indiscutiblemente tendrán una exigibilidad independiente y separada -ya ocurrida-, que no puede confundirse con la exigibilidad de las prestaciones cuyo plazo se da por extinguido con arreglo a la antedicha "cláusula aceleratoria".

En suma, en tratándose del capital acelerado, el término de la prescripción se cuenta desde la presentación de la demanda, mientras que para las cuotas vencidas con anterioridad a la formulación de aquella, el lapso prescriptivo corre desde su exigibilidad individualmente considerada, vale decir, la prescripción de cada cuota causada antes de la presentación de la demanda, se contará a partir de su respectivo vencimiento, y respecto de las cuotas cuyo plazo no ha fenecido -futuras- el término prescriptivo se contará a partir de la presentación de aquella, fecha en la que se hacen exigibles por virtud de la cláusula aceleratoria.

En consecuencia, si las obligaciones aquí demandadas habían vencido mucho antes de la demanda, el trienio de prescripción debe contarse desde el vencimiento individual de cada título, pues es claro que los pagarés allegados no tenían cuotas que vencieran a futuro que se hicieran exigibles anticipadamente con la demanda, luego no son de recibo los argumentos de la apelación.

Entonces, a pesar de que en los pagarés materia de ejecución se pactó la posibilidad del Banco de declarar vencido el plazo anticipadamente, la tesis de la exigibilidad a partir de la demanda planteada en la apelación no es de recibo por esta Sala, en tanto es claro que la obligación no se pactó por cuotas, sino para pagarse en un solo instalamento, por demás muy anterior a la demanda. Luego la norma que rige el momento detonante para el conteo de la prescripción es el artículo 789 del Estatuto Mercantil, es decir, 3 años desde el vencimiento, lo que no se presta para interpretaciones a conveniencia como la de la apelación, según la cual la exigibilidad fue con la presentación de la demanda.

Corolario de lo anteriormente expuesto, se tiene que desde la fecha de vencimiento de los pagarés, hasta cuando finalmente se notificó al ejecutado, trascurrieron ampliamente los 3 años de prescripción, sin que la presentación de la demanda tuviera efectos de interrupción, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

Sentencia de segunda instancia (2010-0148-01) del 20 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DESACATO - Suspensión de las sanciones en los asuntos contra Colpensiones.

### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículos 52 y 53.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, autos 110 y 310 de 2013.

### 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.

Lo anterior significa que, en el incidente de desacato se debe realizar por el funcionario judicial un juicio subjetivo de responsabilidad para ver más allá del material o físico incumplimiento de la orden tutelar, la voluntad de desobedecimiento por parte del destinatario de la misma, la imposibilidad de la observancia y en fin, todos los elementos que permitan discernir con justeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean el suceso, todo en orden al establecimiento del desacato y sus consecuencias.

En el asunto *sub examine*, no es dable abrigar la idea de que el incumplimiento al fallo de tutela proferido en favor del señor HERNAN DE JESUS SEPULVEDA CASTRO apareje para la autoridad accionada la carga de probar la existencia de alguna circunstancia que la colocó en imposibilidad de cumplir con dicho fallo, en razón a las especiales circunstancias que rodean la situación actual de COLPENSIONES.

Precisamente sobre este tema, la Corte Constitucional mediante auto 110 de 2013 puntualizó lo siguiente:

(...)

“41. En ese orden de ideas la Sala dispondrá que los jueces de la República al momento de resolver las acciones de tutela por violación del derecho de petición de solicitudes radicadas en su momento ante el ISS o contra resoluciones en que el ISS resolvió sobre el reconocimiento de una pensión o, sobre los incidentes de desacato por tutelas concedidas por acciones u

omisiones de la misma entidad, se seguirán las siguientes reglas: 1) en los casos en que se cumplan las reglas de procedibilidad formal y material de la acción de tutela (SU-975/03 f.j. 3.2.2.), el juez concederá la tutela del derecho de petición o el reconocimiento de la pensión, según el caso, pero dispondrá que Colpensiones tiene hasta el 31 de diciembre de 2013 para cumplir el fallo de acuerdo al orden de prioridad de que trata esta providencia, salvo en el caso de las personas ubicadas en el grupo con prioridad uno, evento en el cual deberá acatarse la sentencia dentro del término dispuesto en el párrafo 42 de esta providencia y; 2) Colpensiones tendrá hasta el 31 de diciembre de 2013 para cumplir las sentencias que ordenaron la contestación de una petición o el reconocimiento de una pensión, por lo que las sanciones por desacato dictadas a la fecha de comunicación de este auto se entenderán suspendidas hasta dicha data.

Posteriormente y en seguimiento a las órdenes de protección dictadas en el Auto 110 de 2013, la Corte Constitucional mediante auto A-320 de 2013 evaluó la necesidad de profundizar la intervención constitucional iniciada en la mencionada providencia, y adoptó nuevas medidas de salvaguarda al siguiente tenor:

Por el contrario, la medida sí se advierte necesaria y proporcional en sentido estricto frente a las prestaciones de incremento, reajuste o reliquidación pensional hasta el 31 de julio de 2014, pues el otorgamiento de un plazo adicional es indispensable para que Colpensiones destine dicha capacidad de respuesta a trámites prioritarios como los alusivos al reconocimiento y pago de una pensión en cualquiera de sus modalidades, auxilios funerarios e indemnización sustitutiva de la pensión, o asuntos relacionados con los ancianos en condiciones de indigencia o subsidio a la cotización. Es proporcional en tanto los solicitantes de reliquidación pensional actualmente se encuentran disfrutando de un ingreso periódico (mesada pensional) que les permite satisfacer por lo menos su mínimo vital cuantitativo.

En suma, la Corte Constitucional accederá a la suspensión de la sanción por desacato pedida por Colpensiones, en los siguientes términos:

*Cuadro único*

<p>En relación con los servidores públicos de Colpensiones se entenderán suspendidas las sanciones por desacato a sentencias de tutela dictadas en contra del ISS o Colpensiones, que se refieran a las siguientes prestaciones y hasta las siguientes fechas:</p>	
<p><i>Trámites</i></p>	<p><i>Término de suspensión</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Solicitudes de los Grupos de Prioridad 2 y 3 del Auto 110 de 2013, radicadas ante el ISS por personas pertenecientes a estos colectivos.</li> </ul>	<p>Se suspende la imposición y ejecución de sanciones por desacato hasta el 28 de marzo de 2014.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Solicitudes de auxilios funerarios e indemnización sustitutiva de la pensión, radicadas ante el ISS o Colpensiones.</li> </ul>	<p>Se suspende la imposición y ejecución de sanciones por desacato hasta el 28 de marzo de 2014.</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Solicitudes de incremento, reajuste o reliquidación pensional, radicadas ante el ISS o Colpensiones.</u></li> <li>• <u>Corrección de historia laboral de usuarios del ISS o Colpensiones, siempre que no sea necesaria para el reconocimiento actual de una prestación.</u></li> </ul>	<p><u>Se suspende la imposición y ejecución de sanciones por desacato hasta el 31 de julio de 2014.</u></p> <p><u>En relación con las solicitudes de incremento, reajuste o reliquidación pensional, la suspensión procederá siempre y cuando los peticionarios se encuentren recibiendo efectivamente el pago de una mesada pensional.</u></p>
<p>Lo anterior frente los trámites de (i) respuesta a solicitudes de reconocimiento prestacional o de información del estado del respectivo trámite; (ii) cumplimiento de sentencias; (iii) resolución de recursos administrativos; (iv) notificación de actos administrativos; (v) inclusión en nómina y; (vi) <u>pago efectivo de la prestación.</u></p>	

2) en relación con los servidores públicos de Colpensiones se entenderán suspendidas las sanciones por desacato a sentencias de tutela dictadas en contra del ISS o Colpensiones, concernientes a las prestaciones señaladas en el párrafo 139 cuadro único de esta providencia y hasta la fecha allí señalada;

Sin duda, 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 la mora en resolver la solicitud del accionante obedece a la problemática administrativa que afecta a la entidad accionada, por modo que no puede sindicársele a dichas funcionarias responsabilidad a título de culpa o dolo. Aunado se encuentran disfrutando de un ingreso periódico (mesada pensional) que le permite satisfacer por lo menos su mínimo vital cuantitativo.

Es que el problema estructural en que actualmente se encuentra COLPENSIONES debido al altísimo volumen de solicitudes pensionales y los fallos de tutela que debía atender el ISS EN LIQUIDACIÓN y no lo hizo, es tan alarmante, que la misma Corte Constitucional dispuso suspender las sanciones ya impuestas a los funcionarios de esa entidad ampliando los términos inicialmente establecidos e incluyendo las peticiones que fueron radicadas directamente ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

Y comoquiera que le otorgó un plazo para la suspensión de sanciones de desacato, hasta el 31 de julio del presente año, por esta potísima razón se revocará el auto consultado.

Auto 157 del 20 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el auto consultado.

**REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO – No registrar la información sobre la licencia de conducción vulnera los derechos fundamentales de *habeas data* y de petición**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 15 y 23; Resolución 2757 de 2010, Ministerio de Transporte.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-2004 de 2006, SU.082 de 1995, C-307 de 1999, T-729 de 2002 y T-1160A de 2001.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe a los derechos sobre los que se invoca protección, hacen parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo establecido de los hechos de la tutela, el análisis a realizar se enfoca a determinar ¿Si las accionadas, han vulnerado los derechos fundamentales de *habeas data* y petición del accionante, por no haber reportado la información de su licencia de conducción No. 76834-019003 categoría 04, expedida por La Secretaría de Tránsito de Tuluá (V), lo cual le impide en la actualidad, conducir vehículos y obtener renovación de la licencia de conducción?

La Corte ha sostenido que los elementos del derecho de *habeas data*, según el mismo artículo 15 de la Constitución Política se precisan en el derecho a: (i) conocer las informaciones que a ella se refieren; (ii) actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos; y (iii) rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad.

Ahora bien, en cuanto al derecho de petición, ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en enfatizar que éste no se logra con el simple acuse de recibo de la petición, sino que debe dar una respuesta que comprenda el fondo del tema sometido a su consideración, requiriéndose además, su notificación de manera oportuna al interesado, imponiendo de éste modo, una obligación a cargo de la administración.

Igualmente ha resumido las reglas básicas que rigen el derecho de petición, las cuales reitera en Sentencia T-1160A/01 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa donde establece los requisitos específicos que debe cumplir la respuesta de las peticiones elevadas.

Así las cosas, para un efectivo cumplimiento a este derecho fundamental es necesario que dentro del término legal se responda de forma clara y suficiente el asunto objeto de la petición por ser ésta la única manera posible en la que el interesado puede conocer las razones que sustentan la posición asumida frente a su requerimiento, de lo contrario, su situación permanecería indefinida. Así mismo, debe notificarse la respuesta al interesado, de no ser así, se tornaría nugatoria la protección del derecho.

Luego, la satisfacción de esta garantía fundamental se produce cuando, una vez formulada la solicitud, se da respuesta dentro de los parámetros desarrollados por la Jurisprudencia Constitucional.

Descendiendo al caso bajo estudio, del escrito de tutela y los anexos que la acompañan, se puede evidenciar: i), que en efecto, la accionante posee licencia de conducción categoría 04, identificada con el número 76834-019003 expedida por la Secretaria de Tránsito de Tuluá fecha de elaboración 29 de septiembre de 1998 ii)

que la accionante elevó petición ante la Secretaria de Tránsito de Tuluá en el cual solicitó el cargue de la licencia de tránsito mencionada, en la plataforma del RUNT, a fin de poder conducir vehículos y obtener duplicado o renovación de la misma. iii) **EI CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE TULUA LIMITADA**, mediante oficio del 10 de abril de 2014 contestó a la accionante su petición, donde manifestó en primer lugar que en algunos casos no fue posible, siendo una de las más complicadas el reporte de información con archivos no digitales como son los libros donde reposaba la expedición de licencias de conducción y solo hasta el 03 de septiembre de 2012 se podía migrar información a dicha plataforma, seguidamente expresa que no es posible realizar duplicado o renovaciones de la licencia de conducción al no figurar en la plataforma RUNT, y por último le informa que estará pendiente de una nueva apertura del RUNT para la migración de licencias de conducción.

De donde se sigue que es clara la necesidad del petente, de obtener el registro de su licencia de conducción en el sistema del RUNT para poder conducir vehículos y obtener renovación de la misma en cumplimiento a la normativa vigente, y que corresponde al **CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE TULUA LIMITADA**,-prestadora de los Servicios de Tránsito y Transporte en el Municipio de Tuluá (V), con la colaboración del **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y el **CONSORCIO RUNT**, adicionar en la base de datos del RUNT, con la referida información relacionada con la licencia de conducción categoría 4, No.76834-019003, dado su deber constitucional de inclusión y actualización del registro de datos.

Lo anterior por cuanto mediante lo ordenado en la Resolución 2757 del 10 de julio de 2008 del **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, los Organismos de Tránsito podían corregir, incorporar e inactivar la información, entre otras, del Registro Nacional de Conductores, es decir, a partir de esa fecha, la Secretaria de Tránsito de Tuluá (V) ahora **CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRADOS DE TRANSIRO Y TRANSPORTE DE TULUA LIMITADA**,-, asumió la competencia para ingresar a la base de datos la información relacionada con la licencia de conducción otorgada a la accionante y estaba en el deber de corroborar que tales datos fueran ingresados a la plataforma RUNT, y como no lo hizo vulneró los derechos de petición y habeas data del accionante sin que el hecho de no tener la totalidad de los archivos digitalizados justifiquen tal omisión vulneradora de derechos fundamentales.

Por tanto, comprobada la vulneración al derecho fundamental al *habeas data* del accionante, en razón a que la entidad accionada por falta de actuación, no tramitó la actualización y la rectificación de la información, o si lo hizo no se cercioró de las razones por las cuales no quedo registrada tal información en el RUNT procede la tutela solicitada.

Además, sin duda alguna y pese a la respuesta emitida por la accionada, frente al derecho de petición elevado por el quejoso, tendiente a obtener el ingreso de su licencia al **REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRANSITO**, éste constituye una verdadera petición en interés particular, que sólo se satisface con la resolución de lo pedido y con la expedición del documento solicitado, por lo que la entidad accionada debe adelantar los trámites necesarios ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y el **CONSORCIO RUNT** para satisfacer lo pretendido por el accionante en defensa de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, se ordenará al **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, cartera a la que pertenece el Registro Único Nacional de Transito RUNT, para que administrativa

y tecnológicamente facilite el proceso de reporte de información de la licencia de conducción No. 76834-019003, categoría 4 expedida a nombre del accionante, el cual debe adelantar el CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE TULUA LIMITADA.

En consecuencia, se impone la protección de los derechos invocados y en consecuencia, se ordenará al CONSORCIO DE SERVICIOS INTEGRADOS DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE TULUA LIMITADA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no la ha hecho, reporte al Registro Único Nacional de Tránsito RUNT, del Ministerio de Transporte, la licencia de conducción No. 76834-019003I, categoría 4, expedida a nombre de JULIAN ANDRES CASTAÑO QUICENO, de conformidad con el procedimiento previsto en la normatividad vigente.

Tutela de segunda instancia (T-079-14) del 21 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: tutela los derechos fundamentales de *habeas data* y de petición.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La prosperidad de la reivindicación exige, entre otros aspectos, que los títulos de propiedad del demandante sean anteriores a la posesión del demandado.**

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-590 de 2005, SU 168 de 1999, T-114 de 2002, T-076 de 2005 y T-456 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el evento *sub examine* la accionante ALICIA VILLALBA SALDARRIAGA pretende que por ésta vía se reversen las sentencias de primera y segunda instancia, con las que los JUZGADOS PROMISCOU MUNICIPAL DE ZARZAL y CIVIL DEL CIRCUITO DE ROLDANILLO, negaron sus pretensiones reivindicatorias elevadas en contra de su hija MARGOTH SANTAMARÍA VILLALBA, alegando para el efecto que la sentencia constituye una vía de hecho por falta de apreciación de las pruebas y por no haberse tenido en cuenta su situación de sujeto de especial protección, por su avanzada edad.

Sobre el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia para la acción de tutela debe precisarse que se encuentran cumplidos a satisfacción, pues además de que la sentencia de segunda instancia atacada data del 10 de marzo de 2014 y por ende no supera los 6 meses –inmediatez-; dentro del proceso ya se agotaron todos los recursos al alcance de la accionante. –subsidiariedad-

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos que quedaron expuestos, se debe estudiar la ocurrencia de alguna de las causales genéricas de procedibilidad que han sido establecidas y ampliamente estudiadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: *defecto orgánico sustantivo, procedimental o fáctico; error inducido; decisión sin motivación; desconocimiento del precedente constitucional; y violación directa a la constitución.*

Así, de los elementos de juicio obrantes en el expediente de tutela, se advierte que ambos juzgados coincidieron en la negación de las pretensiones elevadas por la accionante tras aducir un argumento central: Que si los títulos de propiedad de la accionante datan del 2011, son posteriores a la posesión de la demandada, quien

la ha venido ejerciendo junto con sus otros hermanos, desde 1969; luego al ser la posesión anterior a la propiedad de la demandante, su reivindicación está llamada al fracaso.

Bajo los anteriores lineamientos, no observa la sala que en el presente asunto se haya incurrido por parte de los jueces accionados en una causal que configure una vía de hecho, pues lo cierto es que la postura por ellos defendida encuentra sustento en múltiples jurisprudencias de la Sala de Casación Civil de la C.S.J., e incluso de la Corte Constitucional por vía de tutela. Veamos:

#### Elementos estructurales de la acción reivindicatoria

(...)

La doctrina y jurisprudencia nacional han reconocido que para obtener el resultado esperado en un proceso reivindicatorio, es necesario que se pruebe la existencia de los siguientes elementos estructurales: (i) Que el demandante tenga derecho de dominio sobre la cosa que persigue; (ii) Que el demandando tenga la posesión material del bien; (iii) Que se trate de una cosa singular o cuota determinada de la misma; (iv) Que haya identidad entre el bien objeto de controversia con el que posee el demandado; y además, (v) que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado. (Negrillas del Tribunal)

(...)En este orden de ideas, la Sala advierte que si en el presente asunto el motivo por el cual se negaron las pretensiones de la demandante, fue porque quedó establecido que su título de propiedad se perfeccionó mucho tiempo después de la posesión que ha venido ejerciendo la demandada, la decisión no constituye una vía de hecho, a pesar que la accionante por su avanzada edad sea considerada un sujeto de especial protección.

La decisión atacada encuentra apoyo en la ley y en un criterio auxiliar, como es la jurisprudencia, luego no se avizora la configuración de una vía de hecho, si una vez apreciadas las pruebas, se concluyó que la propiedad de la accionante es posterior a la posesión de la demandada, y que precisamente la falta de ese requisito, dio al traste con las pretensiones de la demanda.

Bastan entonces las anteriores breves consideraciones, para denegar el amparo deprecado, al hallarse que si bien se cumple con los requisitos de la subsidiariedad y la inmediatez, la decisión adoptada no constituye una vía de hecho al apoyarse en un criterio válido a la luz de la jurisprudencia que se ha venido edificando por las altas cortes.

**Tutela de primera instancia (T-080-14) del 26 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la protección reclamada.**

**DEBIDO PROCESO EN REGULACIÓN DE CUOTA ALIMENTARIA – La prevalencia de los derechos de los niños no significa que el juez pueda decidir sin analizar, de manera exhaustiva, las pruebas incorporadas a la actuación.**

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

Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005, T-504 de 1998, T-607 de 2000, C-949 de 2003 y T-302 de 2008.

## TESIS DE LA DECISIÓN:

La solicitud de amparo constitucional *sub examine* se abre paso; aunque no para los fines perseguidos por el accionante, sino para ordenar al juez accionado que proceda a decidir nuevamente las pretensiones de la demanda de regulación de cuota alimentaria que suscita el agravio del accionante cumpliendo con el deber de motivar debidamente las decisiones judiciales, particularmente en lo que tiene que ver con su FUNDAMENTO JURIDICO Y PROBATORIO, esto es, identificando la norma o normas legales que sustentan su *decisum*, y los medios de prueba -debidamente analizados y valorados- que constituyen su soporte probatorio.

Razones al canto:

En la sentencia C-949 de 2003 la Corte Constitucional aludió por primera vez a la “decisión sin motivación” como causal autónoma de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, bajo la consideración basilar de que un proceder de esa laya -cual se precisó en la sentencia C-590 de 2005- comporta “*...incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional...*”.

Ahora: en cuanto concierne a la MOTIVACION PROBATORIA ha de memorarse que una de las más caracterizadas expresiones del derecho fundamental al debido proceso estriba precisamente en que al decidir las controversias sometidas a su composición, el juez DEBE analizar -de manera crítica- todas y cada una las pruebas que las partes han incorporado regularmente al debate, explicando de manera diáfana, juiciosa -o sea, con la debida fundamentación- las razones que lo llevan a apuntalar su *decisum* en una o varias de ellas, y a desechar las demás, cuando ese sea el caso.

Que es justamente la hipótesis que exterioriza la sentencia objeto de censura por parte del aquí accionante, pues en ella es clamorosa la ausencia del necesario análisis crítico y exhaustivo de las pruebas que al proceso de regulación de cuota alimentaria se incorporaron para elucidar el núcleo esencial de la controversia, tipificándose así la causal específica de procedencia de la tutela conocido como DEFECTO FACTICO, el cual tiene lugar -en palabras de la Corte Constitucional- cuando la providencia respectiva “*...carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión...*”.

En efecto, la conclusión nuclear plasmada en aquella sentencia [a saber, “*...que estimando y considerando que la cuota que actualmente perciben los menores del 15% no satisfacen el cubrimiento económico que requiere la manutención de éstos, en tal circunstancia se aumentará cuota alimentaria del 15% al 25% a favor de sus dos menores hijos extensivo dicho porcentaje a las primas de junio y diciembre y demás emolumentos que percibe de la vinculación laboral el padre alimentante...*”], no se fundamentó -como debía- en el análisis probatorio del que se viene hablando.

Y no se diga que el principio constitucional de la PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS relevaba al juez accionado de su deber de motivar debidamente aquel fallo, pues ese principio NO ES ABSOLUTO y menos autoriza llevarse de calle otro principio de juez fundamental, como es el del debido proceso, traducido -en éste caso- en la obligación que tiene todo fallador de fundar sus providencias en un completo y exhaustivo análisis del material probatorio incorporado al proceso.

**Tutela de primera instancia (T-2014-358) del 26 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.**

**HONORARIOS DE APODERADO JUDICIAL – No es un crédito que goce de privilegio o prelación legal.**

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

Código Civil, artículo 2494; Código de Comercio, artículo 1277; Ley 1116 de 2006, artículos 69 y 71.

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

Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 2013-01079-00 del 29 de noviembre de 2013, con ponencia del magistrado Orlando Quintero García.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Para denegar el amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal es suficiente traer a cita lo que -sobre el mismo tópico que lo sustenta- ha dicho ésta Sala Especializada en pronunciamientos anteriores.

*“...Planteó el Juez de instancia en el auto objeto de censura constitucional fechado abril 10 hogaño, en el cual negó el reconocimiento de los honorarios originados en el contrato de mandato como un crédito privilegiado dentro del proceso de reorganización judicial promovido por el señor FREDY RODRIGO CARDONA LONDOÑO, que no cumplía con ese criterio que le imprime en su escrito el solicitante -hoy demandante en acción de amparado que tal obligación se originó en un contrato con ocasión del inicio del proceso de insolvencia, que “desdibuja el carácter de privilegiada, en los términos del artículo 2494 del código civil”, para luego expresar que se ubica en la categoría de aquellos créditos que la ley 1116 de 2006 califica de postergados.*

*Considera esta Sala que la reclamación constitucional no tiene la virtud de triunfar, puesto que no se observa que el Juzgado accionado de quien se endilga la vulneración hubiere obrado de manera contraria a derecho en las consideraciones expresadas en las decisiones que aquí se estudian, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto, o que su juicio se viese nublado por criterios subjetivos que lo desviarán del deber de obrar dentro del marco Constitucional y legal. Esa razonabilidad del juicio elaborado por el Juez aquí cuestionado, independientemente a que se comparta o no, lo hace inmune a esta acción constitucional, porque en estas condiciones se debe respetar la autonomía e independencia judiciales, como baluartes de la misión de administrar justicia.*

*Lo primero que se aprecia es que el crédito generado en los honorarios de mandatario judicial no se encuentra dentro de la taxativa, amen que restrictiva, enumeración de deudas privilegiadas del art. 2494 del Código Civil, ni en otro disposición especial que así lo disponga. El artículo 1277 del C.Co. invocado por el accionante y conforme al cual*

*el mandatario tiene derecho a pagarse con la preferencia concedida en las leyes a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales, es aplicable al mandato comercial, en tanto que el contrato celebrado entre el deudor en reorganización y el aquí accionante, es un mandato civil, al cual no se le aplica la antedicha disposición.*

*El crédito del demandante en tutela tampoco encuadra dentro del supuesto de hecho que contempla la norma -art. 71 ley 1116 de 2006-, pues, lo que prevé es la prelación que tienen en su pago “las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia”, que adquieren el carácter de “gastos de administración”, y en este caso los honorarios de abogado no lo tienen, dado que, de un lado, el contrato de mandato fue celebrado el 20 de enero de 2008, anterior a la demanda de reorganización judicial -28 de enero de 2009-; y de otro lado, no guarda correlato con un costo o gasto que tuviera que ver con el desarrollo de la empresa en reorganización o con el trámite mismo de ésta.*

*Pero por sobre todo, como lo expuso el Juez de conocimiento, quien consideró que el crédito es de aquellos que de conformidad con el art. 69 de la ley 1116 de 2006, corresponden a los legalmente postergados en el proceso de reorganización, que deben ser atendidos una vez finalice el proceso de reorganización, por ser “obligaciones con personas especialmente relacionada con el deudor”, como lo reza el parágrafo 2º de la norma citada, entre éstas, los “apoderados judiciales por salarios u honorarios no contabilizados en su respectivo ejercicio”. En este caso, no se alegó ni acreditó que los honorarios reclamados por el accionante figurasen en el respectivo ejercicio contable. En tal orden de ideas nada hay que reprochar al respecto del raciocinio que con base en esta norma hiciera el juez de la reorganización.*

*Argumentos de tal tesitura llevan a la Sala a considerar que la vulneración alegada no se da en este evento, puesto que, los razonamientos en que el Juez A Quo fijó su decisión para la solución del caso puesto a su consideración, se adecúan a los parámetros regulados por las normas, es decir, tuvo sustento legal derivado de la observancia del régimen de insolvencia en este caso, y con base en ello, la decisión cuestionada se mantiene.*

*Así las cosas, no encuentra la Sala que las actuaciones rituadas al interior del proceso de reorganización empresarial incoado por el señor FREDY RODRIGO CARDONA LONDOÑO amenacen o vulneren los derechos fundamentales invocados, porque están distantes de constituirse en un vía de hecho como consecuencia de los defectos mencionados en el umbral de esta providencia; razones que se tornan más que suficientes para negar el amparo deprecado...” (Negrillas y subrayas fuera del texto original. Sentencia del 29-11-2013, expediente 2013-01079-00, magistrado ponente Dr. ORLANDO QUINTERO GARCIA).*

El amparo constitucional incoado por el señor MAURICIO ANDRES BURBANO MUÑOZ, según se señaló en precedencia, tiene el mismo fundamento factico y jurídico a aquél en el cual se pronunció el fallo que viene de transcribirse, cuyas motivaciones hoy se reiteran pues el contrato de prestación de prestación de

servicios profesionales “...no se encuentra dentro de la taxativa, amen que restrictiva, enumeración de deudas privilegiadas del art. 2494 del Código Civil, ni en otro disposición especial que así lo disponga...” amén que “...El crédito del demandante en tutela tampoco encuadra dentro del supuesto de hecho que contempla la norma -art. 71 ley 1116 de 2006-...”.

De lo cual se sigue el despacho desfavorable de la solicitud de tutela en comento, como así se hará constar en la parte dispositiva de ésta providencia.

**Tutela de primera instancia (T-2014-362) del 26 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección reclamada.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Para imponer alimentos al cónyuge divorciado o separado es necesario establecer su culpabilidad en el divorcio o en la separación.**

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

Código Civil, artículo 411, numeral cuarto.

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

Corte Constitucional, sentencias SU.429 DE 1998, T-189 DE 2005 y T-1009 de 2000; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela 00142-00 del 10 de mayo de 2005; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 2011-0054-01 del 22 de abril de 2014, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Como en tantas ocasiones anteriores lo ha puntualizado ésta colegiatura, la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales es verdaderamente excepcional, ya que en línea de principio general ellas son intangibles frente al aludido recurso constitucional.

Solo cuando se está frente a providencias -en palabras de la Corte Constitucional- en las cuales “...se escondiera una arbitrariedad o un capricho del juzgador...” (sentencia SU 429 de 1998) y no existen recursos para ser impugnadas, la ACCION DE TUTELA deviene idónea para reparar o precaver los daños originados en una actuación o providencia judicial que, en tales condiciones, simple y llanamente constituye una VIA DE HECHO, concepto éste que, como bien se sabe, tras varios años de evolución jurisprudencial la Corte Constitucional ha redefinido bajo el *nómen* de CAUSALES ESPECIFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA, que atañen a precisos defectos que configuran ese tipo de manifestación irregular de los funcionarios encargados de administrar justicia, así: “...(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución...” (sentencia T-189 de 2005).

No se trata, es claro, que un yerro cualquiera le abra paso a la acción de tutela. Mucho menos que las discrepancias de las partes respecto de la interpretación de una norma o conjunto de normas efectuada por el Juez puedan servir de pivote a la acción constitucional en comento, pues a tono con el artículo 230 de la Constitución Política, los Jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, de tal suerte que el ejercicio de la función judicial reclama de los mismos una permanente y ponderada labor de interpretación de las normas que

gobiernan los asuntos sometidos a su composición, lo cual constituye coruscante manifestación de su autonomía judicial.

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

Al hacer descender las premisas antes descritas al caso *sub discussio* emerge nítido que la providencia sobre la cual gravita la queja tutelar objeto de examen no exterioriza una sola de las denominadas CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES [antes denominadas VIAS DE HECHO], pues -para decirlo en breve- nada de antojadizo o irrazonable tiene la consideración basilar que sustentó el referido fallo, consistente en que tratándose de un divorcio consensuado (como el que existió hace 17 años entre el aquí accionante y la señora CECILIA LOPEZ GALLEGO) en el cual los cónyuges han convenido que en el futuro cada uno de ellos atenderá sus necesidades alimentarias NO RESULTA PROCEDENTE ATRIBUIRLE CULPABILIDAD EN EL DIVORCIO A ALGUNO DE LOS CONSORTES, que es uno de los supuestos exigidos por el numeral 4 del artículo 411 para que el cónyuge divorciado (o separado) INOCENTE pueda exigirle alimentos al cónyuge CULPABLE.

De hecho, en reciente oportunidad (sentencia del 22 de abril de 2014) ésta colegiatura reiteró sobre ese preciso tópico que LA CULPABILIDAD de alguno de los cónyuges en el divorcio es

“...UNO de los TRES requisitos que deben concurrir para que una condena de esa naturaleza proceda, desde luego que entre cónyuges divorciados los alimentos corresponden a la categoría de “*congruos*” (noción ésta que desapareció solo para los menores de edad), esto es, aquellos que “*...no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida...*” (art. 420 Código Civil), o lo que es lo mismo, la necesidad alimentaria de quien los reclama, amén que en su tasación “*...se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas...*” (art. 419 ib.) o sea, la capacidad económica del alimentante.

Fluye obvio, así, que además de la culpabilidad en el divorcio los otros dos requisitos que deben coexistir para que en un caso concreto proceda el señalamiento de cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente son LA NECESIDAD del alimentario (cónyuge inocente) y LA CAPACIDAD económica del alimentante (cónyuge culpable), entendida la primera como la imposibilidad del cónyuge inocente para procurarse su propia subsistencia [*“...si no halla donde obtenerlos y se encuentra en la imposibilidad de procurárselos...”*], según dijo la Corte en sentencia del 09-11-1988], y no como las eventuales dificultades, incomodidades o falta de preparación calificada que para conseguir un empleo u oficio le pueda sobrevenir una vez su estado civil de casado o casada cambie por causa del divorcio...” (Sala Civil Familia, radicación No. 76-109-31-10-002-2011-00054-01. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO).

Como puede verse, cuando el juzgado accionado echó de menos el requisito CULPABILIDAD en cabeza del cónyuge divorciado que demandó alimentos, y con base en ello denegó las pretensiones por éste impetradas, no incurrió en la vulneración al debido proceso que aquí se le enrostra.

Por supuesto, como toda obra producto del intelecto humano, la decisión que aquí suscita la crítica del accionante puede ser pasible de reparos. Es más: respecto de ella y su contenido es posible proponer soluciones, interpretaciones o alternativas distintas a las allí plasmadas, basadas en criterios o puntos de vista igualmente respetables a los que expusieron los jueces accionados.

Pero de ahí a sostener que éstas últimas deben prevalecer sobre las primeras, y que por fuerza de ello la interpretación efectuada por el juez ordinario competente deba ser removida en sede de tutela bajo la sindicación de configurar una vía de hecho hay una abismal diferencia, pues como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, “...*los errores ordinarios, aún graves, de los jueces, in iudicando o in procedendo, no franquean las puertas de este tipo de control, que por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del Juez que los profiere...*”.

Se impone, en consecuencia, el despacho desfavorable del amparo examinado.

**Tutela de primera instancia (T-2014-382) del 28 de mayo de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección reclamada.**

**COSA JUZGADA EN PROCESO DE PERTENENCIA – Al existir identidad de partes, de causa y de objeto.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 332.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 7325 del 12 de agosto de 2003, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Del contenido del artículo 332 del C. de P. Civil aflora nítido que la cosa juzgada se estructura en lo que doctrina y jurisprudencia han denominado, de vieja data, “triple identidad”, a saber, la identidad de partes [que constituye su límite subjetivo] y la identidad de CAUSA y OBJETO [que conjuntamente conforman su límite objetivo], cuya concurrencia debe verificarse estableciendo un parangón entre las partes, pretensiones y hechos aducidos en el proceso anterior, con las partes que en el nuevo litigio intervienen, las pretensiones allí agitadas y el basamento factual (hechos) que soportan éstas, labor de confrontación en la cual resulta imprescindible no perder de vista que el requisito o límite subjetivo de la identidad de partes [*eadem conditio personarum*] concierne no tanto a la identidad personal de los sujetos de la pretensión sino a la identidad jurídica de las partes, cuyo fundamento racional se halla en el principio de relatividad de las sentencias, que por vía de regla general sólo resultan vinculantes para quienes fueron partes o sus sucesores o causahabientes. Y que, tocante con el límite objetivo [que como ya se dijo lo conforma el binomio “*identidad de objeto e identidad de causa*”], su examen se impone de manera conjunta en razón a su estrecha relación, y debe estar enderezado a establecer si los hechos que se adujeron en el anterior proceso son los mismos [no tanto en su construcción gramatical, sino en su contenido] que se plantean en el nuevo, y si las pretensiones incoadas en aquel

(objeto o derecho reclamado) corresponden -en su esencia- a la tutela que en éste se impetra, esto es, a lo que por segunda vez se pretende.

Al expediente fueron regularmente incorporadas copias de los fallos de primera y segunda instancia proferidos en el proceso de pertenencia anterior (radicación 76-622-31-03-001-2007-00114-00), las cuales -a la par que acreditan la existencia de las decisiones adoptadas, lo resuelto en ellas, sus autores y fechas (cfr. Folios 18 a 50 cdo. 3)- revelan que las partes de aquel proceso son exactamente las mismas que ahora intervienen en el presente proceso, colmándose incontestablemente el requisito de la identidad de sujetos procesales exigida por la ley. De igual manera se advierte la total simetría entre el objeto de ambos procesos, pues en ambos se pretende obtener declaración de pertenencia sobre el mismo inmueble. A su vez, los hechos aducidos en el actual proceso no solo apuntan a la invocación de la prescripción extraordinaria de dominio que se alegó en el proceso primigenio, sino que coinciden plenamente con los que infructuosamente se plantearon en la demanda que dio origen al anterior proceso (folios 3 cdo. 1 y 3 cdo. 3). En tales condiciones, cual lo determinó el juez *a-quo*, ciertamente entre uno y otro proceso existe la triple identidad invocada como sustento de la excepción previa de cosa juzgada alegada tempestivamente por el extremo demandado, lo cual significa que se encuentra cabalmente acreditada.

Para proporcionar mayor elocuencia al anterior aserto, a través del siguiente cuadro la Sala trae a cita -uno a uno- los hechos invocados en la demanda que dio génesis al proceso anterior [columna izquierda] para seguidamente, y en el mismo orden, relacionar los expuestos en la demanda que ha impulsado el proceso actual [columna derecha].

Hechos de la demanda anterior (radicación No. 2007-00114-01)	Hechos de la segunda demanda (radicación No. 2011-00138-01)
<p>Primero: “La señora <b>OLGA VILLAFANE RODRIGUEZ</b> abandonó el país hacia el año de 1964 (...). El señor <b>CARLOS TULLIO VILLAFANE RODRIGUEZ</b>, en ese tiempo ya habitaba el inmueble (...), empezó a defenderlo, a protegerlo a efectuarle mejoras, y a reputarse como señor y dueño. Ejerciendo ya la posesión del predio objeto de esta demanda, con animo (sic) de señor y dueño, para efectos de dar fin al estado de zozobra que genera el hecho de la posesión, en el año de en el año de 1974 pagó a la señora <b>CECILIA VILLAFANE DE GAEZ</b> para que le hiciese escritura a su favor de su parte en el predio, la suma de \$30.000,00 (...) y también le pagó \$60.000,00 recibido por la misma persona, autorizada verbalmente por su hermana <b>OLGA VILLAFANE</b></p>	<p>Primero: “El señor <b>CARLOS TULLIO VILLAFANE RODRIGUEZ</b> tomó posesión del predio objeto de esta demanda, para que ejerciera su derecho de goce uso y usufructo con ánimo de señor y dueño, mediante entrega material efectuada por la señora <b>CECILIA VILLAFANE DE GAEZ</b> como consecuencia del pago por la compra de su derecho en este predio del 33% por la suma de \$30.000,00 (...) y también por el pago de \$60.000,00 recibido por la misma persona, autorizada verbalmente por su hermana <b>OLGA VILLAFANE RODRIGUEZ</b> (...) para recibir el dinero y entregar el predio objeto del negocio, como en efecto se dio en la realidad sin que hasta la fecha se haya presentado reclamación u oposición alguna. El señor <b>CARLOS TULLIO</b> (...) tomó posesión, con ánimo de señor y dueño del inmueble (...) en el año 1972 sin que se conozca hasta ahora la fecha exacta en que inició, hasta su</p>

<p><i>RODRIGUEZ (...) para recibir el dinero, para que en la próxima visita le extendiera la escritura correspondiente. El señor CARLOS TULIO (...) tomó posesión, con ánimo de señor y dueño el inmueble que enseguida describo sin que se conozca hasta ahora la fecha exacta en que inició. Pero se sabe que han transcurrido más de 20 años de que esta empezó, de manera pacífica e ininterrumpida por el poseedor y ahora por sus herederos en suma o agregación de posesiones” .</i></p>	<p><i>fallecimiento de manera pacífica e ininterrumpida” .</i></p>
<p><i>Segundo: “El inmueble se encuentra ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Roldanillo, en la calle 9ª, antes calle 8ª, número 8-29, 8-33 y 8-37, con una extensión aproximada de 18 metros de frente por un fondo o centro de 58 metros con todas sus mejoras y anexidades, entre estas la construcción de cuatro locales comerciales y una bodega (...). Matrícula inmobiliaria 380-11767”.</i></p>	<p><i>Segundo: “El inmueble se encuentra ubicado en el perímetro urbano del Municipio de Roldanillo, en la calle 9ª, antes calle 8ª, número 8-29, 8-33 y 8-37, con una extensión aproximada de 18 metros de frente por un fondo o centro de 58 metros con todas sus mejoras y anexidades, entre estas la construcción de cuatro locales comerciales y una bodega (...). Matrícula inmobiliaria 380-11767”.</i></p>
<p><i>Tercero: “El señor (...) VILLAFANE RODRIGUEZ, casado con la señora OFELIA QUINTERO DE VILLAFANE, fruto de su unión son sus hijos MARIANELA (...), JOSE LUIS (...), y ANA CECILIA VILLAFANE QUINTERO (...), todos mayores de edad, falleció el día 14 de Marzo de 2006 en la ciudad de Tuluá...”.</i></p>	<p><i>Tercero: “El señor (...) VILLAFANE RODRIGUEZ, casado con la señora OFELIA QUINTERO DE VILLAFANE, fruto de su unión son sus hijos MARIANELA (...), JOSE LUIS (...), y ANA CECILIA VILLAFANE QUINTERO (...), todos mayores de edad, falleció el día 14 de Marzo de 2006 en la ciudad de Tuluá...”.</i></p>
<p><i>Cuarto: “A partir del fallecimiento del señor CARLOS TULIO VILLAFANE RODRIGUEZ, su esposa e hijos por ministerio de la Ley han continuado con la posesión pacífica y material del inmueble, le han hecho mejoras, lo han arrendado, y defendido de las perturbaciones de terceros, es decir con ánimo de señores y dueños”.</i></p>	<p><i>Cuarto: “A partir del fallecimiento del señor CARLOS TULIO VILLAFANE RODRIGUEZ, su esposa e hijos por ministerio de la Ley han continuado con la posesión pacífica y material del inmueble, le han hecho mejoras, lo han arrendado, y defendido de las perturbaciones de terceros, es decir con ánimo de señores y dueños”.</i></p>
<p><i>Quinto: “Mis mandantes han continuado con la posesión de dicho bien de manera ininterrumpida y pública, pacífica, con ánimo de señor y dueño, ejerciendo sobre el mismo, actos constantes de disposición,</i></p>	<p><i>Quinto: “Mis mandantes han continuado con la posesión de dicho bien de manera ininterrumpida y pública, pacífica, con ánimo de señor y dueño, ejerciendo sobre el mismo, actos constantes de disposición, aquellos que solo dan derechos al dominio, ha (sic) realizado</i></p>

<p>aqueellos que solo dan derechos al dominio, ha (sic) realizado sobre él, durante el tiempo de posesión, construcciones y mejoras, ha (sic) pagado los impuestos correspondientes, lo ha (sic) defendido contra perturbaciones de terceros, lo ha (sic) habitado junto con su (sic) familia, también ha (sic) ejercido actos comerciales en el predio como arrendamientos y empresas comerciales, sin reconocer dominio ajeno con relación al mismo”.</p>	<p>sobre él, durante el tiempo de posesión, construcciones y mejoras, ha (sic) pagado los impuestos correspondientes, lo ha (sic) defendido contra perturbaciones de terceros, lo ha (sic) habitado junto con su (sic) familia, también ha (sic) ejercido actos comerciales en el predio como arrendamientos y empresas comerciales, sin reconocer dominio ajeno con relación al mismo”.</p>
<p>Sexto: “Por haber transcurrido el tiempo legalmente establecido para adquirir el mencionado bien por prescripción extraordinaria y por darse las tres condiciones que ha establecido la corte para que se dé la suma de las posesiones, se me ha conferido poder especial por (sic) iniciar la acción respectiva”.</p>	<p>Sexto: “Por haber transcurrido el tiempo legalmente establecido para adquirir el mencionado bien por prescripción extraordinaria y por darse las tres condiciones que ha establecido la corte para que se dé la suma de las posesiones, se me ha conferido poder especial por (sic) iniciar la acción respectiva”.</p>
<p>Séptimo: “Con el fallecimiento del poseedor inicial CARLOS TULLIO VILLAFANE RODRIGUEZ, se inicia el proceso de sucesión. De tal forma, el certificado de defunción, los registros civiles de nacimiento y partida de matrimonio católico son títulos idóneos que sirven de puente o vínculo sustancial entre el antecesor CARLOS TULLIO (...) y sus hijos (...), y su esposa...”.</p>	<p>Séptimo: “Con el fallecimiento del poseedor inicial CARLOS TULLIO VILLAFANE RODRIGUEZ, se inicia el proceso de sucesión. De tal forma, el certificado de defunción, los registros civiles de nacimiento y partida de matrimonio católico son títulos idóneos que sirven de puente o vínculo sustancial entre el antecesor CARLOS TULLIO (...) y sus hijos (...), y su esposa...”.</p>
<p>Octavo: “Mediante Escritura Pública 437 de 2007 de la Notaria de Roldanillo, se adjudica la explotación económica de la posesión pacífica, sin oposición que se ejerce sobre la totalidad del inmueble objeto de la presente demanda. Efectuado este proceso sucesorio, con las publicaciones y los emplazamientos correspondientes sin que se haya presentado objeción por persona alguna”.</p>	<p>Octavo: “Mediante Escritura Pública 437 de 2007 de la Notaria de Roldanillo, se adjudica la explotación económica de la posesión pacífica, sin oposición que se ejerce sobre la totalidad del inmueble objeto de la presente demanda. <u>Efectuado este proceso sucesorio, con las publicaciones y los emplazamientos correspondientes sin que se haya presentado objeción por persona alguna</u>”.</p>
<p>Noveno: “Tanto el poseedor inicial como mis mandantes han poseído el inmueble ininterrumpidamente”.</p>	<p>Noveno: “Tanto el poseedor inicial como mis mandantes han poseído el inmueble ininterrumpidamente”.</p>
<p>Decimo: “por ministerio de la Ley, los herederos continúan ipso iure con la posesión del inmueble, con lo que se descarta entonces la</p>	<p>Decimo: “por ministerio de la Ley, los herederos continúan ipso iure con la posesión del inmueble, con lo que se descarta entonces la situación de hecho derivada de la usucapión o despojo”.</p>

<i>situación de hecho derivada de la usucapión o despojo”.</i>	
<i>Onceavo: “que en reconocimiento del derecho que le asiste a los poseedores, la señora CECILIA VILLAFANE DE GAEZ, otorgó poder especial a la Señora Ofelia Quintero de Villafañe, para hacer escritura a la señora MARIANELA VILLAFANE QUINTERO con consentimiento de los demás poseedores, previo a la interposición de la presente demanda, para empezar a la normalizar (sic) la titulación y evitarse la incomodidad de ser parte demandada en este proceso judicial”.</i>	<i>Onceavo: “que en reconocimiento del derecho que le asiste a los poseedores, la señora CECILIA VILLAFANE DE GAEZ, otorgó poder especial a la Señora OFELIA QUINTERO DE VILLAFANE, para hacer escritura a la señora MARIANELA VILLAFANE QUINTERO con consentimiento de los demás poseedores, previo a la interposición de la presente demanda, para empezar a la normalizar (sic) la titulación y evitarse la incomodidad de ser parte demandada en este proceso judicial”.</i>
	<i>Doceavo: “Como quiera que la Sentencia de Segunda Instancia revocó el reconocimiento que hiciera su Despacho, negando las pretensiones en este mismo sentido Rad.: 2007-00114-01, por falta de los requisitos para prescribir, esto no impide volver a impetrar la demanda en forma para obtener la declaración, atendiendo a que el Recurso de Casación fue declarado desierto”.</i>

Como a simple brillo de ojo fluye del cuadro anterior, la concordancia entre los supuestos fácticos de una y otra demanda es plena. Es más: con la sola excepción de la parte introductoria del hecho PRIMERO, la redacción es la misma.

El único “hecho” nuevo, en la segunda demanda, es el que bajo el número DECIMO SEGUNDO alude a que “...*Como quiera que la Sentencia de Segunda Instancia revocó el reconocimiento que hiciera su Despacho, negando las pretensiones en este mismo sentido Rad.: 2007-00114-01, por falta de los requisitos para prescribir, esto no impide volver a impetrar la demanda en forma para obtener la declaración, atendiendo a que el Recurso de Casación fue declarado desierto...*”, planteamiento que en puridad no es un hecho sino una apreciación del autor de dicho libelo, pues no contiene una circunstancia factual nueva respecto de lo planteado en la demanda que impulsó el proceso anterior y de la sentencia que allí se profirió [misma que a la hora de ahora, no se olvide, es cosa juzgada entre las partes], como sería -a guisa de ejemplo- la invocación referente a que entre la fecha en que los demandantes reconocieron dominio ajeno (sustento basilar del fallo anterior) y la fecha en que se presentó la nueva demanda, ha transcurrido un lapso que permite replantear la usucapión en términos distintos a los que a través de fallo debidamente ejecutoriado les fue desestimada.

Ahora bien: al apelar la sentencia anticipada que declaró probada la excepción de cosa juzgada [más exactamente, al sustentar dicha alzada], y obviamente con el propósito de demostrar que en el presente proceso no existe cosa juzgada frente a la sentencia proferida en el proceso anterior, la apoderada judicial de los demandantes expresó que “...*Hasta este momento mis poderdantes siguen*

*detentando pacíficamente la posesión del inmueble, sigue siendo reconocida por la comunidad, se continúa con la explotación económica del inmueble, se pagan los impuestos, se ha defendido de los arteros ataques de la parte demandada...*” (las subrayas y negrillas son de la Sala), manifestación cuyo contenido parece sugerir que sí se planteó UN HECHO NUEVO en la segunda demanda, y que el mismo consiste en que luego de la sentencia proferida en el proceso anterior los demandantes han continuado con la posesión material.

Con todo, aunque haciendo gala de la más laxa de las interpretaciones fuese dable admitir que el planteamiento anterior constituye un hecho novedoso, lo cierto es que el mismo NO SE PLANTEÓ EN LA DEMANDA sino en el escrito de sustentación de la apelación presentado en el decurso de la segunda instancia (folios 69 a 86 cdo. 4o), y en tales circunstancias es imposible reconocerle tal connotación.

Por cierto; lo que fácilmente se advierte al leer la profusa argumentativa plasmada en el aludido escrito de apelación es que los demandantes pretenden convertir éste segundo proceso en un escenario de crítica o de reproche a la sentencia proferida en el primer proceso de pertenencia [más concretamente contra su soporte probatorio], en la idea de que una “...*contraexperticia* (...) *efectuado por funcionarios públicos de reconocida idoneidad adscritos a la SIJIN de Palmira...*” obtenida con posterioridad al fallo en mención demostraría que el apoderado judicial de su contraparte “*indujo*” al Tribunal a un error (materializado en la decisión de no acceder a la declaración de pertenencia que suplicaron en el proceso primigenio), pues si bien existió el “*reconocimiento de dominio ajeno*” que condujo a ésta corporación a decidir adversamente a sus intereses, ese reconocimiento “...*se hizo en favor de CECILIA VILLAFÑE DE GAEZ hasta el año de 1974, y jamás a favor de nuestra contraparte señora OLGA VILLAFÑE RODRIGUEZ, en ninguna oportunidad, lo cual no puede ser aprovechado en beneficio de la parte demandada...*” (folio 81 fte. cdo. 4).

Designio de esa laya, acaso propia de un juicio de revisión, es imposible obtener reintentando el proceso de pertenencia que en el pasado fracasó, pues como se dijo en la parte proemial de éstas consideraciones, “...*si lo anterior no fuere así, como en efecto no lo es, nada impediría a la parte desfavorecida en un litigio, plantear de manera indefinida –y sistemática- la cuestión o asunto sometido a composición judicial, hasta que su pretensión o excepción, finalmente, encontrara eco en una determinada providencia (espiral de libelos), dando lugar a la floración de fallos contradictorios en el universo judicial...*” (CLXVI, 64).

Sentencia de segunda instancia (2011-00138-01) del 4 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia anticipada apelada.

**RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO SIMULTÁNEO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – Se resuelve determinando quién, con su comportamiento, ocasionó el accidente y no por medio de la denominada aniquilación de las culpas/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL – No aportar la copia auténtica del informe de tránsito y de la historia clínica, cuando en el proceso no se discute la ocurrencia del choque y existen dictámenes sobre las lesiones, no es motivo para negar las pretensiones de la demanda.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Código Civil, artículo 2356; Código de Procedimiento Civil, artículos 253, 254 y 307.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones del 16 de julio de 1945, del 25 de febrero de 1987, del 5 de mayo de 1999, ponencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles, del 26 de noviembre de 1999, ponencia de Silvio Fernando Trejos Bueno, del 19 de noviembre de 2006, ponencia del magistrado Manuel Ardila Velásquez, del 2 de mayo de 2007, ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena, 2001-01054-01 del 24 de agosto de 2009, ponencia de William Namén Vargas, del 20 de agosto de 2010, ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda y del 3 de noviembre de 2011, ponencia de William Vargas Namén.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Del *petitum* se colige que la parte actora persigue la declaratoria de responsabilidad civil por los daños y perjuicios de orden material y moral, sufridos con ocasión de las lesiones personales de que fue víctima JAIME ALBERTO VALENCIA GIRALDO, dentro del accidente de tránsito acaecido el día 07 de agosto de 2004, entre la moto Suzuki AX-100 de placas ZWL-33 en que se movilizaba como conductor, y el taxi Daewoo Tico, de placas VLG-385, conducido por el demandado LIONAR GÓMEZ ROMÁN y afiliado a la cooperativa COOMOCART LTDA. Insuceso ocurrido en la variante que de Cartago conduce a Pereira, a la altura de la entrada al barrio los chorros.

Ahora bien, en casos como el presente la característica principal radica en que el daño se genera sin existir una relación o un convenio previo entre los involucrados, sino producto de un encuentro ocasional que genera consecuencias dañosas para las partes que acuden al mismo. Es la conocida responsabilidad civil extracontractual, donde no se vulnera un determinado parámetro de conducta, como por ejemplo un contrato, sino que lo infringido es el principio general y abstracto de *no causar daño a los demás*.

No obstante, cuando el daño generador del perjuicio se produce con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa, verbigracia la conducción de vehículos, si bien la responsabilidad se cataloga como civil extracontractual, la norma llamada a regular la situación es la del artículo 2356 del Código Civil.

En tratándose de colisión cuando hay ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al tema no ha sido uniforme, remontándose las posturas iniciales hasta el año de 1945 cuando se adoptó la tesis de que en esos casos se producía la neutralización de presunciones de las actividades peligrosas, pues la presunción de la culpa no beneficiaba solo a la víctima -colisión entre dos botes que se desplazaban por el río Magdalena- (G.J. t. LIX, sent. de 16 de julio de 1945, pág. 1062. Sala de Negocios Generales M.P. Aníbal Cardozo); tesis reiterada en múltiples sentencias, incluyendo una del año 1987, citada nuevamente el 12 de abril de 1991, donde se sostuvo que cuando ambos automotores se hallaban transitando, ambos fueron causa por culpa del daño sufrido, mientras no se demuestre otra cosa, luego, quien pretendía indemnización debía demostrar los cuatro elementos de la responsabilidad, incluyendo el subjetivo o culpa.

Posteriormente en 1999, se adoptó la tesis de que la neutralización de presunciones no operaba en todos los casos, sino que debía tenerse en cuenta por el juzgador la *“equivalencia en la potencialidad dañina de ambas”*, así, de no

darse esa correspondencia, gravitaría siempre en favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda – colisión de un bus que se comió un pare, contra una motocicleta- (Mayo 5 de 1999 Jorge Castillo Rugeles, reiterada el 26 de noviembre 1999 M.P. Dr. Silvio Trejos Bueno, y el 02 de mayo de 2007 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Entre tanto, en el año 2006 se empezó a gestar un giro en la antedicha interpretación, para señalar que existiendo una presunción de culpa en contra de los demandados, estos solo podrían liberarse demostrando la ocurrencia de una causa extraña -colisión entre una buseta que invadió el carril y una moto- (Diciembre 19 de 2006, Manuel Isidro Ardila)

Luego fue con sentencia del 24 de agosto de 2009, con ponencia del magistrado WILLIAM NAMÉN VARGAS, que la Corte empezó a considerar el tema como una especie de responsabilidad objetiva. Para el efecto la Corte consideró que habiendo ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, la tarea del juzgador se centra en establecer cuál fue la conducta denominada *“causa única o concurrente del daño”*, y en caso que sea concurrente establecer su incidencia para definir si hay lugar a responsabilidad o no. Bajo esa teoría, la corte Consideró que pueden haber eventos en que ambas partes actuaron con negligencia, dolo o culpa, pero si de las dos partes, solo el actuar de una de ellas fue el motivo detonante del accidente, solo éste será el responsable. *“Es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás”*. En lo que tiene que ver con la exoneración *“...solo el elemento extraño, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero, cuando actúa como causa única y exclusiva o, mejor la causa extraña impide la imputación causal del daño a la conducta del supuesto autor”*.

Precisamente la anterior decisión de la Sala de Casación Civil, mereció la aclaración de voto de 3 de los magistrados integrantes, quienes se apartaron de las motivaciones del fallo por introducir, a su juicio, modificaciones innecesarias al régimen de presunción de culpa que había desarrollado la Corte desde antaño y que hasta ahora había mantenido sin sobresaltos, y además por no estar de acuerdo con la ubicación del tema en el campo de la responsabilidad objetiva, para sacarlo de la noción subjetiva con presunción de culpa.

Con ocasión de lo anterior, en sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia de la Magistrada RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, la corte se pronunció frente a la sentencia del 24 de agosto de 2009, para señalar que en tratándose de actividades peligrosas, desde hace muchos años, el régimen ha sido el de la presunción de culpa del agente, sin que exista *“...en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho”*.

La anterior postura, tuvo aclaración de voto de los magistrados NAMÉN VARGAS, ARRUBLA PAUCAR y SOLARTE RODRIGUEZ, estos dos últimos adheridos a la aclaración del primero. Como argumentos de la disidencia se expuso que la postura tradicional de la Corte, respecto de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, o sea, la responsabilidad por culpa presunta no mutó al tema de responsabilidad objetiva, en tanto no hubo una posición mayoritaria. Pero a pesar de ello, para los aclarantes, la supuesta presunción de culpa por el mero ejercicio de una actividad peligrosa, carece de todo fundamento lógico y

normativo. Lógico, porque cualquier actividad humana, incluyendo a la peligrosa, puede desplegarse con absoluta diligencia o cuidado, o sea, sin culpa; y normativo, porque ninguna parte del artículo 2356 del Código Civil menciona presunción alguna. Por ello no comulgan con la presunción de culpa por el simple ejercicio de una actividad que de ordinario, se desarrolla con diligencia, prudencia y cuidado.

Sin embargo, las consideraciones de la sentencia de agosto de 2009, fueron luego reiteradas en sentencia del 3 de noviembre de 2011, con ponencia del mismo NAMÉN VARGAS, al caso de un accidente de dos camiones de servicio público; esta vez sin aclaración ni salvamentos de voto.

Como fluye de lo expuesto, de acuerdo al estado de la evolución jurisprudencial, se concluye que en los eventos de colisión de actividades peligrosas, se debe aplicar el artículo 2356 del Código Civil, y lo que basta acreditar al demandante es: El ejercicio de la actividad peligrosa por parte del demandado, el daño, y el nexo causal entre uno y otro. Acreditados los supuestos antes descritos, la parte demandada solamente podrá exonerarse acreditando la existencia de fuerza mayor o caso fortuito o la participación de un tercero o de la víctima como única causante del daño o proporcionalmente (de alegarse concurrencia de culpas). Tampoco importa el tema de la culpa, el dolo o la negligencia en el desempeño de la actividad, pues según la Corte, se puede condenar a un conductor a pesar de haber obrado con toda la diligencia del caso, pero que su conducta fue la única causa del desenlace dañoso.

En el asunto *sub examine*, precisamente el tema del ejercicio simultáneo de actividades peligrosas fue uno de los argumentos sobre los que se basó la apelación; luego, corresponde en primer lugar al Tribunal determinar: ¿si el actuar del conductor del taxi de placas VLG-385, fue el determinante para la ocurrencia del accidente de tránsito ocurrido el 07 de agosto de 2004?

Para responder afirmativamente el anterior planteamiento, debe precisar la Sala que si se mira con detenimiento la versión del conductor del taxi, LIONAR GÓMEZ ROMÁN al absolver el interrogatorio que se practicó, es claro que su actuar sí fue determinante para que ocurriera el accidente, pues según sus afirmaciones conducía despacio por la variante buscando una carrerita, cuando un peatón que intentó cruzar la vía se le atravesó y para esquivarlo giró el carro sobre el mismo carril, cuando en esas sintió un golpe en la parte de atrás del taxi que era la moto.

Para la Sala, es palmar que si la moto terminó impactando contra la carrocería del taxi, es porque su vía hallábase obstaculizada con otro automotor cuya presencia en ese lugar no encuentra en últimas justificación atendible. Esa maniobra, conformada por desplazamiento despacio del taxi sobre la vía en busca de carreras, traduce en buenas cuentas una falta de previsión inaceptable. En consecuencia, la responsabilidad sí recae en cabeza de la parte demandada, por cuanto se trataba de una vía intermunicipal, por demás angosta, sobre la que en doble sentido se desplazaban vehículos desde Risaralda hacia el Valle de Cauca y viceversa, luego el taxista no tenía por qué conducir por allí despacio en busca de pasajeros. Ello no lo puede dejar de apreciar la Sala, de modo que merece confirmación la declaración de responsabilidad en contra de la parte demandada que se hizo en la sentencia apelada.

Pero adicionalmente, si para estructurarse basta a la víctima demostrar el ejercicio de la actividad peligrosa, el daño y el nexo causal; debiendo la contraparte para exonerarse demostrar la ocurrencia de una causa extraña, tiénese que lo último en el *sub lite* no quedó acreditado, pues las afirmaciones de la parte demandada en el sentido que el giro del carro que provocó el accidente se debió también a

que un peatón se atravesó, solo quedaron en el campo especulativo sin que ningún medio de prueba lo corroborara. Entonces, no se rompió el nexo de causalidad, lo que se traduce en la responsabilidad de la parte demandada.

Dilucidado lo anterior, el segundo problema jurídico que plantea la alzada, tiene que ver con el reproche que hace la parte demandada frente a los documentos que en copia simple aportaron los demandantes con su libelo. Entonces debe la Sala dilucidar si: ¿la falta de aportación en copia auténtica del informe del accidente y de la historia clínica con la demanda, es motivo para negar las pretensiones, cuando la ocurrencia del choque ha sido punto pacífico dentro de la litis y además obran los dictámenes de medicina legal sobre las lesiones de la víctima?

A fin de solventar el anterior cuestionamiento debe empezar el Tribunal por señalar, que precisamente el extremo demandado como medio de defensa propuso la excepción que denominó *“Pruebas documentales sin el lleno de los requisitos legales”*, fundada en el incumplimiento de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, motivo que a juicio del recurrente amerita la negación de las pretensiones de los actores, por cuanto no se puede dar ningún valor probatorio a sus documentos.

No obstante, el Tribunal no comulga con la posición del censor, si se tiene en cuenta que su propósito es sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal. Ello por cuanto, del estudio del expediente se advierte que la ocurrencia del accidente de tránsito ha sido un punto pacífico en la litis, mientras que lo que se refuta por la defensa tiene que ver con ciertos requisitos formales de la prueba, a pesar que está claro que el evento se produjo en desarrollo de una actividad peligrosa, que aparece una responsabilidad en perjuicio de los demandados.

Desde esta óptica, no comparte la Sala el criterio del apelante, en el sentido de negar impartir justicia so pretexto de la inobservancia de las normas procesales sobre el mérito probatorio de las copias, cuando ha quedado claro en la foliatura que a pesar que se aportó en copia el informe del accidente, se trata de un hecho cuya ocurrencia no está en discusión, siendo claro que el accidente sí se produjo y que a raíz de él se causaron unos daños. Lo mismo acontece con la copia de la historia clínica, cuando también las secuelas y lesiones físicas del actor, quedaron dilucidados con el informe de medicina legal, luego no se puede ir en contravía del principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 de la Constitución), para acceder a las solicitudes del apoderado inconforme, sacrificando el derecho de los demandantes, por cuestiones atinentes a las formalismos procesales.

En lo que tiene que ver con los reproches del inconforme frente al dictamen de medicina legal, donde se estableció para el demandante, entre otros, *“Limitación para la flexión de los dedos mano derecha, en un 20%”*, debe precisarse que el ahora recurrente se abstuvo de atacar dichas conclusiones mediante la objeción por error grave, herramienta que debió ejercer cuando se le corrió traslado de la respuesta a su solicitud de aclaración, con la que quedó inconforme.

Pero además, no se advierte en la experticia ninguna arbitrariedad o conclusión descabellada, si tras el examen físico al demandante por un médico legista, se dictaminó que a raíz del accidente de tránsito el demandante sufrió *“deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente, por cicatriz frontal; y perturbación funcional que afecta el órgano de la aprehensión de carácter permanente”*.

Entonces, el hecho que no se haya respondido puntualmente los cuestionamientos del recurrente sobre cuál metacarpiano de la mano derecha fue

el fracturado, o el grado de compromiso del húmero y demás, no le resta veracidad a las conclusiones de los profesionales de medicina legal, pues lo cierto es que se practicaron 3 reconocimientos, los dos primeros por un mismo médico legista y el último por otro diferente, los que uno a uno fueron ratificando las conclusiones precedentes sobre las secuelas estéticas y funcionales en la humanidad del demandante a raíz de las lesiones que padeció. En consecuencia, las inconformidades del recurrente, no harán mella en el mérito probatorio de los dictámenes medico legales aquí practicados.

Basten entonces las anteriores consideraciones, para que esta Sala comparta las conclusiones a las que arribó el *a quo*; luego habrá de confirmarse la sentencia por cuanto, I) Quedó establecido que el actuar del demandado LIONAR GÓMEZ ROMÁN -conductor- fue determinante para que ocurriera el accidente, además que no se desvirtuaron los elementos que estructuran la responsabilidad en su contra; y, II) tienen pleno mérito probatorio los dictámenes médico legales y tampoco fueron exageradas las sumas por las que se condenó por perjuicios morales y daño a la vida de relación.

Sentencia de segunda instancia (2010-0061-01) del 4 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia anticipada apelada.

**RECLUSOS – La negativa a entregarles elementos que mejoren sus condiciones de higiene y presentación personal vulnera su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 65 de 1993, artículo 5; Carta Internacional de Derechos Humanos, artículo 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5, numeral segundo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de Naciones Unidas.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-175 de 2012 y T-077 de 2013.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala en esta oportunidad determinar la existencia o no de una posible vulneración a los derechos fundamentales del recluso ALEXANDER DÍAZ por parte de la DIRECCIÓN DEL INPEC – VILLA DE LAS PALMAS de PALMIRA con ocasión de su negativa a entregarle los elementos remitidos por su familia bajo el argumento de no ser posible su ingreso durante la fecha en que los mismos fueron allegados al penal.

Bajo la premisa del respeto y garantía de la dignidad humana por parte del Estado para las personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, procede la Sala a verificar si en el *sub judice* se ha presentado una vulneración a los derechos fundamentales del interno ALEXANDER DÍAZ, quien se duele de la existencia de la misma ante la falta de entrega de elementos remitidos por su familia [sábanas, zapatos y sandalias de baño] según decisión adoptada por la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira.

La autoridad accionada fundamenta su negativa en lo previsto en el artículo 23 del Acuerdo 0011 del 31 de octubre de 1995 en virtud del cual fue elaborado el cronograma de recepción de paquetes para los internos, indicando que los elementos reclamados por el accionante, según dicho calendario, solo pueden ser recibidos en los meses de junio y diciembre, habiéndose permitido el ingreso de los mismos por última vez en diciembre de 2013, situación que es comunicada mediante circulares a todos los internos de los diferentes patios.

Puestas así las cosas encuentra la Sala que, contrario a lo afirmado por el juzgado *a-quo*, en el presente caso se evidencia una palmaria vulneración al derecho a la vida en condiciones dignas del accionante derivada de las situaciones que a continuación se enlistan: (i) el interno ALEXANDER DÍAZ no recibe hace más de un año paquetes o encomiendas en su sitio de reclusión contentivas de elementos como los que hoy reclama. Ello, teniendo en cuenta que la situación económica de su familia imposibilita que los envíos sean frecuentes, además que por la misma razón no fue posible cumplir con el cronograma y remitir alguna encomienda en diciembre de 2013 [fecha señalada en el cronograma por la Dirección del Inpec]; (ii) en la actualidad, el desgaste generado por el uso diario tanto de su ropa de cama y su calzado han deteriorado sobremanera los mismos, razón por la cual urge su reemplazo en aras de evitar que las condiciones de mala presentación e higiene se perpetúen en el tiempo, pues como el mismo actor lo afirma “...no es justo que yo tenga que andar peor que un mendigo en las calles con unos zapatos rotos y hasta con malos olores...”; (iii) siendo cierto que la Dirección de la Cárcel cuenta con la potestad legal de ejercer el control disciplinario al interior del penal determinando las reglas que deben ser acatadas por los reclusos, también lo es que dichos parámetros no pueden llevarse de calle la garantía constitucional a la dignidad humana por la cual indefectiblemente deben velar todos los funcionarios del Estado, situación que justamente es la que acontece en el presente asunto en atención a la postura asumida por la dirección del penal, pues so pretexto de acatar directrices internas muestra una actitud indolente y de desprecio a la dignidad humana del accionante, impidiendo que las necesidades básicas ya enunciadas sean suplidas por el esfuerzo, sacrificio y trabajo del propio interno y de su familia.

No sobra puntualizar que las circunstancias fácticas antes descritas están amparadas por la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda cuenta que la entidad accionada guardó silencio respecto del informe que le fuera solicitado por la Sala, desdeñando así la posibilidad de refutar los hechos narrados por el accionante en su escrito de tutela.

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

Tutela de segunda instancia (2014-374) del 4 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIÓN DE TUTELA – Es posible cuando se refuta la notificación del fallo y no la sentencia misma/NULIDAD SENTENCIA DE TUTELA – La revisión ante la Corte Constitucional es la oportunidad para solicitarla.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, entre otros, Auto 115A de 2008 y sentencias SU.1219 de 2001, T-282 de 2009 y T-137 y T-151 de 2010.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

En tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha trazado unas causales genéricas de improcedencia de la misma, las cuales debe revisar minuciosamente el juez constitucional antes entrar al análisis de fondo sobre si hay o no una vía de hecho. Dentro de dichas causales genéricas se destacan: 1) que el asunto sea de relevancia constitucional, 2) la subsidiariedad, 3) la inmediatez, y 4) que no se trate de sentencias de tutela.

Precisamente en el *sub examine* lo que motivó la interposición de esta tutela, tiene que ver con otro trámite previo de tutela. Lo que aquí se ataca no es la sentencia de tutela en sí, sino la presunta vulneración del debido proceso de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por falta de notificación del fallo de tutela que fue proferido en su contra por el JUZGADO 1° PROMISCOU MUNICIPAL DE FLORIDA de fecha 16 de diciembre de 2013, del que afirma haberse enterado solo hasta el 21 de marzo de 2014, cuando por el mismo se adelanta incidente de desacato.

Así las cosas, los problemas jurídicos que plantea la tutela se centran en determinar si: 1) ¿procede estudiar la presente acción de tutela, a pesar que se dirija contra otra acción de tutela, si lo que se ataca es la notificación del fallo y no el fondo de la decisión?; y 2) ¿si se cumple con el requisito de la subsidiariedad ante la posibilidad que tiene la parte accionada de solicitar la nulidad del trámite de tutela en sede de revisión ante la Corte Constitucional?

De lo anterior se concluye entonces que la causal genérica de improcedencia de la acción de tutela, aplica cuando lo que se ataca es el fallo de tutela en sí, es decir, la decisión que resuelve de fondo la tutela. Ello para evitar que los conflictos que definen sobre derechos constitucionales se tornen indefinidos, luego lo que pretende la jurisprudencia, es que el conflicto en últimas sea definido por vía de revisión por la Corte Constitucional como supremo tribunal de la materia.

En el *sub lite* no puede predicarse la configuración de la causal genérica de improcedencia de tutela contra tutela, si lo que se ataca no tiene que ver con el fondo de la decisión, sino con el acto de notificación del fallo proferido en contra de la ahora inconforme, situación que representa que esta acción constitucional no pueda ser negada de plano por la simple y llana razón de dirigirse contra otro trámite de tutela. En consecuencia el primer problema jurídico debe resolverse negativamente en tanto sí procede adentrarse al estudio de los demás requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En lo tocante con el requisito de subsidiariedad importa resaltar que este tiene que ver con que por parte de quien promueva una acción de tutela se hayan agotado todos los mecanismos al alcance dentro del proceso contra el que se promueve la acción constitucional. Ello por cuanto se pretende asegurar que la tutela no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace los otros que la ley pone en manos del actor.

Si ello es así, en el *sub lite* se advierte que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en tanto si lo que pretende la empresa COLOMBIA

**TELECOMUNICACIONES** es que se reverse por defectuosa la actuación posterior al fallo de tutela, por falta de notificación, para dicho efecto bien puede elevar la correspondiente solicitud de nulidad ante la Corte constitucional, donde se halla el expediente en sede de revisión.

En múltiples ocasiones, la corte constitucional atendiendo solicitudes de quienes consideran vulnerado su derecho de defensa, mediante autos, ha decretado la nulidad de la actuación y ordenado rehacer el trámite de tutela cuando se ha comprobado la falta de notificación de una providencia a alguno de los intervinientes, o personas que se ha omitido vincular a pesar del deber de hacerlos comparecer al proceso.

En este orden de ideas, advierte el Tribunal que si el expediente de tutela del que se duele la parte actora se halla en la Corte Constitucional donde fue remitido para su eventual revisión, y la jurisprudencia de esa corporación tiene sentado que allí se puede intentar la solicitud de nulidad por los sujetos que consideren vulnerado su derecho al debido proceso, la presente acción constitucional se torna improcedente si se puede cumplir allá el mismo objetivo.

En conclusión, si el requisito de subsidiariedad reclama que al alcance del accionante ya no hayan otros mecanismos cuando acude a la tutela, y advirtiéndose que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tiene la posibilidad de intentar la nulidad de la actuación por falta de notificación en la Corte constitucional, esa circunstancia frustra el buen suceso del propósito que aquí se persigue.

Finalmente, debe poner de presente la Sala, como se advierte de la certificación que remitió el juzgado con ocasión de la prueba de oficio que aquí se decretó, que por cuenta de la tutela que reprocha la parte accionante, no se halla en curso ningún incidente de desacato, en tanto por solicitud de la misma COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se dejó sin efectos, con auto del 06 de diciembre de 2013, la apertura del trámite incidental, luego habría una sustracción de materia si la tutela ataca el trámite de desacato, y dentro del proceso se advirtió que el mismo no existe. Sin embargo la suerte es la misma, la improsperidad de la tutela.

Por ultimo: como quiera que esta acción de tutela también se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión, se solicita a esa corporación acumular esta decisión, con la tutela que allá se encuentra bajo el radicado 76-275-40-89-001-2013-0410-00, proveniente del JUZGADO 1º PROMISCOU MUNICIPAL DE FLORIDA (V), de modo que las decisiones que se adopten, por obedecer a un mismo asunto, sean conjuntas.

Basten entonces las anteriores breves consideraciones para negar el amparo solicitado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. –Movistar.

**Tutela de primera instancia (T-083-14) del 5 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**DERECHO DE PETICIÓN - No procede cuando se pretende que la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Financiera adelanten acciones disciplinarias contra Colpensiones/CORRECCIÓN DE LA HISTORIA LABORAL – Es asunto ajeno a la competencia del juez de tutela.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe a los derechos sobre los que se invoca protección, hacen parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo establecido de los hechos de la tutela, el análisis a realizar se enfoca en determinar: 1) ¿ Si la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CARTAGO y la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA han vulnerado el derecho de petición y debido proceso del accionante, al no otorgarle respuesta respecto de las denuncias interpuestas contra COLPENSIONES? y 2) ¿Si es procedente la acción de tutela para ordenar la corrección de la historia laboral del actor?

En el *sub lite*, el accionante reclama la vulneración de su derecho fundamental de petición, dado que no ha recibido respuesta por parte de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, ni de la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CARTAGO, a las solicitudes realizadas los días 16 de enero de 2014 y 28 de marzo de 2014 respectivamente, tendientes a lograr la intervención, investigación, control y sanción disciplinaria de COLPENSIONES por las inconsistencias acontecidas en su historia laboral.

Por tanto, como los procedimientos que le permiten actuar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, son taxativos y se traducen en acciones disciplinarias, preventivas y de intervención ante las autoridades públicas cuando sea necesario en defensa de garantías y derechos fundamentales, la ley prevé la forma y oportunidad de dichas intervenciones en los procesos administrativos, penales y disciplinarios, al punto que fijan los trámites para impulsar la actuación y hacer valer los derechos de los sujetos procesales.

Luego, si lo requerido por el accionante, porque así lo denotan los documentos allegados, es la intervención de los órganos de control ante COLPENSIONES, con la finalidad de lograr la corrección de su historia laboral, tal súplica no puede someterse a las reglas propias del derecho de petición sino al cumplimiento de funciones propias del ente de control, de ahí que las autoridades a las que dirigió los escritos, no tenían la obligación de emitir ninguna contestación. La función legal de la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CARTAGO y de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA se circunscribe en determinar si había lugar o no a su intervención conforme a las facultades y competencias establecidas en la Ley.

Es de reiterar, como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional que el derecho de petición no puede reemplazar los mecanismos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para perseguir determinados y específicos fines. En el caso de las herramientas para poner en funcionamiento el juicio disciplinario, es claro que éstas tienen una naturaleza distinta y que, por tanto, no son susceptibles de ser reemplazadas a través del ejercicio del derecho de petición. Adicionalmente, es importante mencionar que el juez constitucional no es competente para ordenarle a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA intervenir la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, toda vez que como se mencionó anteriormente, dichas autoridades están sujetas a un trámite administrativo que regula la ejecución de las funciones de vigilancia y control, de suerte que el juez de tutela no puede emitir una orden que desconozca el ordenamiento jurídico vigente.

Así las cosas, al no verificarse la vulneración aducida, toda vez que la acción de tutela no procede cuando lo pretendido es la intervención de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN y de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA ante COLPENSIONES, se negará el amparo deprecado respecto del derecho de petición y debido proceso.

En lo concerniente al segundo problema jurídico, es necesario anotar que la acción de tutela se rige por el principio de subsidiariedad, el cual reclama que la parte que acude a la protección de sus derechos, no cuente con otro recurso o mecanismo ordinario de defensa judicial que resulte efectivo e idóneo, y además que habiéndolo tenido a su alcance, haya hecho uso de él o ellos oportunamente, pues se constituye en un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus asuntos procesales, so pena que la tutela resulte improcedente, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quién alega la vulneración, se haya visto privado de la posibilidad de dichos mecanismos, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.

Siguiendo ésta misma línea argumentativa, se deduce que la acción de tutela es improcedente para ordenar a COLPENSIONES la corrección de la historia laboral del actor, por cuanto dicho asunto no resulta ser de la competencia del juez constitucional, en la medida que el reconocimiento de las semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud corresponde a una discusión de tipo legal y el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para la protección de sus derechos, bien sea ante la jurisdicción laboral o la contenciosa administrativa.

En consecuencia, al existir otro medio de defensa judicial no es procedente el amparo constitucional. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado:

Conforme a los parámetros previstos por el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela es improcedente en aquellos casos en que los afectados dispongan de otro medio de defensa judicial, excepto cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por ello, se ha estimado que no es viable su ejercicio cuando pretermitan las acciones judiciales ordinarias o especiales que las leyes han consagrado como los mecanismos más idóneos para que las personas puedan lograr el reconocimiento de sus derechos cuando consideren que los mismos han sido vulnerados, pues es de su naturaleza el carácter subsidiario o supletorio.” (Radicación 1093 del 7 de septiembre de 1994)

Como corolario de lo expuesto, hallándose que el accionante aún cuenta con la posibilidad de iniciar el proceso ordinario laboral donde se reconozca, si es que cabe, su pensión de vejez, a juicio de esta Corporación no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, circunstancia que impone la negatoria de la acción de tutela.

**Tutela de primera instancia (T-084-14) del 5 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**TARJETA MILITAR - La dilación injustificada en la entrega de su duplicado vulnera el debido proceso administrativo.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículos 29 y 216; Ley 48 de 1993, artículo 14.

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-722 de 2010.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, según líneas atrás quedó expresado, el ciudadano MIGUEL ANGEL VARGAS BENAVIDES ha acudido a la acción de tutela denunciando que la entidad accionada después de transcurrir más de un año y cuatro meses desde que solicitó la expedición de un duplicado de su tarjeta militar aún no haya procedido de tal manera.

Según el recuento fáctico efectuado por el actor en su solicitud se tiene que éste, (i) ante el extravío de su tarjeta militar acudió ante el Distrito Militar No. 19 de la ciudad de Buga en el mes de enero de 2013 con el fin de solicitar el duplicado de la misma; (ii) una vez allí fue advertido de que la información que reposa en el Sistema Integrado de Información de Reclutamiento y Control Reservas Ejército Nacional – SIIR “...no corresponde a la realidad...”, razón por la cual se le dijo que “...se iban a comunicar con la dirección de reclutamiento y control de reservas de la ciudad de Bogotá para realizar los respectivos ajustes en el sistema, y que volviera en un mes...”; (iii) luego de múltiples averiguaciones fue enterado de la pérdida de su carpeta, su posterior hallazgo y de la imposibilidad de darle solución a su inconveniente, y finalmente es informado que sería comunicada la situación al Comandante de la Tercera Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional en Cali, razón por la cual, se dirigió mediante derecho de petición a éste, sin obtener tampoco respuesta alguna; (iv) pasados varios meses nuevamente remitió un derecho de petición a través de la página web de la entidad con el fin de indagar sobre los avances en su trámite, recibiendo como respuesta que “...los ajustes en SIIR ... eran pertinentes del comandante de zona...”, sin embargo, luego de otros meses más y de entrevistarse con el comandante del Distrito Militar éste le manifestó que “... si no hicieron los ajustes con el derecho de petición que envié, que lo mejor era que utilizara como último recurso, la tutela...”.

El anterior panorama dibuja un marco de evidente vulneración al derecho fundamental al debido proceso del accionante MIGUEL ANGEL VARGAS BENAVIDES, quien de manera injustificada ha sido sometido a una inaceptable dilación para la definición de su solicitud de duplicado de su tarjeta militar, pues durante casi dieciséis meses ha trasegado en un mar de desinformaciones por parte de las autoridades militares accionadas, las cuales se han limitado a excusar su responsabilidad sin brindarle una solución concreta y eficiente para su situación, dejándolo imposibilitado para que pueda demostrar en el momento en que sea requerido (v.gr. para acceder a un empleo, obtener un título profesional, entre otros eventos) que ya fue definida su situación militar, pues se itera, lo petitionado por él es un duplicado de la tarjeta militar que otrora le fue expedida.

En este orden de ideas, la Sala concederá la salvaguarda incoada por el actor y en consecuencia ordenará al COMANDANTE DE LA TERCERA ZONA DE RECLUTAMIENTO DEL EJÉRCITO NACIONAL DE CALI que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que del presente fallo se le haga, previa constatación de los datos suministrados, proceda a efectuar las correcciones correspondientes sobre la información correspondiente al señor

MIGUEL ANGEL VARGAS BENAVIDES que reposa en el Sistema Integrado de Información de Reclutamiento y Control Reservas Ejército Nacional – SIIR. Seguidamente, el COMANDANTE DEL DISTRITO MILITAR No. 19 de Buga procederá dentro del término de cinco (5) días a la entrega del duplicado de la tarjeta militar del accionante.

**Tutela de primera instancia (2014-433) del 6 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: concede la protección solicitada.**

**PENSIÓN DE VEJEZ – Es improcedente su reconocimiento por tutela cuando no se demuestra la existencia de perjuicio irremediable/DERECHO DE PETICIÓN – El accionante debe probar que presentó la solicitud.**

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

Corte Constitucional, sentencias C-177 de 1998, T-462 de 1999, T-590 de 2002, T-995 de 2007, T-063 de 2009, T-334 de 2011 y T-037 de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Por tanto, los problemas jurídicos se centran en establecer: ¿Si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez? y ¿Si COLPENSIONES vulneró el derecho fundamental de petición del actor?

Respecto del tema pensional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en virtud del principio de subsidiariedad, por regla general, la acción de tutela no procede para lograr el reconocimiento y pago de éstas prestaciones, toda vez que el legislador ha establecido medios defensa ordinarios para solucionar ese tipo de conflictos, ya sea ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa.

No obstante, la H. Corte Constitucional ha admitido que se concedan prestaciones de tipo pensional a través de la acción de tutela en situaciones excepcionales.

Descendiendo al caso concreto, al accionante le fue negada su pensión de vejez debido a que COLPENSIONES consideró que a pesar de pertenecer al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, toda vez que no había cotizado 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, a pesar de que tenía cotizadas 592.28 semanas desde el año 1967. Lo anterior, en virtud de que desde el año 2000 a 2008 su empleadora no pagó los aportes e incluso, después de un proceso ordinario laboral a través del cual se le ordenó a la señora HILDA JOSEFA MONTAGUT efectuar el pago correspondiente a los aportes de seguridad social del actor, dicha providencia no ha sido cumplida. En consecuencia de lo anterior, en el año 2004 cuando el accionante cumplió la edad para obtener su pensión de vejez, ya no cumplía con las semanas requeridas por el Decreto 758 de 1990.

Aplicando la jurisprudencia en comentario al caso puesto en consideración de la Sala, bastará con anotarse para confirmar la sentencia de primera instancia que de acuerdo a la documentación allegada al diligenciamiento por la parte actora, no se evidencia medio probatorio alguno del cual se desprenda que el aquí accionante tenga efectivamente derecho al reconocimiento de la pensión de vejez deprecada, toda vez que se requiere de un proceso ordinario laboral o

contencioso administrativo, según sea el caso, para lograr determinar si efectivamente COLPENSIONES se allanó a la mora de la empleadora al no efectuar los mecanismos pertinentes para lograr el cobro de los aportes adeudados y si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, se debe aplicar el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 o si el actor, en virtud de la reforma constitucional del año 2005 ya no pertenece a dicho régimen.

En este orden de ideas, los argumentos del impugnante no son suficientes para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez por este medio subsidiario, al incumplirse los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para la protección de los derechos invocados, amén que la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez del accionante se originó en actos que no contradicen preceptos superiores, ni se desvirtuó la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración, como tampoco tal negativa puede interpretarse como amenaza a los derechos fundamentales del accionante y menos aún se evidencia que la entidad accionada haya incurrido en una vía de hecho.

Luego, la solicitud del accionante está llamada al fracaso, por cuanto no resulta ser de la competencia del Juez Constitucional el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, básicamente porque la Ley 1437 de 2011 asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el juzgamiento de las actuaciones de la administración cuando los funcionarios presuntamente pretermiten el procedimiento. Luego, tratándose de una discusión legal por imperio de la lógica no es competencia de la acción constitucional su resolución.

Tampoco se visualiza la presencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procedería el amparo en forma transitoria.

Durante el trámite no se demostró que por el hecho de que COLPENSIONES no hubiese accedido a las pretensiones en la forma aquí solicitada por la parte actora, se le cause un perjuicio irremediable que afecte sus derechos fundamentales. Adicionalmente, el accionante puede acudir a la vía ordinaria laboral para lograr el reconocimiento de su pensión de vejez, constituyendo éste un medio idóneo para la defensa del derecho invocado, máxime cuando tampoco se encuentra acreditado que el demandante esté impedido para ejercer la mencionada acción, como tampoco se avizora por parte de esta colegiatura quebrantamiento al mínimo vital y derecho a la salud, razones suficientes para negar el amparo deprecado. Hasta aquí habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia por cuanto negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor.

Ahora bien, respecto del segundo problema jurídico, empezaremos por mencionar que solamente tendrá legitimación por pasiva quien efectivamente haya recibido la petición que se pregona insatisfecha, siendo resorte del accionante la carga de demostrar su entrega al presunto infractor, tal como lo determinó el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T 678 de 2008...

En consecuencia, si dentro del trámite de la acción de amparo el actor no probó la presentación de la solicitud, la autoridad accionada no puede ser condenada a contestarla, puesto que procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que estaba en la obligación constitucional de responder.

En el minucioso estudio del caso puesto en conocimiento de la Sala, se evidencia, contrario a lo considerado por el Juzgado de primera instancia, que el accionante no acreditó idóneamente la presentación de la petición ante la entidad accionada y aunque adjuntó copia del escrito contentivo de la referida solicitud, el

documento carece de sello de recibido por parte COLPENSIONES, como tampoco allegó copia de la guía expedida por la correspondiente empresa postal en el evento de que hubiera sido remitido por franquicia. En esta instancia pese al concreto requerimiento que se le hiciera tampoco allegó la referida prueba.

En este orden de ideas, ha de advertirse, que como en el sub examine el accionante no acreditó que hubiere presentado derecho de petición ante COLPENSIONES el día 23 de abril de 2013, pues el escrito obrante en el folio 58 del cuaderno de primera instancia no aparece con sello de recibido de la entidad demandada, no es posible acceder al amparo deprecado.

**Tutela de segunda instancia (T-085-14) del 10 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca el numeral segundo de la sentencia impugnada y confirma en lo restante.**

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – En los procesos de restitución de inmueble arrendado el demandado debe, para ser escuchado, consignar el valor de los cánones adeudados.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 424, párrafo segundo, numeral segundo.

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

Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

(...)Considera esta Sala de Decisión que en el asunto *sub-exámine*, según se aprecia del estudio del proceso de restitución de inmueble arrendado con radicación 2012-552 que se adelanta ante el Juzgado 6º Civil Municipal de Palmira, NO se encuentra satisfecho el requisito de la subsidiariedad que debe cumplir la acción de tutela, en razón a que como acertadamente se dijo en la sentencia que desató la primera instancia, el demandado si quería ser escuchado y ejercer su derecho de defensa dentro del proceso de restitución, debió acompañar con su contestación, las consignaciones de los cánones que se le endilgan como morosos. Como ello no ocurrió, ni ha ocurrido, no tiene por qué el despacho accionado dar trámite alguno a las múltiples solicitudes de nulidad que ha elevado el demandado por conducto de su apoderado. Véamos lo que establecen el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, al respecto:

Art. 424.—Modificado. L. 794/2003, art. 44. Restitución del inmueble arrendado. Cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble arrendado, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

PAR. 2º—Contestación, derecho de retención y consignación.

(...)

2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las

consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél.

3. Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.

4. Los cánones depositados para la contestación de la demanda se retendrán hasta la terminación del proceso, si el demandado alega no deberlos; en caso contrario se entregarán inmediatamente al demandante. Si prospera la excepción de pago propuesta por el demandado, en la sentencia se ordenará devolver a éste los cánones retenidos; si no prospera se ordenará su entrega al demandante.

5. Los depósitos de cánones causados durante el proceso se entregarán al demandante a medida que se presenten los títulos, a menos que el demandado al contestar la demanda le haya desconocido el carácter de arrendador, caso en el cual se retendrán hasta que en la sentencia se disponga lo procedente.

De lo anterior se extrae entonces que el procedimiento civil, al regular el proceso de restitución, es claro al establecer que como requisito *sine qua non* para que pueda darse trámite a las defensas del demandado, éste tiene la carga de aportar la consignación de los cánones morosos, o en su defecto, de los recibos de pago de los tres últimos periodos. Luego como ello no ha acontecido en el *sub exámine* todos los argumentos del demandado, no merecen impulso alguno.

La consignación como requisito para ser oído es exigencia de todos los procesos de restitución, incluso cuando el demandado desconoce la calidad de arrendador de su contraparte, como aquí ocurre, evento en que los dineros de los cánones no serán entregados hasta que así lo disponga la sentencia. Como se observa, ésta oportunidad ha sido malgastada por el demandado quien sistemáticamente se ha rehusado a ponerse al día en los cánones para ser escuchado.

De este modo, brota un medio eficaz e idóneo dentro del escenario natural para haber logrado el cometido que con la presente acción de tutela se persigue, y del cual se establece la parte ahora accionante dejó de usar oportunamente.

Así las cosas, como el principio de la subsidiariedad, reclama haber agotado los medios de defensa disponibles en el escenario propio, a la vez que la ausencia de mecanismos ordinarios de defensa que tenga a la mano el interesado para hacer valer sus alegatos, y advirtiéndose en el *Sub lite* que la acción se instauró pese a no haber agotado todos los mecanismos propios ante el juez natural, dicha circunstancia impone la confirmación del fallo de primer grado, como quiera que, en efecto, se incumple con el requisito de la subsidiariedad.

En consecuencia, no puede el juez constitucional premiar la actitud deshonrosa con la que se advierte, el demandado y su apoderado han asumido el litigio. Luego, por la simple razón de la subsidiariedad, el amparo deprecado está llamado al fracaso, quedando relevado el tribunal de adentrarse a las demás inconformidades expuestas por el apoderado en su tutela.

**Tutela de segunda instancia (T-087-14) del 11 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada**

## ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – El auto que niega la solicitud de nulidad no es apelable.

### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 351, numeral quinto.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-1009 de 2000, T-231 de 1994 y T-189 de 2005; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión de tutela 00142-00 del 10 de mayo de 2005; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, auto 2006-00476-03 del 7 de marzo de 2014, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Como en múltiples oportunidades lo ha puntualizado éste Tribunal, la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales es verdaderamente excepcional, ya que en línea de principio general ellas son intangibles frente al aludido recurso constitucional.

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

Al hacer descender las premisas antes descritas al caso *sub discussio* emerge nítido que la providencia sobre la cual gravita la queja tutelar objeto de examen no exterioriza una sola de las denominadas CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES [antes denominadas VIAS DE HECHO], pues el numeral 5 del artículo 351 del C. de P. Civil -reformado por el artículo 14 de la Ley 1395 de 2010- (cuya vigencia no tiene el condicionamiento temporal que plantea el accionante en su solicitud de tutela) prescribe que es apelable el auto “...que niegue el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva, el que declare la nulidad total o parcial del proceso y el que niegue un amparo de pobreza...”, literalidad bajo la cual no resulta descabellado arribar a la conclusión que abrazó el juzgado accionado en la providencia que suscita la inconformidad del señor MERARDO RAMOS ZAPATA al decidir, en esencia, que el auto No. 677 de fecha 27-11-2013 por medio del cual el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE GINEBRA negó la declaración de nulidad impetrada por el aquí accionante no goza del beneficio de la doble instancia, y que, por ende, anduvo acertado el despacho judicial acabado de mencionar al no conceder el recurso de apelación interpuesto por aquél contra dicha determinación.

Por supuesto, como toda obra producto del intelecto humano, la decisión en comento puede ser pasible de reparos. Es más: respecto de ella es posible proponer interpretaciones o alternativas distintas a la allí plasmada, basadas en criterios o puntos de vista igualmente respetables a los que expuso el operador judicial accionado. Así, por ejemplo, quien funge como ponente de la presente sentencia ha expresado en varias oportunidades que

“...A.) Como es sabido, las solicitudes de nulidad procesal que las partes o terceros formulen al juez deben tramitarse como incidente [o bajo el rito especial que lo sustituye] (penúltimo inciso artículo 142 del C. de P. Civil).

B.) El numeral 5 del artículo 351 del C. de P. Civil prescribe que tratándose de autos proferidos en la primera instancia es apelable “...el que niegue el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva...”. De ahí que el hecho de que esa misma disposición agregue seguidamente que también es apelable el auto “...que declare la nulidad total o parcial del proceso...” jamás puede significar que la providencia que niega declarar la nulidad quedó excluida del beneficio de la doble instancia, pues si ya el mismo precepto legal había consagrado que es apelable *in toto* el auto QUE RESUELVA CUALQUIER INCIDENTE, redundante resultaba volver a consagrar tal cosa para el auto que niega declarar la nulidad incoada por alguno de los sujetos procesales, pues se insiste, por ley, petición de ese temperamento debe tramitarse como incidente, y en consecuencia, negar la nulidad es exactamente lo mismo que RESOLVER ADVERSAMENTE [a su promotor] el incidente de nulidad que éste ha promovido.

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

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

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

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

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

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

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

La respuesta a dicho interrogante, necesariamente negativa, robustece las consideraciones y conclusión plasmadas en precedencia, a saber, que el auto por medio del cual SE NIEGA declarar la nulidad que los sujetos procesales le han impetrado al juez es pasible del recurso de alzada, como en efecto lo determinó la juez *a-quo* en su providencia de fecha 09-12-2013 (folio 216 fte. y vto. cdo. copias)...” (auto del 07-03-2014; expediente No. Radicación #76-520-31-10-002-2006-00476-03).

Sin embargo, de ahí a sostener que la interpretación efectuada por el juez accionado en el presente caso es antojadiza y debe ser removida en sede de tutela bajo la sindicación de configurar una vía de hecho hay una abismal diferencia,

pues como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, “...*los errores ordinarios, aún graves, de los jueces, in iudicando o in procedendo, no franquean las puertas de este tipo de control, que por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del Juez que los profiere...*”.

Se impone, en consecuencia, el despacho desfavorable del amparo examinado.

Tutela de segunda instancia (T-2014-402) del 11 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

**DERECHO AL MÍNIMO VITAL – Los descuentos efectuados al salario no pueden ser superiores al 50%.**

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En el presente caso el accionante ha solicitado protección a su derecho fundamental al mínimo vital, el cual considera vulnerado por la Coordinación de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Valle, en razón a que esa dependencia descontó en la liquidación de su nómina correspondiente al mes de abril la suma de \$700.589 por concepto de Reintegro de Prima de Vacaciones, sin contar con su respectiva autorización ni informarle de tal descuento.

La dependencia accionada, como en líneas anteriores se dijo, replicó indicando que tal deducción se encontraba amparada en su obligación de no efectuar pagos diferentes a los establecidos legalmente por el Gobierno Nacional, razón por la cual debían garantizar el correspondiente reintegro de dichas sumas de dinero canceladas indebidamente al empleado.

Pues bien, para dar solución al problema jurídico aquí planteado es indispensable tener claridad sobre la información concreta con la que contaba el accionante con relación a los reintegros de dinero que debía efectuar a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Así, conforme a lo comunicado mediante Oficio DESAJ-TH-0638 de fecha 11 de abril de 2014, recibido por el accionante el día 25 de abril de 2014, la situación es la siguiente:

#### **Oficio DESAJ-TH-0638**

- (i) El 08 de septiembre de 2013 renuncia a su cargo en propiedad y el 01 de octubre del mismo año nuevamente es vinculado, razón por la cual le fue efectuada su liquidación definitiva.
- (ii) Para liquidar primas y bonificaciones se tiene en cuenta el nuevo ingreso, esto es, 3 meses hasta el día 31 de diciembre de 2013.
- (iii) En la nómina de noviembre de 2013 se le canceló Prima de Navidad por 2 meses quedando pendiente un mes.
- (iv) En la nómina principal de Diciembre 2013 se canceló vacaciones, sueldos y prima de productividad “... *sin embargo solo se le debió liquidar 90 días de Prima Productividad (Del 01 de octubre al 31 de diciembre 2013), no como se efectuó sobre 120 días...*”, por tal razón debía reintegrar la suma de \$205.013 y se debió liquidar por Vacaciones la suma de \$1.841.692, debiendo reintegrar \$44.921.

(v) En la nómina adicional de Diciembre 2013 se canceló la diferencia de prima de navidad, de la cual también debía reintegrar la suma de \$27.287 y en la segunda nómina adicional de Diciembre de 2013 se reconoce la diferencia de prima de vacaciones “... pero el valor no es correcto por 3 meses laborado, se debió pagar \$313.924 y en enero 2014 se le volvió a pagar ese mismo valor...”

(vi) Para la nómina de Enero 2014 se reconoce prima de vacaciones “... la cual ya se había pagado en la nómina adicional de Diciembre 2013 por lo tanto debe reintegrar \$1.401.178...”

(vii) En la nómina del mes de Marzo de 2014 se efectúan unos reintegros, quedando saldada la prima de productividad, vacaciones, prima de navidad y quedando pendiente por reintegrar la prima de vacaciones por la cual se descontarán dos cuotas por valor de \$700.589 en los meses de Abril y Mayo de 2014.

Ahora bien; los anteriores reintegros se vieron reflejados durante los meses de marzo y abril, observándose que precisamente en la nómina correspondiente al mes de abril de 2014 [de la cual se duele el accionante] los valores devengados y deducidos quedaron así:

CONCEPTO	DEVENGADO	DEDUCIDO
Sueldo Básico	\$2.532.475	
Bonificación Judicial	\$814.297	
Reintegro de Prima de Vacaciones		\$700.589
Descuentos por otros conceptos		\$1.346.507

En este orden de ideas, frente al reproche puntual del accionante con relación a su afectación al mínimo vital, encuentra la Sala que efectivamente en el mes de abril, los descuentos efectuados al accionante sobrepasaron el 50% del salario devengado:

	VALOR
DEVENGADO	\$3.346.772
DEDUCIDO	\$2.047.096
TOTAL PAGADO	\$1.299.676
50% VALOR DEVENGADO	\$1.673.386

Puestas así las cosas, razón le asiste al accionante al dolerse de los descuentos aplicados a su salario, máxime cuando el enteramiento de la situación que ahora reprocha (percibir como valor a cancelar una suma inferior al 50% de la suma por él devengada como empleado) aconteció casi concomitantemente al pago de su salario, pues éste fue enterado de las particulares irregularidades ocurridas con su liquidación de nómina correspondiente al mes de Diciembre 2013 tan solo el día 25 de abril de 2014, esto es, cuando ya la nómina de dicho mes se encontraba liquidada y tan solo a pocos días de ser consignado su salario.

Ahora bien, conforme a lo expresamente solicitado por el accionante a través de esta petición de amparo constitucional en virtud de la cual pretende “... que se abstenga el pagador de efectuar el descuento por valor de \$700.589 por concepto de reintegro de prima vacacional, la cual como se observa fue pagada en debida

*forma en el mes de enero, ya que en el mes de diciembre no fue pagada...”, además que se ordene a la entidad accionada “... pagar mis salarios mensuales sin descontar más del 50% del total devengado...”, considera la Sala, en cuanto a la primera solicitud, que el actor cuenta con los mecanismos correspondientes para controvertir el valor del reintegro que fue liquidado; es más, una vez enterado de tal situación mediante el oficio DESAJ-TH-0638 del 11 de abril de 2014, debió haberse pronunciado respecto a tal situación manifestando su inconformidad con relación a la suma de dinero que debe reintegrar; empero, ello no ocurrió, o por lo menos brilla por su ausencia prueba alguna en el *dossier* que demuestre lo contrario, razón por la cual, existiendo los mecanismos ordinarios para efectuar este puntual reclamo (se itera, con relación al monto a reintegrar por el empleado) la acción de tutela resulta improcedente pues es otro el escenario natural para debatir este tipo de controversia.*

Diferente es lo que ocurre con las deducciones efectuadas en su salario del mes de abril de 2014, pues como en líneas anteriores se expuso, éste percibió menos del 50% de su salario, lo cual traduce que a pesar del deber que tiene la Administración Judicial de procurar el reintegro de los pagos efectuados en exceso, a ésta no le es dable soslayar la protección que la normatividad laboral le otorga al trabajador en punto de que su salario no puede verse drásticamente afectado, y con ello poner en peligro su manutención y la de quienes de él dependen.

Con fundamento en lo anterior la Sala considera que la orden impartida por el juez *a-quo* para materializar la protección otorgada debe revocarse, y en su lugar disponer que la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DEL VALLE se abstenga de efectuar descuentos que impliquen que su remuneración mensual neta sea inferior al 50% del salario previsto para el cargo que desempeña en la Rama Judicial. O sea, precisamente lo que éste pidió en su escrito de tutela, expresa manifestación suya que, sin duda, constituye una autorización suya a la oficina pagadora para que el reintegro de las sumas de dinero que recibió en exceso se lleve a cabo en las precisas condiciones por él explicitadas.

En relación con la compulsa de copias solicitada por la entidad recurrente la Sala concluye que la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL se encuentra en libertad de solicitar las investigaciones que considere pertinentes ante las autoridades competentes con ocasión del pago en exceso efectuado al aquí accionante.

Es pertinente resaltar, finalmente, que los fallos que la susodicha entidad ha solicitado tener en cuenta no son analogizables a la presente casuística, pues no puede perderse de vista que en el *sub-júdice*, a diferencia de lo sucedido en los casos allá tratados, se ha amparado el derecho fundamental al mínimo vital del actor [el cual resultó sustancialmente afectado por los descuentos superiores al 50% del mismo].

Tutela de segunda instancia (T-2014-403) del 12 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y confirma en lo restante.

**ACCIÓN DE TUTELA – La protección constitucional depende, por el principio de inmediatez, de su presentación en un término razonable.**

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

CITAS DE JURISPRUDENCIA: Corte Constitucional, sentencias SU.961 de 1999, T-993 de 2005, T-500 de 2009 y T-137 de 2012.

### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

Luego, el tema a dilucidar se centra en determinar la posible vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante, al no reconocerse por parte de las accionadas los 110 días que estuvo incapacitada del 20 de mayo de 2013 al 17 de agosto 2013.

Por lo tanto, debe la Sala examinar en primer lugar ¿si en este caso se cumplieron las exigencias de procedibilidad necesarias para la viabilidad de la acción de tutela cuando se reclama el pago de incapacidad laboral? y ¿si procede el amparo para evitar un perjuicio irremediable?

A consideración de la Sala, en el presente caso, según se desprende del escrito de tutela y sus anexos, NO se encuentran satisfechas las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela, especialmente el requisito de inmediatez, porque entre la fecha en que se emitieron las incapacidades y la negativa en su reconocimiento por parte de la NUEVA EPS., valga la pena decir, mayo 20 de 2013 al 17 de agosto de 2013 a aquella en que se interpuso la presente acción (abril 10 de 2014), transcurrió un plazo amplio en el cual bien pudo acudir a la jurisdicción laboral.

Nótese como el precedente jurisprudencial de la citada Corporación ha reconocido, que si bien el paso del tiempo no autoriza rechazar la petición de amparo, en el estudio concreto de los hechos el juez de tutela sí puede negar la protección constitucional, tras considerar que los derechos invocados ya no se consideran vulnerados.

Como anteriormente se acotó, en el caso objeto de revisión, se tiene, según la documentación anexa al diligenciamiento, que al accionante le fue negada el reconocimiento y pago de las incapacidades suscitadas entre el 20 de mayo al 17 de agosto de 2013. Luego a partir de la última fecha en comento (agosto 17 de 2013), el accionante tenía el deber de reclamar ante la jurisdicción laboral el reconocimiento y pago de dichas incapacidades y de esta manera obtener el restablecimiento del derecho que ahora invoca vulnerado, sin embargo, no lo hizo, o por lo menos tal situación no fue demostrada en este encuadramiento, de tal manera, que entre dicha decisión, y hasta cuando se instauró la presente acción (abril 10 de 2014), transcurrieron más de ocho meses.

Así las cosas, resulta innegable que la tutela no se presentó en un lapso prudencial, como tampoco se advierte, ninguna prueba tendiente a demostrar que durante ese tiempo, el actor haya reclamado directamente ante las entidades accionadas o ante la jurisdicción laboral la vigencia de sus derechos (pago de las incapacidades). El silencio de la accionante durante estos últimos 08 meses demuestra que no se sintió vulnerado en sus garantías fundamentales, pues no de otra manera se entiende que en su momento no haya impugnado por vía de tutela la negativa de la que ahora se duele, o en su defecto demandado la actuación ante la jurisdicción laboral.

Finalmente, aunque el accionante centra la solicitud de amparo en la circunstancia de no contar con los recursos económicos para su subsistencia, éste solo hecho no conlleva a la protección especial reclamada, menos aún cuando dentro de los hechos de la tutela y los documentos anexos no se prueba la razón por lo que a

la fecha no ha iniciado las acciones judiciales pertinentes y máxime cuando desde la fecha de terminación de las incapacidades continuó laborando y devengando un salario mensual.

En el presente caso, el accionante pretende que mediante acción de tutela, la NUEVA EPS o COLPENSIONES, reconozca y pague las incapacidades expedidas entre el 20 de mayo de 2013 y el 17 de agosto de 2013, sin embargo, es importante señalar que del escrito de tutela ni de los anexos se desprende la existencia de un perjuicio irremediable o estado de necesidad del accionante.

De tal manera, que la tutela no es el mecanismo pertinente para lograr el reconocimiento del subsidio de incapacidad, con mayor razón cuando no se allegaron pruebas que demuestren que el mínimo vital del actor se encuentre afectado, ni se acreditó fehacientemente el perjuicio irremediable, y aunado a lo anterior se incumplió con el principio de inmediatez, razones suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 02 de mayo del año en curso por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE TULUA (VALLE),

Tutela de segunda instancia (T-088-14) del 11 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada

**PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD – El abandono, como causal, debe ser de carácter absoluto, injustificado y voluntario**

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

Constitución Política, artículos 14, 16 y 44; Código Civil, artículos 288, 312, 314 y 315.

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

Corte Constitucional, sentencias T-523 de 1992, T-587 de 1998, T-900 de 2006; Corte Suprema de Justicia, decisión del 10 de marzo de 1987 y 2006-00714-00 del 25 de mayo de 2006, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Antes de abordar el tema que nos ocupa, la Sala cree necesario hacer las siguientes precisiones:

1º. La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos incapaces o no emancipados o de familia o sea los menores de 18 años.

2º. Ese conjunto de derechos son tres y son:

A. El derecho a representar judicial y extrajudicialmente al hijo incapaz;

B. El derecho de administración del patrimonio del menor; y

C. El derecho de apoderamiento o goce de los frutos del patrimonio del hijo no emancipado.

3º. La patria potestad o potestad parental es

indelegable e intransferible, por lo que fallecido o terminada la patria potestad con respecto a uno de los progenitores la ejercerá exclusivamente el otro progenitor.

4º. Dicha patria potestad hay lugar a ser concluida y por ende se da la emancipación (liberación) del hijo por alguna de las tres (3) formas previstas en la legislación colombiana vigente, a saber:

A) De manera voluntaria (art. 313 del C. C.), la cual requiere de autorización del juez competente para ello;

B) De forma legal, al presentarse alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 314 del Código Civil; y

C) Por decisión judicial al estar demostrada alguna de las causas expresa y taxativamente previstas en el artículo 315 del Código Civil.

Entendido lo anterior, descendemos al estudio del problema jurídico planteado el cual se centra, según lo planteado en la demanda, en establecer si hay lugar a privar de los derechos que da la patria potestad al demandado, señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO, sobre su menor hija MICHELLE GUTIERREZ VELES por haber incurrido, según la parte actora, en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 315 del C. Civil, esto es, “Abandono total en calidad de padre”.

Sobre este punto la Sala deja en claro, estando en todo de acuerdo con lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 25 de mayo del año 2006, que al hablar de la privación de la patria potestad la situación del padre o madre frente al hijo debe ser analizada de forma individual y objetivamente en cada caso concreto, y teniendo en consideración que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conlleva por sí sólo a que se le prive de la patria potestad, ya que para ello es necesario que el abandono sea absoluto y que obedezca al propio querer de ese progenitor. No se trata de hacer un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aporta para la alimentación de la menor, ni si la visita o no, sino de comprobar, de manera irrefutable que éste se desentendió totalmente de sus deberes como padre del menor.

Se tiene que la imputación hecha por la señora MARISOL VELES SARCO al demandado, señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO, y que es su soporte para pretender la privación de la patria potestad, es referente al presunto abandono de la menor MICHELLE GUTIERREZ VELES por parte de él, se debe precisar que si bien se presenta tal abandono éste no es absoluto y menos injustificado, de conformidad con lo demostrado en el proceso pues analizados los medios de prueba obrantes en el expediente se observa que:

a) El señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO ha estado interesado en cumplir con su obligación alimentaria para con su menor hija MICHELLI GUTIERREZ VELES, prueba de ello es el ofrecimiento de alimentos presentado por él ante el I. C. B. F. y que generó la audiencia celebrada el día 15 de septiembre de 2011, donde no se pudo llegar a una conciliación entre el señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO y la madre de la menor MICHELLE GUTIERREZ VELES, señora MARISOL VELES SARCO, a pesar de que el padre la niña propuso cancelar la suma fijada por el Defensor de Familia del I. C. B. F. en especie y la señora VELES SARCO expresó “*yo le recibo pero en signo pesos la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MENSUALES (\$200.000)*”. A pesar de ello y aunque no cuenta con un trabajo estable, junto con los abuelos paternos de la menor, se le aportan alimentos en especie y ropa, de lo cual muestra

inconformidad la madre de la niña.

b) La señora MARISOL VELES SARCO, en decisión arbitraria y unilateral, determinó negarle al señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO, padre de la menor MICHELLE GUTIERREZ VELES, el derecho a interrelacionarse con su pequeña hija bajo la excusa de que no le aportaba nada, así lo señaló en su interrogatorio donde dijo “que “Yo le nequé que la viera porque como voy a permitir que vaya y vea a la niña sin aportar nada””, cercenando de esta forma no sólo el derecho del padre a ver la hija sino el derecho de la menor a fomentar su vínculo filial con su progenitor, en otras palabras, por un concepto muy personal de la madre de la menor violenta derechos de raigambre constitucional, como son los derechos de los menores previstos en el artículo 44 de la Carta Magna.

c) Se desprende, entonces, que la madre de la menor obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones del padre de la menor para luego venir a esgrimir, judicialmente, el incumplimiento de tales obligaciones para pretender que se le prive de la patria potestad al padre de la niña, situación que riñe con el espíritu de lo que es la patria potestad y violentando, de contera, los derechos de la menor, olvidando la prevalencia del interés superior de la niña en el respeto a sus derechos sobre los de los demás y los caprichos e inconvenientes que se presenten entre sus progenitores, quienes deben dejar sus problemas personales de lado y pensar sobre la prioridad que tienen los derechos de su pequeña hija, pues es lamentable escuchar que la niña no reconoce al demandado como su papá como lo dijo la demandante en su interrogatorio de parte cuando expuso “*Cuando salimos la niña y yo a la calle, que lo encontramos a él, la niña es como si pasara alguien desconocido, para ella es un desconocido.*” y tener de presente que ello puede ocurrir debido a que la progenitora no le permite al padre interrelacionar con la niña porque, a criterio de la madre, no le suministra nada y la ausencia del aporte alimentario no lo hace porque la madre no acepta que lo haga en especie pero tampoco lo demanda para que se cumpla con la obligación en dinero, estando dotada de un título ejecutivo para ello, ni lo denuncia penalmente por tal conducta supuestamente omisiva.

d) Se observa así que erró la juez de primera instancia, al decretar la privación de la patria potestad, ante el aparente abandono de la menor, reflejado en el incumplimiento de los deberes como padre, sin ahondar su análisis y determinar si el predicado abandono cumple los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que sea considerado total y de tal gravedad que justifique la privación de la patria potestad. La *a-quo* ha debido establecer si la ausencia del señor YERLI ALEXANDER era de manera voluntaria o existían otros factores que le impiden tener un contacto con su hija; de los testimonios recaudados en el plenario y de los interrogatorios de parte realizados a los señores YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO y MARISOL SARCO, se observan los conflictos que ha tenido la mencionada pareja y que afecta la relación entre padre e hija, al punto que la madre de la menor reconoce que “*yo le nequé que la viera porque como voy a permitir que vaya y vea a la niña sin aportar nada*”.

En este orden de ideas, no observa la Sala que exista un abandono por parte del señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO, pues la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que el incumplimiento de los deberes como padre, no conllevan, per se, al abandono del menor, sino que dicha ausencia, debe ser total y por el querer del padre, sin que deba debatirse la forma en que aporta a la manutención de la menor.

Así pues, no obran en el plenario elementos suficientes para privar de la patria potestad al señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO, como quiera que ha intentado acercarse a su hija, pero los conflictos con la madre de la menor no lo permiten y si bien ha existido negligencia por parte del demandado en reclamar los derechos que le asisten como padre de visitar a su hija, entre otros, ello no es razón suficiente para declarar la privación de la patria potestad, por lo tanto, la sentencia de primera instancia será revocada íntegramente.

Con soporte en lo anteriormente expuesto, se hace imperativo para esta Sala el revocar la decisión tomada en la sentencia No. 136 del 27 de mayo del 2013, dictada, en primera instancia, por el Juzgado Segundo de Familia de Tuluá (V), y en su lugar se NIEGAN las pretensiones de la demanda, al no estar demostrado el abandono absoluto, injustificado y voluntario por parte del señor YERLI ALEXANDER GUTIERREZ MURILLO de sus deberes como padre de su menor hija MICHELLE GUTIERREZ VELES.

Como quiera que en esta segunda instancia se revoca totalmente la sentencia de primera instancia, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante, de conformidad con lo plasmado en el artículo 392 del C. P. C., fijando las agencias en derecho de esa instancia para que sean tenidas en cuenta en la liquidación de las costas por el secretario del A Quo, dejando en claro que no se condena en costas de segunda instancia ya que no se causaron y sólo hay lugar a ellas cuando se resuelve desfavorablemente el recurso de apelación a la parte que lo interpone más no cuando ella triunfo y la parte contraria no se opuso a lo perseguido con el recurso.

Sentencia de segunda instancia (2012-00531-01) del 17 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: revoca la sentencia apelada.

**DERECHO DE PETICIÓN – No existe vulneración al contestar de manera verbal la solicitud presentada de la misma forma.**

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

CITAS DE JURISPRUDENCIA: Corte Constitucional, sentencias T-377 de 2000, T-669 de 2003, T-259 de 2004; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión de tutela 2005-00076-01 del 28 de marzo de 2005, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe al derecho sobre el que se invoca protección, hace parte de aquellos considerados como fundamentales por nuestra Constitución Política, luego y de acuerdo a lo señalado en los hechos de la acción, el análisis a realizar se enfoca solamente en determinar ¿si la entidad accionada incurrió en la omisión acusada y si con ello vulneró el mencionado derecho?

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

Así mismo, la Corte ha pregonado que el derecho de petición tiene como elementos integradores: i.) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas (núcleo esencial); ii.) una respuesta que debe ser pronta y oportuna, es decir otorgada dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente; es decir, sin evasivas respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados y iii.) una pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea favorable o no, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido, señalando, respecto de la respuesta, para que con esta se tenga por satisfecha la petición, debe ser suficiente, efectiva y congruente con lo solicitado.

En punto al derecho de petición elevado ante las autoridades, el Código Contencioso Administrativo, permite que éste se presente verbalmente y su decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado.

Precisamente fue ello lo que aconteció en el presente caso dado que el mismo accionante informó que la entidad accionada dio oportuna respuesta a la petición verbal por él elevada, relacionada con la obtención de las ayudas humanitarias destinadas a su núcleo familiar por parte de la señora INES ANGULO, cuando le *“informaron de manera verbal que es ella quien figuraba como cabeza de hogar en el listado en el que me encuentro, que si yo no la conocía, remitiera nuevamente a la UAO Sede Buenaventura, los mismos documentos que había aportado al inicio”*; Luego, es evidente que la entidad se pronunció en el referido sentido. De suerte que si el destinatario de la petición de marras, le hizo saber al interesado que debía presentar nuevamente la documentación de su núcleo familiar, para verificar la base de datos, éste es el camino a seguir por parte del petente para satisfacer su requerimiento, esto es, la presentación de la documentación exigida.

Ahora bien, no existe evidencia en torno a la presentación de la referida documentación ante la entidad accionada, de modo que se impone mantener la decisión impugnada, pues la simple atestación huérfana de soporte demostrativo, repetidamente se ha dicho, impide conceder la protección solicitada, en cuanto que *“no basta la simple manifestación del actor respecto de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental de rango constitucional para acceder al amparo, sino que es indispensable que la situación irregular se encuentren debidamente demostrada”*

No sobra señalar que por la condición de sujeto de especial protección, el accionante puede a través de la personería municipal de Buenaventura (V), lograr la asesoría pertinente en la presentación de la documentación y solicitudes ante las entidades creadas para la atención y reparación a las víctimas del conflicto armado.

**Tutela de segunda instancia (T-090-14) del 18 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia impugnada.**

**ACCIÓN REIVINDICATORIA AGRARIA – Elementos a demostrar para su prosperidad.**

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

Código Civil, artículos 946 y 950.

## CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Así las cosas y con el fin de desatar los argumentos de impugnación procede la Sala a analizar ¿si en este caso se encuentran cumplidos los presupuestos axiológicos para el triunfo de la pretensión de dominio como lo concluyó la jueza de primer grado?

Para responder, es necesario recordar que el artículo 946 del Código Civil, definió la reivindicación o acción de dominio como la *“que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”*.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se han establecido cuatro presupuestos para que prospere la acción reivindicatoria, estos son: a) Ser el demandante titular del derecho de propiedad sobre la cosa cuya restitución se demanda, b) Estar la cosa a reivindicar singularizada, c) Identidad entre lo poseído y lo pretendido, y d) Que el demandado tenga la calidad jurídica de poseedor.

Respecto del primer requisito, el artículo 950 de la misma obra precisa que tal acción le *“corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”*. Ahora bien, la facultad que le otorga la ley al propietario para incoar la acción reivindicatoria se fundamenta en el derecho de persecución que es inherente a su derecho real, es decir nace del dominio que se tiene sobre la cosa en particular, en otras palabras, se trata de una acción real que ostenta el titular del derecho de dominio.

De acuerdo a lo anterior, y establecido como está que la señora GLORIA PATRICIA GIRALDO CANO, es propietaria inscrita del bien que pretende reivindicar, por haberlo adquirido en la división material que hizo con su hermana MARTHA LUCIA GIRALDO CANO, del predio que en mayor extensión les fue adjudicado en la sucesión de su padre ERNESTO GIRALDO MOLINA, tal como consta en la escritura pública No. 1950 del 10 de julio de 1995, otorgada en la Notaría 2ª del Circulo de Tuluá, la cual fue debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tuluá, al folio 384-74910, no hay duda, está legitimada para impetrar la acción reivindicatoria.

En lo que atañe al segundo requisito, este 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, está perfectamente singularizado el bien que se pretende reivindicar: un lote de 2 hc. 7.562.50 M2, alinderado así: *“Del punto 1 al punto 2, en longitud de 160 metros, del punto 2 al punto 3 en 118 metros, del punto 3 al punto 4 en 169.20 metros, de punto 4 al punto 5 en 249 metros, y del punto 5 al punto 1 cierra el polígono en longitud de 70.15 metros”*, lote de terreno que hace parte del predio *“La Luisa 1”*, hoy *“La Giralda”*, tal como se determinó por dictamen pericial no controvertido por las partes.

Respecto a la identidad entre lo poseído y lo pretendido, este es el tercer requisito, estando probada la propiedad del inmueble en cabeza de la demandante en reivindicación, mediante los títulos debidamente registrados, estos son: liquidación sucesión de ERNESTO GIRALDO MOLINA, y división material efectuada por las herederas MARTHA LUCIA y GLORIA PATRICIA GIRALDO CANO, se establece una plena identificación entre el bien que se encuentra en

manos del demandado y el pretendido en reivindicación. Además, a través de la inspección judicial llevada a cabo por la *a quo*, se pudo establecer que se trata del mismo inmueble, sin embargo, sobre este requisito es necesario ahondar, teniendo en cuenta que uno de los argumentos de la apelación se centra en acusar el fallo en la falta de certeza sobre la identificación del lote objeto de reivindicación.

Al respecto para esta Sala, ninguna duda existe que el predio trabado en la litis, hace parte del que ostenta dominio la demandante, es decir, del denominado “*La Giralda*”, y tal conclusión se llega por la experticia rendida por el segundo perito designado en estas diligencias, quien conforme lo explicó en su dictamen, que por demás se reitera, no fue objetado, basó su dictamen en el análisis de las fichas catastrales de los predios colindantes denominados “*La Favorita*”, “*La Favorita No. 1*” y la “*La Favorita No. 2*”, respecto al de la demandante “*La Giralda*”.

También se basó el Perito para emitir el dictamen, “*en los planos, a las evidencias que aparecen en el video y a la inscripción de la finca en el registro de propiedad elaborado por el I.G.A.C., como también a las fotografías aéreas del lugar donde se encuentran ubicados los predios y las restituciones fotogramétricas que definen la línea límite entre las dos (2) propiedades*”.

Es de observar, que el vídeo al cual se refiere el perito, fue aportado por la parte demandada como prueba al momento de objetar el dictamen elaborado por el primer auxiliar de la justicia, quien afirmó no se podían determinar los linderos, por cuanto los mojones naturales y cercas fueron destruidas, y en efecto ello ocurrió, pues conforme lo denunció la actora ante la Fiscalía, lo constató la Corporación Regional del Valle del Cauca C.V.C., y se puede evidenciar al observar el citado video, fue quemado gran parte del terreno, destruyéndose árboles, plantas y cercas de alambre que servían de referente para determinar los linderos.

Pero en dicho video, se logra observar algunos troncos de árboles que fueron talados y de cuerdas de alambre que demarcaban los linderos, video que al ser analizado por el perito frente a las fichas catastrales, planos y fotografías, le permitió establecer con claridad la cabida y linderos del lote, y que el mismo hace parte del de la “*La Giralda*”, de propiedad de la actora.

Así pues, no es aceptable la descalificación que en el escrito de apelación hace el apoderado del demandado, al segundo dictamen pericial que sirvió de base para la decisión tomada por el *a quo*, al decir que se debió designar un segundo perito “*que llenara las satisfacciones requeridas por la parte demandante*”, pues si no estaba conforme con tal experticia, debió objetarla, solicitar su aclaración o complementación, más no hacer insinuaciones que podrían catalogarse como acusaciones temerarias, ni es el recurso de apelación la oportunidad establecida en la ley para cuestionar un dictamen pericial, máxime cuando por apatía o descuido, se dejó vencer el término de traslado para tal fin.

Finalmente, en lo que respecta al cuarto requisito, este es, que el demandado tenga la calidad de poseedor, no existe la más mínima duda para esta Sala, que el demandado tiene tal atributo, lo cual fácilmente se otea al revisar la contestación de la demanda cuando se dijo “*AL PUNTO SEXTO: El señor CARLOS ARTURO BOTERO GUARÍN, jamás se ha considerado dueño del terreno en conflicto, solo se considera poseedor...*”; y al absolver el interrogatorio de parte el demandado, afirmó: “*Ese terreno es mío, porque lo heredé yo mi de abuela, ahora que hubo la partición me separaron ese terreno que incluso le estaba*

*pagando los impuestos, lo que heredé de mi abuela es aproximadamente 10 plazas, somos varios hermanos, yo les compré los derechos a mis hermanos, son 10 plazas que les compré a mis hermanos, más 2 hectáreas que era de mi mamá...”*

Entonces, en forma llana el demandado se reputó como poseedor del lote de terreno objeto de la litis, considerando además que el mismo hace parte de los predios que recibió por herencia de su abuela y madre, y aunque afirmó que *“hace más de quince (15) años estoy posesionado allí”*, al ser preguntado si había incoado algún proceso de pertenencia contestó *“no recuerdo”*, o de sucesión, sostuvo: *“me parece que todavía no se la levantado sucesión”*. En fin, lo cierto es que se reputa poseedor, y por tanto este último requisito también se encuentra cumplido. Cosa diferente es que el demandado crea que el lote objeto de restitución no hace parte del predio colindante de propiedad de la actora, razón por la cual a *quo* se abstuvo de condenarlo al pago de frutos, al considerar que la posesión no es de mala fe, tema no tratado en la apelación, y por ello no es necesario ahondar en el mismo.

En colofón, se confirmará la sentencia de primera instancia en todas sus partes, por las razones aquí expuestas, aunque aclarando que el predio a reivindicar tiene un área de 2 HAS 7.562.50 M2, alinderado así: *“Del punto 1 al punto 2, en longitud de 160 metros, del punto 2 al punto 3 en 118 metros, del punto 3 al punto 4 en 169.20 metros, de punto 4 al punto 5 en 249 metros, y del punto 5 al punto 1 cierra el polígono en longitud de 70.15 metros”*, lote de terreno que hace parte del predio *“La Luisa 1”*, hoy *“La Giralda”*, tal como se determinó en el segundo dictamen pericial rendido en el proceso.

Sentencia de segunda instancia (2011-00194-02) del 18 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**APELACIÓN – El auto que rechaza de plano la solicitud de nulidad no es apelable, salvo que esta deba tramitarse como incidente.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 138, 140, 142 y 351.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 2012-02834-01 del 17 de enero de 2013, con ponencia de Margarita Cabello Blanco.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Así las cosas, el planteamiento de la queja centra la discusión en el siguiente problema jurídico: ¿Es apelable el auto que rechaza de plano la solicitud de nulidad del proceso?

Iniciaremos por precisar que el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 14 de la Ley 1395 de 2010, enumera de forma exclusiva y excluyente los autos que admiten expresamente la apelación, bastando consultar la correspondiente disposición para concluir si la decisión confrontada admite la segunda instancia.

Lo anterior quiere decir, que salvo los casos señalados en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, los restantes autos no admiten el recurso de apelación, dándole al mismo un carácter eminentemente taxativo, buscando el legislador prestar un valioso servicio a la economía procesal, pues se impide la apelación de múltiples autos que no justifican el dispendioso trámite del recurso, es decir, si una norma expresamente prevé el recurso, éste será procedente, pues el criterio para la apelación de autos es nítido.

Ahora bien, en aras de resolver el problema jurídico que nos compete, es necesario determinar si en el *sub lite* la solicitud de nulidad, de acuerdo con las causales invocadas por la apoderada de la parte demandada, debía ser resuelta de plano o mediante el trámite incidental. Al respecto, el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil consagra lo siguiente:

**Artículo 142. Oportunidad y trámite. (...) La solicitud se resolverá previo traslado por tres días a las otras partes, cuando el juez considere que no es necesario la práctica de alguna prueba que le haya sido solicitada y no decreta otra de oficio; en caso contrario se tramitará incidente. (Negrilla fuera del texto)**

En consecuencia, la solicitud de nulidad se resolverá de plano, previo traslado por tres días a la otra parte cuando no existan pruebas para practicar o el juez estime que no es necesario disponerlas. Por el contrario, si se requiere la práctica de pruebas, se deberá tramitar mediante incidente de nulidad.

La anterior precisión resulta de vital importancia para determinar la procedencia del recurso de alzada, en la medida que la Ley 1395 de 2010 modificó el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, limitando los autos susceptibles de apelación en materia de nulidades únicamente a aquél que “declare la nulidad total o parcial del proceso”, salvo que la solicitud deba resolverse mediante el trámite incidental. Sobre el particular el numeral 5 del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:

**Artículo 351 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 14 de la Ley 1395 de 2011. (...) los siguientes autos proferidos en la primera instancia podrán ser apelables:**

**(...) 5. El niegue total o parcialmente el trámite de un incidente autorizado por la ley o lo resuelva, el que declare la nulidad total o parcial del proceso y el que niegue un amparo de pobreza. (...) (Negrilla fuera del texto)**

En efecto, solamente es apelable el auto que declare la nulidad total o parcial del proceso, puesto que el Estatuto Adjetivo nada dice sobre el auto que rechace la solicitud de nulidad cuando ésta deba resolverse de plano. Sin embargo, si la nulidad debe tramitarse mediante incidente, en virtud de lo establecido en los artículos 138 y 351 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, el auto que rechace el trámite del incidente de nulidad si es susceptible del recurso vertical.

Descendiendo al caso concreto, la apoderada de la parte demandada invocó como causales de nulidad las consagradas en los numerales 5 y 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, los cuales estipulan textualmente lo siguiente:

**Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:**

5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.

Como fundamento medular de su solicitud de nulidad, la mandataria judicial de la parte demandada argumentó que su poderdante estuvo indebidamente representado durante el trámite del proceso, debido a que al abogado a quién inicialmente le había otorgado poder fue suspendido del ejercicio de la profesión como consecuencia de una sanción disciplinaria. Bajo éste contexto, la solicitud de nulidad incoada por la parte recurrente NO es susceptible de tramitarse mediante incidente, toda vez que no requiere la práctica de otras pruebas diferentes a las que obran dentro del expediente para establecer si efectivamente se incurrió en alguna de las causales de nulidad invocadas por la parte demandada, ya que su solicitud en general se fundamentó en la suspensión del ejercicio de la profesión del abogado y dicho acontecimiento, de acuerdo con la cita efectuada por el *a quo* en el auto interlocutorio 359 del 26 de agosto de 2013, se encuentra demostrado en el folio 318 del cuaderno principal.

En consecuencia, en el sub lite la solicitud de nulidad planteada por la parte recurrente no es susceptible del recurso de apelación, puesto que no requiere de la práctica de pruebas para su resolución y en consecuencia, no debía tramitarse como incidente, situación que excluye cualquier posibilidad de apelación del auto recurrido.

En ese orden de ideas, y dado que no concurrían las condiciones para la alzada, era del caso negar su concesión, como en efecto lo hizo el *a quo*, sin que quede otra alternativa que declarar bien denegado el recurso de apelación.

Auto de segunda instancia (A-197-14) del 20 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: declara bien denegado el recurso de apelación.

**ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES – No procede cuando el interesado no demuestra la existencia de perjuicio irremediable.**

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

Ley 1437 de 2011, artículo 104.

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

Corte Constitucional, sentencias T-086 de 2007, T-103 de 2007 y T-581 de 2011; Consejo de Estado, decisión 2011-01367-01, con ponencia de Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En lo que atañe a los derechos sobre los que se invoca protección, conviene aclarar que si bien en el *sub examine* la pretensión se dirigió a obtener el amparo

del derecho fundamental de petición frente al escrito incoado ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE PALMIRA (VALLE DEL CAUCA) el día 18 de noviembre de 2013, en realidad la finalidad de la accionante, de acuerdo con lo expresado en el escrito de tutela, es la ejecución del fallo proferido por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Santiago de Cali el día 05 de febrero de 2013, el cual ordenó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 a favor de la señora LUZ ANGELA MORA COBO.

Por consiguiente, el análisis a realizar se enfoca a determinar: ¿Si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento de una sentencia judicial que condena el pago de una sanción por no consignación oportuna de las cesantías?

Inicialmente debe precisarse que la acción de tutela se rige por el principio de subsidiariedad, el cual reclama que la parte que acude a la protección de sus derechos, no cuente con otro recurso o mecanismo ordinario de defensa judicial que resulte efectivo e idóneo, y además que habiéndolo tenido a su alcance, haya hecho uso de él o ellos oportunamente, pues se constituye en un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus asuntos procesales, so pena que la tutela resulte improcedente, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quién alega la vulneración, se haya visto privado de la posibilidad de dichos mecanismos, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.

Dada su naturaleza residual, la acción de tutela es improcedente para debatir asuntos propios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo objeto está claramente definido en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, el cual indica:

**ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.  
(...) 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

Bajo éste contexto, la acción de tutela resulta improcedente para lograr el cumplimiento de una providencia judicial emitida por la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que el legislador estableció mecanismos idóneos y eficaces para obtener tal propósito.

En otras palabras, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la ejecución de una sentencia judicial escapa al ámbito propio de la acción de tutela, y a pesar que ha admitido su procedencia en algunos casos, ellos han sido excepcionales, primordialmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario.

En éste orden de ideas, se concluye que no se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad, puesto que para obtener el cumplimiento de las providencias emitidas por las autoridades judiciales, la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y efectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo es el proceso ejecutivo.

Es de resaltar que si bien el juez de tutela conoce de modo excepcional de aquellos asuntos que son competencia del juez ordinario, ello solo es posible cuando se configure un perjuicio irremediable o se encuentre acreditada la afectación del mínimo vital del actor, entendido éste como la posibilidad de garantizar las necesidades básicas de alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación, como mecanismos para hacer efectivo su derecho a la dignidad humana.

Siendo ello así, encuentra la Sala de Decisión que de las pruebas adosadas no se advierte la configuración de un perjuicio irremediable que torne ineficaz el proceso ejecutivo para obtener el pago de lo pretendido, con mayor razón cuando el valor adeudado es una sanción moratoria que constituiría un ingreso extra para la accionante, por lo tanto, tampoco se evidencia la vulneración del mínimo vital. Luego, éste Tribunal no estima necesaria la intervención inmediata del juez constitucional.

En consecuencia, a juicio de esta Corporación, no habiéndose acreditado el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, dicha circunstancia impone la negatoria de la protección reclamada.

**Tutela de primera instancia (T-092-14) del 20 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**NULIDAD EN PROCESO DE PERTENENCIA – El edicto de emplazamiento debe indicar la clase de prescripción invocada e identificar de manera correcta a las personas allí mencionadas.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículos 75, 146, 318, 358, numeral cuarto, y 407.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sería del caso emitir pronunciamiento frente a la admisión del recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia calendada 31 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura (Valle), dentro del proceso Ordinario de Pertenencia por Prescripción Adquisitiva de Dominio instaurado por JAIME CASTRO PRADO contra ELVIRA CUERO SOLIS y demás PERSONAS INDETERMINADAS que se crean con derechos sobre el bien objeto de usucapión, si no fuera porque se observa que en el referido proceso se presentan una serie de irregularidades que tienen el mérito de invalidar lo hasta aquí actuado.

Lo anterior debido a que efectuado el obligatorio auscultamiento de la actuación surtida en la primera instancia, se advierte la existencia de un factor de perturbación procesal configurativo de nulidad absoluta, que impone su decreto de oficio en esta instancia, acorde con lo previsto en el inciso 4º del artículo 358 del Estatuto Procesal Civil.

Dicha causal de nulidad está consagrada en el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil que actualmente reza: “*Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas...*”, situación que tiene el mérito de nulitar todo lo actuado.

En el presente caso, por auto del 01 de junio de 2009, el Juez de primera instancia de la época, consideró que se encontraban cumplidas las formalidades para admitir la demanda ordinaria de pertenencia propuesta a través de apoderado por el señor JAIRO CASTRO PRADO, y por ello así la admitió, ordenando en consecuencia el emplazamiento a las personas indeterminadas que se creyeran con derechos sobre el bien objeto de litigio, en los términos previstos en el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo literal a) del artículo 6, se establece:

6. En el auto admisorio se ordenará, cuando fuere pertinente, la inscripción de la demanda; igualmente se ordenará el emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, por medio de edicto que deberá expresar:

a) El nombre de la persona que promovió el proceso, la naturaleza de éste y la clase de prescripción alegada.

En el *sub lite*, en el edicto emplazatorio mediante el cual se convocó a todas las personas que se creyeran con derechos sobre los bienes objeto de usucapión, se mencionó que se trataba de una demanda ordinaria de pertenencia sin especificar la clase de prescripción alegada, dicha omisión se presentó desde del auto que admitió la demanda, toda vez que en la demanda se solicitó, como ordinario de pertenencia por Prescripción Ordinaria de Dominio, y posteriormente sin realizar un pronunciamiento frente al mismo, el *a quo* determinó que se trataba de un proceso de Prescripción Adquisitiva De Dominio por vía Extraordinaria, fue así como la sentencia objeto de apelación, se fundó en la normatividad legal de la prescripción extraordinaria, tanto así que en la parte resolutive de la decisión negó “LAS PRETENSIONES incoadas por la parte demandante dentro del proceso de PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO POR VIA EXTRAORDINARIA...”

Y en el capítulo de consideraciones igualmente se afirmó: “*En el presente asunto se tiene que, fue invocada por la parte demandante la Acción de Prescripción Adquisitiva de Dominio o usucapión, por la vía extraordinaria...*”

Así las cosas, al omitirse en el edicto en la clase de prescripción invocada en la demanda, se incurrió en el defecto de invalidación absoluto e insaneable antes citado, por cuanto tal falencia afecta la legalidad del emplazamiento y subsecuentemente el debido proceso y derecho de defensa de las personas indeterminadas que deben ser citadas al juicio.

Por otra parte, también se observa que en el auto admisorio de la demanda se ordenó la notificación de la demandada determinada de quienes se dijo se desconocía su domicilio, en los términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, y por ello fijó el edicto visible a folio 95 del cuaderno principal, posteriormente se allegó al plenario la página del diario donde se efectuó la correspondiente publicación omitiendo el nombre completo de la demandada, puesto que se referencia como ELVIRA CUERO S. siendo su nombre completo ELVIRA CUERO SOLIS, luego tal omisión inválida dicha actuación.

Pero como si lo anterior fuera poco, no se entiende como el anterior titular del Juzgado al admitir la demanda, *motu proprio* determinó quiénes eran las personas demandadas determinadas, pues el escrito que contiene la demanda adolece del requisito de indicar contra quien se dirige, sin que hubiera sido inadmitida para subsanar tal falencia, hecho que por demás fue observado por los apoderados del extremo pasivo en los escritos por los cuales dieron contestación a la demanda, sin que se hubiere tomado los correctivos de rigor.

Y es que tratándose de demandas de pertenencia, el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil especifica que la misma debe dirigirse contra todas las personas que aparezcan en el certificado de tradición como titular de un derecho real.

Concordante con lo expuesto, se declarará la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, correspondiendo al *a quo* dictar la providencia pertinente a fin de que se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 75 y 407 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo especial cuidado respecto de los emplazamientos de las personas indeterminadas, por lo que hace referencia a la clase de pertenencia invocada, así como de los demandados determinados en los términos del artículo 318 *ibidem*.

Con relación a las pruebas practicadas dentro de este trámite y teniendo en cuenta que no resultan afectadas por el motivo que produjo la nulidad, de conformidad con el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, conservarán su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla, siempre y cuando se admita la demanda.

Auto de segunda instancia (A-195-14) del 20 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: declara la nulidad de toda la actuación desde el auto de admisión de la demanda.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA – Su conocimiento corresponde a los jueces con categoría de circuito.**

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

Ley 973 de 2005, artículo 2; Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral segundo, letra b).

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión de tutela 2010-00149-01 del 14 de febrero de 2011, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sería del caso avocar conocimiento de esta acción sino fuera porque esta Corporación no es competente, ya que en virtud del numeral 1°, inciso 2°, del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, los Jueces del Circuito son quienes deben conocer en primera instancia de las tutelas que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

Ahora bien, en torno a la naturaleza jurídica de la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA, la Ley 973 de 2005 prescribe en su artículo 2º que *“La Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito, de naturaleza especial, dotada de personería jurídica autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y vigilada por la Superintendencia Bancaria”*.

A su vez, la Ley 489 de 1998 *“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, en el CAPITULO X *“Estructura y organización de la Administración Pública”*, específicamente en el artículo 38, señala que: La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...) 2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- (...)

Así pues, de conformidad con dicha normatividad, no cabe duda que la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA tiene carácter de entidad descentralizada por servicios, del orden nacional, puesto que en su naturaleza jurídica es considerada como una empresa industrial y comercial del Estado que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y capital independiente, correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de las acciones de tutela que se interpongan contra la misma a los Jueces del Circuito.

Luego y con el fin de evitar la futura invalidación del trámite constitucional, y teniendo de presente que el domicilio del accionante es el municipio de Buga (V), se ordenará su remisión a la Oficina de Apoyo Judicial para que sea repartida Juzgado Civil del Circuito (Reparto) de Buga (Valle), por ser el competente para el conocimiento de este tipo de asuntos.

Suficiente es entonces lo anotado para rechazar, como aquí se hará, la presente acción de amparo y disponer su devolución al competente.

**Auto 203 del 24 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: rechaza la demanda de tutela y ordena su reparto entre los jueces del circuito de Buga.**

**AMPARO DE POBREZA – No exonera de la obligación de pagar los portes de correo.**

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

Código de Procedimiento Civil, artículo 132.

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

Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-162-98, T-088 de 1998, T-1180 de 2001, C-590 de 2005, SU. 640 DE 1998, t-522 DE 2001, T-114 DE 2002, T-146 de 2007 y T-756 de 2009.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

*En el evento sub examine el accionante BERNARDO ALFONSO JARAMILLO pretende que por ésta vía se reverse la decisión proferida el 17 de marzo de 2014, con la que EL JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE CARTAGO (V) declaró desierto el recurso de apelación de las dos providencias impugnadas por no haberse cancelado las sumas de dinero para realizar el envío del expediente.*

(...) El amparo de pobreza concedido a una de las partes dentro del proceso se fundamenta en el principio general de gratuidad de la justicia cuya finalidad es hacer posible el acceso de todas las personas a la pronta y eficaz administración de la misma, no obstante lo anterior, el Máximo Tribunal Constitucional también ha determinado que tal prerrogativa no es ilimitada y en este sentido ha señalado que:

A pesar de ello, el artículo 6º de la Ley 270 de 1996 concordante con el artículo 1º del C. de P. C., señala que: “la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales”. De allí que sea importante observar que si bien el principio de gratuidad tiene como fin hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad, ello no quiere decir que los gastos que implique el poner en funcionamiento el aparato judicial, sean gastos administrativos u operativos etc, que por regla general, tengan que someterse igualmente al principio de gratuidad.

1. Así entonces, es cierto que el derecho de acción en condiciones de igualdad se encuentra regido por el principio de la gratuidad, en el sentido de que los costos de la función pública de administrar justicia son asumidos por el erario público, pues se trata de una función de interés general en la medida en que es el Estado a quien corresponde brindar a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. *Otra cosa, son los costos que se generen en el trámite de una actuación administrativa o privada de un proceso judicial hasta obtener una decisión definitiva, los cuales deben ser asumidos por la parte interesada* (negrita y cursiva fuera de texto).

En consecuencia, los costos propios del trámite judicial deben ser sufragados por cada parte y no hace parte de la exclusión dada por el amparo de pobreza

Así las cosas, examinados los elementos probatorios incorporados al informativo se advierte que el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE CARTAGO (V) con auto del 17 de marzo de 2014, declaró desierto el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial del demandante, interpuesto contra el numeral 2º de la parte resolutoria del auto No. 049 del 27 de enero de 2014 y concedido mediante proveído No. 069 del 05 de febrero de 2014; igual declaratoria se dispuso frente a la alzada impetrada contra el proveído No.048 del 27 de enero de 2014, al ser devueltas por parte de la *Red Postal 4-72* las copias entregadas informando que vencieron los términos de ley y ninguna de las partes se acercó a cancelar el porte de ida y vuelta al Tribunal Superior de Buga.

Tal descripción, no determina transgresión alguna a los derechos fundamentales

invocados dado que la decisión atacada se ajusta al precepto 132 procedimental, según el cual, *“la parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar su valor de ida y regreso en la respectiva oficina postal, dentro de los diez días siguientes al de la llegada a ésta del expediente o de las copias... Si pasado este término no se han pagado en su totalidad, el jefe de dicha oficina los devolverá al juzgado remitente con oficio explicativo...”*, pues se itera, el referido envío de expedientes a una sede diferente de la del juzgado de origen para el trámite de un recurso, así como las cargas que tal canon impone a la parte interesada con miras a que dicha remisión se haga efectiva corresponde a la parte recurrente encontrándose excluida de las prerrogativas propias del amparo de pobreza.

Bajo este contexto, esta sala de Decisión no advierte en las decisiones cuestionadas vía de hecho alguna, en la medida que para su adopción, el juzgado de primera instancia, realizó una apreciación aceptable, con apoyo en la normatividad aplicable al asunto, actividad que no puede ser descalificada por el Juez Constitucional, máxime cuando el fallador de instancia puso en conocimiento de la parte accionante mediante proveído del 13 de febrero de 2014 la decisión de negar la solicitud de aplicar el amparo de pobreza a la expedición copia y pago de portes, decisión que no fuera cuestionada dentro del plenario en el momento oportuno.

Surge de lo anteriormente expuesto que los mencionados fundamentos, en los que se edificaron las providencias judiciales con las que se declaró desierto los recursos de apelación interpuestos, no revelan arbitrariedad o capricho, cuestión que impide sostener entonces, que en esa actividad se hubiera incurrido en la vía de hecho denunciada, único supuesto que, repetidamente se ha señalado, le permite obrar al mecanismo excepcional interpuesto respecto de providencias o actuaciones judiciales.

Al efecto debe precisarse que al Juez constitucional, desde la limitada competencia que le otorga un mecanismo subsidiario como la tutela, no le es dable fungir como Juez de instancia abrogándose competencias que no le corresponden, y mucho menos cuando la decisión adoptada, como en el caso de autos, no se enmarca dentro de ninguna de las causales de procedencia previstas por el Alto Tribunal cuando se cuestionen decisiones judiciales, razón por la cual, no resulta de recibo, pretender ejercer esta expedita vía, como una herramienta adicional, como erradamente lo pretende la accionante.

**Tutela de primera instancia (T-093-14) del 25 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: niega la tutela impetrada.**

**UNIÓN MARITAL DE HECHO – Su declaración depende de que se aporten al proceso las pruebas que establezcan la comunidad de vida y las demás circunstancias exigidas por la ley/UNIÓN MARITAL DE HECHO – Cuando uno de los compañeros ha muerto, adquiere especial relevancia probatoria la declaración de convivencia hecha por él en documento público.**

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

Ley 54 de 1990, artículo 1; Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 6721 del 12 de diciembre de 2001, con ponencia de Jorge Santos Ballesteros, 00012-01 del 25 de

julio de 2005, con ponencia de Manuel Ardila Velásquez y 1998-00180-01 del 15 de enero de 2010, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena; Tribunal Superior de Buga, decisión 16798 del 4 de diciembre de 2012, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Rindiendo venero a la concisión de las decisiones judiciales y al ejercicio racional de la actividad judicial -cuestión hoy en día mucho mas imperiosa debido a la cada vez mas abrumadora congestión y al 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 más disquisiciones- que la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto debe ser revocada, por las razones que seguidamente se exponen.

Cuando a la jurisdicción estatal se acude en procura de obtener una declaración judicial como la que aquí ha incoado la señora LEONOR MARIA SOTO CABAL, indispensable resulta la cabal acreditación -por parte de quien así actúa- de todos y cada uno de los presupuestos legales que exige la Ley 54 de 1990 para la UNION MARITAL DE HECHO, esto es, (i) comunidad de vida entre la pareja, (ii) no existencia entrambos de vínculo matrimonial, (iii) capacidad y propósito común de conformar una familia, y (iv) singularidad y permanencia [o estabilidad] en esa convivencia.

Como es apenas obvio deducirlo, no se trata de llevarle al juez elementos probatorios que apunten a que POSIBLEMENTE entre la pareja hubo una relación de las características antes reseñadas para que se abra paso la declaración de unión marital de hecho. No, con firmeza hay que decirlo, considerando particularmente el ESTADO CIVIL que lleva aparejada una declaración de ese temperamento.

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

En el presente proceso son fácilmente identificables dos grupos de declarantes cuyo antagonismo es total.

El primero de tales grupos [conformado por varios familiares de la demandante LEONOR MARIA SOTO, por dos de los hijos que JAMES GRISALES ECHEVERRY (q.e.p.d.) concibió con mujer distinta a la demandada MIRYAM PONCE MONEDERO (VIRGINIA FLOREZ, ya fallecida), por un nieto de dicho causante y

por la madre de éste ] apunta a que la citada actora fue la compañera permanente del *de cuius* desde mediados del año 1998.

Y el segundo [integrado por dos de los cuatro hijos extramatrimoniales que la demandada MIRYAM PONCE MONEDERO concibió con JAMES GRISALES ECHEVERRY y por una sobrina de aquella] refiere que la única compañera permanente que JAMES tuvo durante aproximadamente 38 años, hasta el momento de su deceso, fue la señora PONCE MONEDERO, y que la aquí demandante fue apenas la persona encargada de manejarle las cuentas de los negocios que como contratista y prestamista aquel desarrolló en vida, relación administrativa o laboral que se dio a raíz del infarto que en el año 2005 padeció MIRYAM PONCE MONEDERO, pues ésta, hasta ese momento, desempeñaba aquella función respecto de su compañero permanente.

En ambos casos los deponentes exhiben sus nexos de parentesco con el finado JAMES para sustentar sus irreconciliables versiones. No solo eso: en varios de ellos (como ocurre con los hijos de la unión matrimonial que dicho causante tuvo con la señora VIRGINIA FLOREZ) es claramente perceptible su marcada animadversión con la demandada MIRYAM PONCE MONEDERO, a quien sindicaron de que “...*dañó un hogar (..) el de mi mamá...*”. Amén que la relación entre los hermanos GRISALES FLOREZ (1er. grupo) y GRISALES PONCE (2do. grupo) no es precisamente la mejor, como sin ambages lo explicitó ROBIN NELSON GRISALES FLOREZ en su declaración, al indicar que “...*la relación con mis hermanos (GRISALES PONCE) no ha sido muy buena...*”, y que uno de éstos, JEFFERSON GRISALES PONCE (encargado de manejar los bienes de la herencia) “...*nos dá una miserableza (..) manda cualquier cosa...*” (folio 26 fte. cdo. 4).

La polarización y antagonismo entre ambos grupos de declarantes hace de ellos un terreno deleznable o poco confiable para encontrar -en ellas- la verdad de los hechos que interesan al proceso. Por ello, con el designio de determinar cuál de esos grupos debe ser desechado, el Tribunal fijará su atención en las demás pruebas introducidas al dossier, iniciando con aquellas que instrumentó en vida el propio JAMES GRISALES ECHEVERRY, pues como ya en ocasiones anteriores la Sala lo ha dejado puntualizado “...*cuando uno de los supuestos compañeros permanentes ha muerto, el medio probatorio que suele dejar más tranquila la conciencia del juzgador a la hora de decidir la suerte de las pretensiones agitadas es justamente la manifestación hecha en vida a través de documento público por el compañero fallecido en torno a su convivencia con la persona que, en la demanda, reivindica su condición de compañero(a) permanente. Un acto de esa laya, sin duda, tiene un grado de credibilidad superlativo. Y si a ello se suma otro u otros elementos probatorios que la coadyuven o robustezcan, tal declaración adquiere ribetes de prueba irrefragable...*” (sentencia del 04-12-2012. Magistrado ponente FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO. Radicación No. 76-520-31-10-003-2009-00315-01. Consecutivo interno No. 16.798)

En ese orden de ideas un primer documento, público por cierto, y por ende auténtico, se destaca. Se trata de la Escritura No. 757 de 2001 (corrida en la Notaría de San Pedro, Valle), en la cual JAMES GRISALES ECHEVERRY y la señora MYRIAM PONCE MONEDERO dejaron expresa constancia, el 27 de diciembre de 2001 (esto es, cuando según la demandante LEONOR MARIA SOTO CABAL ya convivía con JAMES) de la existencia entre ambos de una “...*unión marital de hecho vigente sin ser declarada judicialmente...*” (folio 84 fte. cdo. 4).

A lo cual se suma el siguiente elenco probatorio:

A.) Certificación expedida el 12-08-2010 por la NUEVA EPS alusiva a que JAMES GRISALES ECHEVERRY registró el 01-08-2008 (apenas un año antes de su deceso) a la señora MYRIAM PONCE MONEDERO como su beneficiaria en calidad de cónyuge (folio 63 cdo. 1o).

B.) Carné expedido por el SEGURO SOCIAL, en el cual aparece registrado JAMES GRISALES ECHEVERRY como “cotizante” desde el 26 de mayo de 1997 y la señora MYRIAM PONCE MONEDERO como su beneficiaria.

C.) Póliza de Vida No. 465436 que el señor JAMES GRISALES ECHEVERRY pagó a SURAMERICANA (agencia de Buga) hasta el 10 de octubre de 2002, para lo cual designó como beneficiaria a la señora MIRIAM PONCE como “...compañera...” (folio 54 fte. cdo. 4).

D.) Trece fotografías que se anexaron a la contestación de la demanda las cuales registran escenas familiares en la cuales participan el finado JAMES GRISALES ECHEVERRY y la señora MYRIAM PONCE MONEDERO, seis de las cuales fueron tomadas el 27-07-2007, 20-02-2008, 08-07-2008, 01-01-2009, 10-01-2008 y 11-01-2009, respectivamente (folios 92 a 97 cdo. 1o).

Acerca de éstos documentos es pertinente reflexionar acerca del rastros que inevitablemente deja una convivencia permanente y singular como la que exige el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 para que de ella puede emerger una UNION MARITAL DE HECHO, huella que suele quedar reflejada a través de fotografías o videos; al fin y al cabo, es de la quintaesencia del ser humano proceder a registrar -en ese tipo de documentos- algunos de los momentos más representativos de su vida familiar y/o de pareja. Por ende, llama poderosamente la atención que mientras la demandada MYRIAM PONCE MONEDERO presentó como anexo de su contestación a la demanda las numerosas fotos en comento, la demandante no haya aportado una sola con su libelo introductor. Y que, adicionalmente, la voluminosa historia clínica que da cuenta de la evolución (durante más de dos años) de la penosa enfermedad que padeció JAMES hasta el fin de sus días, haya estado en poder de la demandada MYRIAM PONCE MONEDERO, quien a la sazón la aportó al expediente en el libelo antes mencionado, y no en manos de quien en la demanda dice haber sido la compañera permanente de aquel en los once años que precedieron a su deceso.

E.) Testimonio de SUGEY ROSINA TIGREROS (Juez de Ejecución de Penas de la ciudad de Cali). Esta calificada declarante refiere que desde hace más de 25 años conoció de manera directa o personal la convivencia como marido y mujer que existió entre MYRIAM y JAMES hasta cuando éste falleció, toda vez que *“...estudié todo el bachillerato con una hija de ese hogar, concretamente con la señora DIANA MILENA GRISALES con la cual entablé una amistad desde esa época, la cual ha venido consolidada hasta esa fecha y por tanto sé y me consta que el señor JAMES GRISALES ECHEVERRY ha convivido durante todo ese tiempo hasta su fallecimiento con la señora MYRIAM PONCE...”*. Destacó seguidamente que cuando ella y DIANA MILENA ingresaron a la Universidad en la ciudad de Cali *“...los fines de semana nos veíamos en la casa de ella, participábamos en todas las celebraciones de cumpleaños, fiestas de la madre, el padre, entonces las visitas a esa familia han sido muy frecuentes por parte mía...”*. A lo cual agregó que (i) JAMES y MIRIAM no contrajeron matrimonio entre sí *“...porque tengo entendido que él tuvo una relación inicial donde tuvo unos hijos pero hace muchísimos años, no recuerdo el nombre de la señora, incluso creo que la señora murió...”*; (ii) supo de la existencia de un nieto de JAMES (procreado por un hijo fallecido que éste tuvo en su primera relación) quien inicialmente fue llevado por JAMES a su hogar, *“...pero como él trabajaba y los hijos tenían sus propias*

*ocupaciones y doña Myriam estaba bastante deteriorada de salud, pues no pudo hacerse cargo de él, y realmente no sé con quien vivía el niño...”; (iii) JAMES nunca sostuvo otra relación con mujer distinta a MYRIAM, “...siempre lo veía en el casa de doña MYRIAM, nunca se separó de ella...”; (iv) MYRIAM le ayudaba a JAMES con la administración de los bienes; pero más adelante “...creo que había otra persona que le colaboró pero no sé quien concretamente, porque escuchaba a don JAMES cuando hablaba de los cobros que tenía que hacer de las deudas que le tenían, que tenía que hablar con la señora que le llevaba las cuentas...”.*

F.) Testimonio de FABIO JARAMILLO MORATO, licenciado en ciencias de la educación y a la vez representante legal de ADECOL (Asociación de Artistas de Colombia, Buga), agremiación musical a la cual perteneció el fallecido JAMES GRISALES ECHEVERRY (incluso como integrante de su Junta Directiva y Secretario de Educación y Disciplina, según lo revelan los documentos obrantes a folios 81, 100, 133 y 134 del cuaderno principal). Refiere éste declarante, a la sazón, que el fallecido JAMES GRISALES ECHEVERRY fue uno de los fundadores de la citada institución en la ciudad de Buga, y en tal virtud lo conoció durante más de 20 años. Por ende, agrega, (i) compartió con él actividades musicales; “...incluso en la casa de James siempre hemos hecho los ensayos de ADECOL...”, pues después de fallecido JAMES un hijo de éste, de nombre JEFFERSON, ingresó a ADECOL; “...él también es cantante (como lo era su padre) y por eso nos prestan la casa de Miriam, inclusive allá hacemos las reuniones de la asociación, antes de morir JAMES ya JEFFERSON estaba haciendo pinitos (sic) con nosotros, hacía presentaciones con ADECOL...”; (ii) desde que conoció a JAMES, y hasta el momento de su deceso, su única compañera fue la señora MYRIAM PONCE, con quien JAMES procreó cuatro hijos. De hecho, a la aquí demandante LEONOR MARIA SOTO “...ni siquiera la conozco...”, amen que a las actividades o tertulias musicales que habitualmente desarrollaba ADECOL aquel nunca asistió con persona distinta a su compañera MYRIAM; (iii) durante la velación y las exequias de JAMES “...todo el mundo llegaba y le daba las condolencias a MIRIAM...”.

G.) Testimonio de ALFONSO MONDRAGON ZUÑIGA, propietario del restaurante desde el cual se elaboraba y enviaba diariamente el almuerzo a JAMES y su familia [“...almuerzo especial para 4 personas...”] durante al menos los diez (10) años que antecedieron al fallecimiento de éste. Indica éste deponente que durante el anotado lapso llevó personalmente el almuerzo a tres inmuebles (aproximando su ubicación en la ciudad de Buga) donde JAMES cohabitó con la señora MYRIAM y sus hijos. Resalta, a éste propósito: (i) que JAMES era quien le recibía el almuerzo y en otras ocasiones lo hacía MYRIAM o un hijo de ambos de nombre JEFFERSON; (ii) que en muchas ocasiones observó a JAMES tocando guitarra en compañía de “*otros cantantes*”. Unas veces quien pagaba el almuerzo era doña MYRIAM y otras JAMES directamente; (iii) que durante el prolongado lapso en cuestión “...casi siempre...” estaba JAMES presente, y que “...a veces ellos (MYRIAM y JAMES) tenían que salir temprano al otro día y como los portas son de ellos, ellos me llamaban para que fuera por ellos por la noche para el almuerzo del otro día, y yo iba y lo veía en las noches a él allí...”; (iv) que alcanzó a apreciar en JAMES los efectos de la enfermedad que padeció “...sentado en un asiento al fondo de la casa y escuché que lo llevaban a exámenes...”; (v) que jamás conoció ó escuchó hablar de la aquí demandante (LEONOR MARIA SOTO CABAL).

H.) Testimonio de RAMON GONZALEZ RUIZ, quien relata que conoció a JAMES “...hace aproximadamente 38 o 40 años...” en la fuente de soda “*Sorrento*” donde éste cantaba para aquellas calendas. Que poco

después JAMES le “presentó” a MYRIAM “...la que es la señora de él (..) eso fue más o menos en 1974...”, con quien convivió “...hasta cuando él murió, que fue en el 2009, yo estuve en el entierro...”. Que en razón al vínculo de amistad que tuvo con JAMES y su señora muchas veces fue a la casa de éstos “...a almorzar, a comer, reuniones, siempre estaba ella, para mi ese fue un hogar muy estable, siempre lo vi con ella...”. También compartieron “...festividades en mi casa, cumpleaños, navidades, parrandas, paseos. JAMES, MIRIAM y los hijos iban a la finca que tenía en el “Alto del Oso” en Restrepo...”. Que JAMES tenía otros hijos que residían en Bogotá, pero desconoce si con la madre de éstos estuvo casado o no. Que nunca conoció ni oyó mencionar a la mujer que funge como demandante en el presente proceso. Que la convivencia de JAMES y MYRIAM perduró hasta cuando aquel murió “...que fue en el 2009, yo estuve en el entierro...”.

4. De cara a la inmensa contundencia suasoria que fluye al articular o entrelazar los anteriores elementos probatorios, éste Tribunal considera frágiles las versiones de ALIRIO RUIZ ARENAS, ALICIA RAMIREZ DE LOZANO y LIBARDO ALFONSO LOZANO LERMA, quienes aludieron a que JAMES convivió desde mediados del año 2009 con la demandante LEONOR MARIA SOTO CABAL. De hecho, los dos últimos, a diferencia de lo que ocurrió con los testigos mencionados en los literales E, F, G y H del numeral 3 de la presente providencia, se mostraron imprecisos a la hora de concretar las características de la relación que existió entre JAMES y LEONOR MARIA, tópico sobre el cual expresaron, básicamente, que “...yo me supongo que ellos eran marido y mujer, pues si ellos salían, compraban remesa y el venía a almorzar y todo eso, es porque vivían juntos...” (en el caso de ALICIA RAMIREZ DE LOZANO), y que “...ellos salían juntos, iban a mercar, pero yo de la puerta para adentro no sé nada, pues yo no visito a nadie...” (en el caso de LIBARDO ALFONSO LOZANO LERMA).

En tales condiciones fuerza es concluir, primeramente, que el grupo de declarantes contrapuestos del que atrás se habló (páginas 8 y 9) que debe ser desechado, es el conformado por varios familiares de la demandante LEONOR MARIA SOTO, por dos de los hijos que JAMES GRISALES ECHEVERRY (q.e.p.d.) concibió con mujer distinta a la demandada MIRYAM PONCE MONEDERO (VIRGINIA FLOREZ, ya fallecida), por un nieto de dicho causante, y por la madre de éste.

Y en segundo lugar, que con quien JAMES GRISALES ECHEVERRY convivió de manera permanente y singular durante casi cuatro décadas -hasta cuando se produjo su deceso- fue con la señora MYRIAM PONCE MONEDERO. Por tanto, la sentencia apelada debe ser revocada, para sustitutivamente DENEGAR las pretensiones impetradas por la señora LEONOR MARIA SOTO CABAL, a quien consecuentemente se condenará al pago de las costas causadas en ambas instancias.

Sentencia de segunda instancia (2011-00125-01) del 1 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia apelada.

**DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PERÍODO DE REPRESENTANTES UNIVERSITARIOS – No existe vulneración cuando la permanencia en el cargo obedece a situaciones distintas/JUEZ DE TUTELA – Debe obrar con cautela frente a la autonomía que tienen las instituciones universitarias para analizar y decidir el provecho o la inconveniencia de convocar a elecciones.**

### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 13 y 69; Acuerdo 011 de 2010 de la Universidad del Pacífico, artículos 34, 37 y 42.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-141 y T-423 de 2013.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala resolver si la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia al negar el amparo a los derechos fundamentales del señor HAMINTONG VALENCIA VIVEROS -y además haber ordenado al CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO llevar a cabo el proceso electoral de los nuevos representantes del mismo cuyo periodo se encuentra próximo a vencer- resulta acorde con los postulados constitucionales invocados por aquel, o si por el contrario se advierte la vulneración de los mismos y hay lugar a revocar el fallo y conceder la tutela incoada.

Pues bien, el accionante denuncia principalmente la existencia de una vulneración a su derecho a la igualdad por parte del órgano accionado con relación a la situación acontecida con otro miembro del CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO. Recuérdese sobre el particular que el derecho a la igualdad que se encuentra contemplado en el artículo 13 de nuestra Carta Política constituye una garantía para todos los ciudadanos a disfrutar de una igualdad real, efectiva y fundada en juicios de proporcionalidad de forma tal que su cumplimiento se efectúe de manera objetiva para que no se vean afectados los intereses de otras personas.

Así las cosas, resulta indispensable verificar si en el presente asunto ambas circunstancias resultan iguales para así pregonar un posible quebrantamiento al mencionado derecho fundamental:

	HAMINGTON VALENCIA	VENANCIO OCORÓ
Cargo en el que fue designado	Representante de los Egresados	Representante Sector Productivo
Posesión	28 de junio de 2012	30 de junio de 2010
Periodo	2 años	2 años
Culminación periodo	28 de junio de 2014	30 junio de 2012
Efectiva culminación del periodo		28 de febrero de 2013

De lo extractado se advierte que una situación extraordinaria aconteció en el caso del señor VENANCIO OCORÓ, Representante del Sector Productivo del Consejo Superior de la Universidad del Pacífico, pues aun cuando su periodo como tal culminaba el 30 de junio de 2012, ello (la finalización de su período) realmente solo vino a acontecer 8 meses después de dicha fecha, circunstancia que obliga a inquirir sobre las circunstancias que motivaron tal hecho.

Para ello, pertinente resulta puntualizar que “...la situación que llevó a que el representante del Sector Productivo, prolongase por 8 meses más su periodo en el Consejo Superior, obedeció a la imposibilidad para que las elecciones se pudiesen realizar dentro de una normalidad y ambiente en el cual debe desarrollarse un proceso electoral estamentario, dado al paro estudiantil que es

de público conocimiento y que entorpeció la gestión administrativa y académica de la Institución. Tal situación llevó al Consejo Superior a suspender las elecciones para darle prioridad a la problemática mencionada, donde no era posible prever que esta situación demorase tanto...”.

Así, es claro que en realidad de verdad lo que aquí ocurrió no fue precisamente lo que el accionante indica, esto es, que hubiera sido descontado el tiempo en que la institución se encontró en cese de actividades “beneficiando” con un lapso más de gobierno al representante del Sector Productivo, sino que la continuación en dicho cargo obedeció a la facultad normativa que contempla el aludido Acuerdo No. 011 de 2010 en virtud de la cual, los consejeros deben permanecer en el cargo electo hasta tanto se produzca la posesión de los nuevos dignatarios. Y es que precisamente para la fecha en que debía acaecer la culminación del periodo del mencionado representante [30 de junio de 2012] la Universidad del Pacífico atravesó una crisis debido al cese de actividades programado por la comunidad estudiantil que afectó el adelantamiento –para ese momento- del respectivo proceso electoral; por manera que, una vez superada la misma se llevó a cabo la elección y por ende, se produjo la terminación de la gestión de aquel.

Basta entonces la anterior reflexión para soportar que la aludida vulneración al derecho fundamental a la igualdad del accionante HAMILTON VALENCIA VIVEROS no ha ocurrido, pues como bien se explicitó anteriormente, la situación que pregona como igual a la suya no lo es, pues en su caso, el periodo para el cual fue electo como Representante de los Egresados ante el Consejo Superior -cuya culminación está fijada para el 28 de junio de 2014 no sucederá hasta tanto se produzca la elección del nuevo representante de dicho estamento- tal y como ocurrió en el caso del señor VENANCIO OCORÓ, donde se itera, no le fue prorrogado su periodo para “compensar” el tiempo en que la *alma mater* se encontraba en paro estudiantil –a fin de complementar su periodo de elección- sino que ello tuvo su génesis en la imposibilidad justificada de llevar a cabo el proceso electoral correspondiente, cuyo retraso por obvias razones repercutió en la duración en el cargo del mencionado Representante del Sector Productivo.

En este orden de ideas el amparo invocado por el actor no resulta procedente y por ende la decisión del *a-quo* en cuanto a este aspecto amerita confirmación.

Ahora bien: la otra situación que reprocha el actor en su impugnación se relaciona con la orden impartida por el juez de primer grado al Consejo Superior Universitario de la Universidad del Pacífico, en el sentido de que “...cumpla con su deber legal y estatutario establecido en el artículo 42 de su Acuerdo No. 11 de 2010 de convocar a la elección de Representante del Estamento de los Egresados...”.

Sobre este preciso tópico encuentra la Sala que si bien es cierto la norma en que fundamenta el *A-quo* la orden anterior indica la forma como deberá llevarse a cabo la convocatoria a elección de los representantes, también lo es que el CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO en ejercicio de la autonomía universitaria que consagra el artículo 69 Superior se encuentra en la facultad de evaluar de manera completa y realizando un análisis riguroso la viabilidad de llevar a cabo el proceso electoral en el preciso momento que atraviesa la universidad. De lo cual fluye diáfano que en el presente asunto el CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO tiene autonomía para evaluar y decidir si las circunstancias actuales son las adecuadas para garantizar tanto a los electores como a los candidatos un proceso electoral transparente, o si lo que

procede es adoptar medidas -como su aplazamiento- para propender porque dicho proceso se lleve a cabo de manera democrática.

Es por tal razón que los argumentos expuestos por el *a-quo* para pregonar una presunta omisión por parte del multicitado cuerpo colegiado por no haber convocado a elecciones para los cargos de representantes de estamentos cuyo periodo está próximo a vencer no resultan suficiente para invadir la autonomía inherente a dicho órgano universitario, máxime cuando se desconoce a ciencia cierta si [como aconteció en otrora] las condiciones estudiantiles, administrativas y estructurales actuales permitirían llevar a cabo el proceso electoral, pues el análisis de esta cuestión no ha sido debatido por el CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO o al menos no fue acreditado en el *dossier* como para afirmar que le asiste razón al *a – quo* al ordenar dar inicio a la convocatoria para los nuevos dignatarios, ignorando incluso que existen solicitudes presentadas por otros Consejeros que deben ser atendidas antes de dar inicio a dicho proceso, situación que tal y como se evidencia en el expediente, conllevó a que el Consejo se encontrara frente a dos fallos totalmente contradictorios que igualmente debían acatar pero que en lo material resultaba imposible de llevar a cabo.

Con fundamento en todo lo antes expuesto, considera la Sala que las órdenes impartidas por el *a – quo* en los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO del fallo impugnado deben ser REVOCADAS.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2014-470) del 3 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia impugnada.

**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – La Corte Constitucional tiene competencia discrecional para revisar las sentencias de tutela.**

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

Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36.

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

Corte Constitucional, sentencias C-018 de 1993 y C-1716 de 2000.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

El artículo 86 de la Carta Política concibió la *acción de tutela* como un instrumento eficaz al alcance de todos los ciudadanos con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales de éstos frente a la vulneración o amenaza que pudieran existir por parte de las autoridades e incluso los particulares en los casos que han sido previamente definidos por la ley. De igual forma, dicho mecanismo fue reglamentado entre otros, por el Decreto 2591 de 1991, el cual señala su objeto, trámite, procedencia y demás características especiales.

El citado Decreto 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*” contempla en sus artículos 33 a 36 el trámite especial de la eventual “*revisión*” que puede efectuar la Corte Constitucional a los fallos de tutela. El tenor de la aludida norma es como sigue:

*“...Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses...”*

Precisamente el carácter EVENTUAL de la revisión de los fallos de tutela fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, oportunidad en la que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-018 de 1993 indicó lo siguiente:

*“...La Corte estima conducente repetir que en ninguna parte del 241.9 se está consagrando la obligatoriedad de la revisión de todos los fallos de tutela y que, sólo en gracia de discusión, entrará a rebatir los argumentos del actor, así: es más importante, en razón de su contenido y alcances, la revisión eventual que la obligatoria, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias...”.*

Más adelante la citada corporación, en Sentencia C-1716 de 2000, a propósito de una nueva demanda de inconstitucionalidad relacionada con la misma temática, se pronunció de esta guisa:

*“...1. El proceso de selección de tutelas para revisión*

*El demandante equipara la revisión eventual de los fallos de tutela a una "selección al azar". Esto en nada corresponde al tratamiento que se da a los expedientes de tutela que, por mandato de los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política llegan a revisión obligatoria en la Corte Constitucional.*

*De acuerdo con el Reglamento Interno de la Corporación, cada mes dos Magistrados integran una Sala de Selección, y tienen a su cargo la escogencia de los expedientes de tutela para revisión. Tendente a llevar a cabo esta función, la Secretaría General de la Corte les suministra reseñas esquemáticas de todas las tutelas que llegan a la Corte durante el mes anterior, es decir, de TODOS los expedientes que corresponden a las demandas de este tipo que se presentan en el país. Esa reseña es el sucinto y conciso recuento de cada proceso, resultado de un cuidadoso examen del expediente: el encargado de analizar el caso, a más de consignar sus datos básicos de identificación (nombre del actor, demandado, derecho invocado, hechos de la demanda) revisa los fallos de instancia, las pruebas en que se sustentan, y realiza una anotación en caso de encontrar una posible violación a los derechos fundamentales de quien interpone la*

tutela. Con base en ese trabajo, los integrantes de la Unidad de Tutela rinden un informe a la Sala de Selección, y sus miembros extraen, de entre todos los casos que se han revisado, aquellos que consideran que deben ser objeto de un nuevo examen por la Corte, porque entrevén una posible violación a los derechos fundamentales.

Dado que en estas "Salas de Selección" la gran mayoría de fallos son excluidos de revisión posterior, existe la posibilidad de insistir en el estudio del caso por la Corte: cualquier Magistrado o el Defensor del Pueblo puede solicitar, por iniciativa propia o atendiendo la petición de un ciudadano, la elección de un expediente para revisión por la Corte, si considera que el caso lo amerita. Los integrantes de la Sala de Selección, nuevamente tienen la última palabra.

## 2. Los expedientes no seleccionados

El demandante se queja de que "queda sin revisión una cantidad mayor a la seleccionada"; pero ello no quiere decir que los involucrados en esos casos estén "en el limbo a donde no llega la aplicación de justicia", pues las razones para 'descartar' un expediente, tal y como puede deducirse de la explicación anterior, no tienen que ver con criterios discriminatorios, el azar o la ligereza en el examen de los casos.

Cada uno de los fallos que llega a la Corte es estudiado, pero no todos ameritan revisión, y la razón es simple: la gran mayoría de ellos contiene decisiones de instancia que son correctas, y la protección de un derecho, o su negación, han sido ordenadas de acuerdo con la Carta y la jurisprudencia de esta Corporación. En esa medida, resultaría inoficioso, y contrario a los principios de igualdad, economía y eficiencia, que la Corte se pronunciara expresamente sobre cada uno de los casos que le son remitidos.

Con esta explicación se aclara entonces, el error en que incurre el demandante cuando estima que, al no pronunciarse la Corte sobre cada uno de los casos, se está aplicando la justicia selectiva y discrecionalmente, y nunca se sabrá si los jueces de instancia actuaron de acuerdo con la Constitución cuando profirieron aquellas decisiones que la Corporación no revisa profundamente; a través del mecanismo descrito, la Corte revisa a fondo cada una de las decisiones que a ella llegan y, si detecta la vulneración de algún derecho o principio fundamental, que no fue identificada por el juez de instancia, o la orden impartida por este último no restablece por completo los derechos vulnerados, retoma el caso y se pronuncia expresamente para subsanar el error..."

En este orden de ideas fulge diáfano que fue el carácter discrecional de la Corte Constitucional al realizar el proceso de selección para REVISIÓN de los fallos de tutela lo que produjo la exclusión de la sentencia de tutela proferida en el caso del accionante IVAN RODRÍGUEZ RIAÑO, pues luego de un análisis de su caso -y de la decisión adoptada en el mismo- no se halló mérito para efectuar un pronunciamiento de fondo por parte de dicha Corporación, razón por la cual, la presente solicitud de amparo constitucional será denegada como quiera que no se advierte vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-520) del 3 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

**ACCIÓN DE TUTELA** - Quien no ha perdido la condición de empleado no puede alegar, por su calidad de “*prepensionado*”, la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales

#### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-034 de 2010 y T-321 de 2013.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

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

En el presente caso no se configura el anotado presupuesto, toda vez que el derecho fundamental la seguridad social, el trabajo y el mínimo vital de la actora en la hora de ahora no han sido vulnerados por parte del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA EN LIQUIDACIÓN.

Obsérvese sobre el particular que si bien es cierto el Departamento del Valle del Cauca mediante Decreto 0204 del 19 de marzo de 2014 ordenó la supresión de ciertos cargos pertenecientes a la planta de cargos de la E.S.E. Hospital Departamental de Buenaventura en Liquidación de conformidad con el Programa de Supresión de Cargos presentado por el Liquidador “FIDUPREVISORA” -entre ellos el de la accionante-, también lo es que esta misma entidad ha sido enfática en asegurar tanto en la contestación a la presente solicitud de tutela como en el escrito de impugnación que la actora “... está vinculada actualmente a la planta de cargos de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental de Buenaventura en Liquidación, dado que no se le ha comunicado la supresión de su cargo AUXILIAR ÁREA DE LA SALUD, Código 412 Grado 04, ya ordenada por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca... en razón a que se está a la espera de que la Comisión Nacional del Servicio Civil se pronuncie de manera definitiva sobre la inscripción o no de la accionante en el Registro Público de Carrera Administrativa...”.

La anterior afirmación, por lo demás, ni siquiera ha sido cuestionada por la accionante, quien –a contrario sensu- se refirió a su desvinculación laboral como algo hipotético [“...si me quedo sin trabajo...”, “...algunos compañeros les pasaron las cartas de supresión de cargos...”, “...actualmente sigo asistiendo a mi sitio de trabajo...”] corroborando con ello que se encuentra vinculada a la entidad accionada. Ha de verse, adicionalmente, que los efectos que respecto de ella pudiera aparejar el acto administrativo mediante el cual se dispuso la supresión del cargo que actualmente desempeña podrían ser inanes en el evento en que la Comisión Nacional del Servicio Civil disponga la inscripción de aquella en el régimen de carrera administrativa. Amén que, de no ser esa la determinación, una vez notificada debidamente podrá aquella controvertirla a través de los mecanismos que consagra el ordenamiento para el efecto.

Al margen de lo anterior, la Sala encuentra que existe una vulneración al derecho fundamental de petición de la accionante debido al silencio que la entidad accionada ha observado frente a la solicitud que aquella le formuló en el sentido de ser tenida en cuenta como persona perteneciente al “retén social”. Se advierte, en efecto, que la señora ENEIDA ESPERANZA IBARGUEN MURILLO mediante escrito presentado el 7 de noviembre de 2013 ante el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA E.S.E. EN LIQUIDACIÓN -cumpliendo con las reglas que ha señalado la Corte Constitucional para tales menesteres- informó a dicha entidad tener un hijo en condición de discapacidad, así como también manifestó ostentar la condición de prejubilable para efectos de ser incluida “ en el listado del retén social”; sin habersele brindado respuesta de fondo a su petición, esto es, sin analizar de manera completa y detallada los fundamentos de la misma, por manera que es ésta circunstancia el fundamento axial del amparo constitucional que éste Tribunal dispensará a la accionante.

No parece superfluo indicar que el juez de tutela no puede ordenar la inclusión de la accionante dentro de los beneficiarios del retén social, pues la entidad impugnante ni siquiera se ha pronunciado frente a la solicitud que en dicho sentido elevó aquella.

Así que el fallo impugnado debe revocarse, para en su lugar disponer la protección al derecho fundamental de petición de la accionante. Y para materializar dicha salvaguarda se ordenará que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO EN LIQUIDACIÓN, a través del apoderado general de la entidad liquidadora FIDUPREVISORA S.A. en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación que del presente fallo se le haga proceda a pronunciarse de fondo, en forma clara y coherente sobre la solicitud presentada por la señora ENEIDA ESPERANZA IBARGUEN MURILLO desde el día 07 de noviembre de 2013 con relación a su inclusión en el listado de beneficiarios del “retén social” ante la liquidación de dicha entidad, verificando que efectivamente se produzca el real enteramiento del contenido de la respuesta a la accionante.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2014-472) del 4 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

#### SALA PENAL:

**PREACUERDOS - No pueden ser aprobados cuando la dosificación de la pena, en los concursos de delitos, parte del delito de menor entidad.**

#### FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004; artículos 350 y 351; Código Penal, artículo 31; Directiva 001 de 2006, Fiscalía General de la Nación.

#### TESIS DE LA DECISIÓN:

Le corresponde a esta colegiatura, de acuerdo con la oposición trabada por los recurrentes, dilucidar, si la inversión del orden de los delitos, para efectos de dosificar la pena a imponer en un concurso, de manera que no se parta del ilícito

de mayor sino el de menor entidad, puede ser una modalidad válida de la figura del Preacuerdo al que se puede llegar con el procesado y su defensor.

El sistema procesal penal colombiano adscrito al esquema acusatorio, para nada abandonó el principio de legalidad, de modo que pueda entenderse dejó en completa libertad al titular de la acción penal para llegar a distintas modalidades de negociación con el destinatario de la misma.

En efecto, la ley 906 de 2004 en su artículo 350, demanda:

“El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

Igualmente en el inciso segundo artículo 351, el legislador dispone:

“También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.”

A esos parámetros de legalidad de los preacuerdos se le suma la Directiva No. 001 emanada de la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de los patrones de política criminal a los cuales se refiere el artículo 348 ibidem que dice:

“El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”

En ese orden, la Directiva No. 001 de septiembre de 2006” en su directriz “CUARTA” pertinente para este asunto, consagra:

*“CUARTA. Límites a las negociaciones. Además de lo establecido en los artículos anteriores, los preacuerdos y negociaciones tendrán como límites las siguientes reglas:*

*(...)*

*b) cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.”*

Descendiendo al caso materia de estudio, si bien no se está eliminando el delito más grave (Uso de menores para la comisión de delitos), se le degrada al máximo desde su punibilidad al invertir la regla de dosificación en materia del concurso de delitos y así en lugar de partirse de 10 años pena mínima dispuesta en el respectivo tipo penal, se le deja la sanción por este reato, en 12 meses de prisión.

Lo anterior, a todas luces es ilegal, contrario al debido proceso consagrado en los mandatos legales anteriores porque la degradación del cargo debe hacerse en

materia de preacuerdos desde la eliminación de una circunstancia de agravación punitiva hasta la tipificación en un tipo penal con miras a disminuir la pena, bien sea dentro del mismo capítulo o degradando el título de autor con sus respectivas modalidades al de partícipe, o reconociéndole una circunstancia de atenuación punitiva. Para nada, modificando la ley sustantiva, como sería para este asunto, lo dispuesto en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal.

Las excogitaciones de los recurrentes, son erradas en cuanto al alcance que pretenden darle a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, con radicados 39886 y 69478, ambas del año pasado. En primer lugar para hablar de “precedente” se requiere además de hallar una línea pacífica de pensamiento jurídico sobre determinado tema, verificar la homogeneidad de las situaciones fácticas de los distintos pronunciamientos, cuando se trata de esta máxima Corporación.

Si confrontamos los anteriores con el objeto del preacuerdo que nos ocupa, no guarda similitud alguna, por eso la dogmática traída en las mismas no pueden aplicarse para resolver esta controversia. Veamos:

En la radicación 39886, los hechos concernían al hurto de un rodante que fue encontrado en otro municipio, durante un retén realizado por la policía, siendo conducido por el procesado. Al allanarse al cargo, la decisión de la judicatura en las instancias ordinarias, fue decretar la nulidad por considerar violado el principio de legalidad, en la tipicidad estricta de la conducta, pues la adecuación debió corresponder al de hurto calificado y no al de receptación, cargo aceptado por el acusado.

De esa forma, cuando entre el hurto y la receptación hay una frontera muy fácil de traspasar, la imposición para la Fiscalía de variar la denominación jurídica del comportamiento, constituía una intromisión en su teoría del caso, frente a la capacidad probatoria de acuerdo con los elementos materiales probatorios que hubiera recaudado y así, constituye un acto contrario a la filosofía de un sistema adversarial, donde la acusación le corresponde al titular de la acción penal.

Por el contrario, en este caso, el A quo para nada se ha entrometido en la calificación jurídica. El control lo ha ejercido en materia de la legalidad de la dosificación punitiva pues se trasgrede la norma sustantiva del artículo 31 del Código Penal, siendo ello un objeto ilícito dentro de un Preacuerdo.

En la sentencia de tutela, con radicación 69478 es un asunto similar al anterior donde se realizó un preacuerdo previa calificación jurídica a título de cómplice pero el acuerdo se suscribía respecto de la dosificación punitiva y se improbo por considerar a la procesada Coautora. En gracia de discusión, la decisión allí adoptada, no existe la más mínima paridad con la cuestión aquí debatida. En ella la Corte Suprema, insiste en la imposibilidad que le asiste a la judicatura de entrar a variar la calificación jurídica por una particular visión frente a los hechos génesis del proceso.

Así las cosas, itera la colegiatura, cuando el Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira, improbo el preacuerdo por la inversión de la regla punitiva contrario al precepto legal que la contempla, en absoluto, incursionó en los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se dio inicio a la acción penal; ello igualmente es ajeno totalmente a las posibilidades de una teoría del caso de la Fiscalía quien en caso contrario a terminar anticipadamente el proceso, deberá

demostrar en juicio oral el acontecimiento fáctico que reúna los presupuestos de la tipicidad de los dos cargos por los cuales ha convocado al juicio.

La humanización de la justicia se permite a través de las modalidades del Preacuerdo, que entre otras cosas, se destacó es posible la rebaja punitiva propia del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 negada bajo una premisa equivocada como bien lo aceptaron las Partes, pero su costo no puede ser la ilegalidad de las reglas básicas de la dosificación de la sanción penal.

Por lo demás, aunque se trata de una motivación que no sustenta el proveído, y por lo tanto no era materia de debate por los disidentes, vale la pena expresar que razón le asiste al señor Procurador delegado respecto de la anotación que hizo de la ausencia de prueba de la indemnización de perjuicios por la cual se reconoce el mecanismo de reducción de pena del artículo 269 del Código Penal. De la literalidad consignada en el acta de Preacuerdo se desprende que fue enterado de ese derecho, no de la satisfacción del mismo.

Corolario de todo lo expuesto, es la confirmación del proveído por medio del cual se improbo el preacuerdo.

Auto de segunda instancia (AC-526-13) del 30 de enero de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

**NULIDAD – La plena identificación del acusado hace parte de la estructura del proceso.**

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

Ley 600 de 2000, artículos 409 y 306, numeral segundo.

#### *CITAS DE JURISPRUDENCIA:*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 34779 del 27 de julio de 2011.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

La Sala no resolverá los planteados por los recurrentes, por cuanto debe ocuparse oficiosamente de la ausencia de prueba respecto de la identificación del procesado para efecto de dilucidar si la misma, constituye una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso y por ende proceda la declaratoria de la nulidad, evento en el cual, establecerá desde qué acto procesal se afectaría el trámite.

Trátese del sistema mixto o del acusatorio, hace parte de la estructura del proceso, pre requisito para la sentencia, la plena identificación del acusado, aspecto que igualmente debe ser objeto de prueba. Por lo tanto, no se trata únicamente de los datos que ofrezca quien es vinculado a través de la diligencia de indagatoria, los mismos deben estar soportados a través de otros medios de conocimiento, a fin de evitar errores judiciales, pues no se puede partir exclusivamente de la buena fe de quien es vinculado para que responda por la ejecución de un delito.

Son varias las acciones de revisión, donde termina demostrándose que ciertamente los datos brindados por el vinculado en la injurada y demás

diligencias correspondían a otra persona, incluso a parientes cercanos cuya cédula de ciudadanía se ha usado o se ha creado el documento para actuar dentro del proceso con una identidad falsa. Sólo cuando obra el antecedente penal o se hace efectiva una orden de captura, es que en muchos casos el afectado se entera y acude a la justicia para comprobar la desidia investigativa de la Fiscalía y la incuria de algunos jueces en la materia, (ley 600 de 2000) al finiquitar un proceso sin la prueba de la identificación del acusado, máxime si se trata, se itera, de aquél que goza de su libertad, generándose todo un desgaste del aparato judicial y peor aún, en muchos asuntos, la impunidad.

En el acápite correspondiente a la identidad del acusado, se registró en la sentencia, conforme a los datos entregados por la persona que fuera indagada, lo siguiente:

“El acusado responde al nombre de DAYRON ORLANDO LOPERA RIOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73'110.785 expedida en Medellín Antioquia, nacido en Antioquia el 2 de mayo de 1964, hijo de ORLANDO LOPERA Y GLORIA RIOS, estado civil casado con LUZ EUGENIA RUIZ, de profesión conductor desde hace aproximadamente veinte (20) años, bachiller del INEM en Cartagena...Características morfológicas: Se trata de una persona de sexo masculino, de tez trigueña clara, con 1.73 de estatura, contextura gruesa, frente amplia, cabello corto castaño oscuro y rapado, cejas pobladas, nariz mediana, dorso recto, orejas medianas, lóbulo separado, boca mediana, labios delgados, cuello grueso, sin señales particulares.”

Lo anterior registra ya una diferencia con lo consignado en la indagatoria, pues allí dijo el sumariado, que su cédula de ciudadanía había sido expedida en Cartagena, mientras que en la audiencia de juzgamiento, ya mencionó fue la ciudad de Medellín.

Sea lo primero advertir que los rasgos morfológicos antes precisados, pueden pertenecerle a un sin número de ciudadanos colombianos, de tal forma que para nada individualizan a esta persona como un ser único y completamente diferenciable del resto de los habitantes del territorio patrio. Dicha descripción es propia de nuestro prototipo racial; la individualización para que cumpla con el propósito requerido de evitar errores judiciales por futuras órdenes de captura, por ejemplo, en caso de revocarse el subrogado penal, debe tener la capacidad de diferenciar plenamente de los demás, a ese ser humano, a fin de no incurrir en equivocaciones. Téngase en cuenta que si se ha usado el documento de identificación de otro, o sus condiciones civiles, en caso de tratarse de un pariente por ejemplo, una descripción con rasgos tan generales y de común concurrencia puede ser fácilmente coincidente con los del suplantado.

Veamos ahora, la identificación desde el concepto de ese sujeto como un ser social, a quien se le puede identificar a través de documentos oficiales como la cartilla decodactilar necesaria para la expedición de la cédula de ciudadanía, de la cual entre otras cosas, ni siquiera existe una fotocopia simple en el expediente; o de acuerdo con sus condiciones civiles que lo distinguen de otros como “ser social”. Se logra, con los nombres de los padres, su lugar de nacimiento, el nombre de su cónyuge o compañera permanente, de sus hijos y en fin de otros consanguíneos (hermanos, tíos, sobrinos); grado de instrucción; profesión u oficio.

En el caso materia de estudio, tales datos existen pero jamás fueron corroborados en ninguna de las dos etapas del proceso penal. Proviene únicamente de la

información de quien fuera indagado, de tal manera que no existe total certidumbre sobre la identidad del sujeto activo, ahora condenado en primera instancia. Tal como lo denota la Corte Suprema de Justicia en los apartes destacados, existe libertad probatoria para hacerlo, en ocasiones, el medio, son otros testimonios de personas o parientes que pueden corroborar esos datos. Pero aquí, únicamente se escuchó en la etapa de instrucción a una familiar del sujeto pasivo quien conducía la motocicleta y al agente de tránsito quienes no pueden dar fe de las condiciones sociales del procesado. Ya en la fase del juicio, se escucharon otros deponentes, todos completamente ajenos a dicho conocimiento.

En el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el representante del Ministerio Público, solicitó requerir a la Registraduría Nacional del Estado Civil para conseguir el acta de preparación de la cédula de ciudadanía correspondiente al señor DAYRO ORLANDO LOPERA RIOS, prueba decretada en la audiencia preparatoria. El oficio fue elaborado con el dato de haber sido expedido el documento oficial en Medellín, cuando según la primera información del indagado fue en Cartagena y así obra en otros tantos documentos que suscribió. No obstante, la señora Juez sin esperar respuesta alguna ni insistir en la petición que fuera entregada ante la Registraduría especial de Buenaventura, (folio 280 del cuaderno No. 1) clausuró el ciclo probatorio y procedió a darle paso a los alegatos de conclusión de los distintos sujetos procesales.

Conforme a los poderes que en un sistema mixto, le asisten al administrador del justicia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 409 de la Ley 600 de 2000, una vez recibida esa cartilla debe demandar el cotejo lofoscópico, por lo menos con la huella dactilar que obra en el poder conferido por el acusado, a su último defensor, en caso de no ser localizado para tales efectos.

Corolario de lo anterior, es la nulidad del proceso a partir de los alegatos de conclusión inclusive, para que se practique la prueba correspondiente a obtener la plena certidumbre de la identificación de quien fuera vinculado como procesado, el señor DAIRO ORLANDO LOPERA RIOS. El fundamento legal de la anulación, es la causal descrita en el numeral 2º del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, pues hace parte de la estructura del proceso que el destinatario de una sentencia, se encuentre identificado, esto es, demostrada o corroborada la información al respecto por los medios probatorios admisibles para dicho propósito.

Otros aspectos:

Se le llama la atención a la señora Juez sobre lo siguiente, para una futura decisión.

- 1) Debe darle respuesta a los alegatos de cada uno de los sujetos procesales y/o debe sustentar las decisiones que adopte respecto de cada uno de los vinculados bien como terceros civilmente responsables o el llamado en garantía (a quien condenó solidariamente sin limitar su obligación al monto de la póliza), pues a todos les asiste el derecho a la defensa.
- 2) Nada dijo sobre el Tercero Civilmente responsable, el señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA, vinculado mediante resolución del 7 de marzo de 2006 por la Fiscalía 40 Seccional de Buenaventura, (folio 80 del cuaderno No. 1 de la Parte Civil), a quien se le entregó en forma provisional el rodante, de forma que se inscribió un pendiente para la tradición del tracto camión en

la Dirección de Tránsito y Transporte de Florida Blanca, (folio 78 del cuaderno No. 1).

- 3) Fácticamente está establecido dentro del sistema de congruencia entre acusación y sentencia que la primera se profirió por un concurso homogéneo simultáneo, de dos (2) homicidios culposos, así se omitiera el término jurídico; sobre ello debe pronunciarse la señora Jueza y no lo hizo en ningún sentido en la argumentación referente a la dosificación punitiva. Esto independientemente de la responsabilidad penal, misma que no ha sido revisada por esta instancia; no obstante el punto aquí mencionado es importante por la postura del disidente de la Parte Civil.

Auto de segunda instancia (P-003-14) del 21 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: anula la actuación a partir de los alegatos de conclusión.

**ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS – El beso sí tiene la capacidad de poner en peligro la integridad, la formación y el desarrollo sexuales.**

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

Código Penal, artículos 21, 209, 226 y 32, numeral décimo; Ley 906 de 2004, artículo 381.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30305 de 2008, 34661 del 16 de mayo de 2012, 39215 del 18 de julio de 2012, 38499 del 18 de octubre de 2012 y 38103 del 30 de abril de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

La Sala en esta sección, revisará cada uno de los tópicos de la argumentación del censor, como son: (i) inexistencia del dolo por la fugacidad del acto; (ii) inexistencia de la antijuridicidad material de la conducta y (iii) variación de la calificación jurídica por un delito de menor entidad como es el de “injuria por vías de hecho”.

El ataque del censor en este tema, está circunscrito dentro de la teoría del delito, en el análisis del tipo subjetivo, dado su propósito de convencer a la colegiatura de la ausencia de tipicidad de la conducta endilgada al procesado, consistente en un beso en la boca de la menor E.E.C.R de 9 años de edad, cuya existencia acepta, pero alega que su prohijado no tuvo dolo, única modalidad prevista para este ilícito, por el cual, conforme al artículo 21 del Código Penal se requiere que el agente conozca *el hecho constitutivo de la infracción penal y le asista el deseo de realizarlo*.

Bajo tales presupuestos, tenemos que el señor ADOLFO CERQUERA nunca renunció a su derecho a guardar silencio para alegar un “error sobre el tipo” descripción legal configurativa de la causal excluyente de la responsabilidad penal que niega el primer requisito, es decir, el presupuesto cognoscitivo del dolo, definido en el numeral 10º del artículo 32 del mismo Código, el cual reza:

**“Art. 32.- Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:**

**(...)**

**10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica...”**

En el asunto materia de estudio, la Defensa jamás soportó una tesis de esta naturaleza, como que el señor ADOLFO CERQUERA por ejemplo, hubiera besado a la menor, convencido de que faltaba un elemento fáctico para que su acto correspondiera al descrito en el artículo 209 del Código Penal, como sería el caso de que desconociendo su edad, aquélla aparentara ser mayor de catorce (14) años.

En esa línea, para desconocer el dolo y en consecuencia la tipicidad de la conducta, resulta errado el argumento de que al ser tan fugaz su acto y carecer de ciertos aditamentos comportamentales de la pasión, está ausente el propósito de causar perjuicio en la formación sexual de la niña. Este sería, por el contrario un error de prohibición (directo según la doctrina) que elimina la Culpabilidad, a cambio de la Tipicidad porque descarta uno de sus elementos, este es, la “conciencia sobre la antijuridicidad”, concebido en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal.

Empero, siendo que el impugnante parte de considerar la ausencia del dolo *-por la falta del perjuicio al bien jurídico tutelado*- dicha tesis se refunde en el segundo argumento con que ataca la sentencia, como es la falta de antijuridicidad material. De ahí que no sea viable detenernos en dicha causal, por ausencia de fundamentación teórica y probatoria.

A contrario sensu, permanece entonces incólume el juicio positivo sobre el Dolo, en cuanto el señor Adolfo Cerquera no tuvo distorsión alguna sobre la acción ejecutada, como es la de besar en la boca a una niña menor de catorce años y cumplir así su voluntad encaminada a la realización de la misma.

El artículo 11 del Código Penal, demanda:

**“Art.11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.**

La anterior disposición rige en nuestro ordenamiento como principio rector, de raigambre constitucional, así no basta con la mera contradicción formal entre la acción atribuida al sujeto activo y la prohibición legal, se requiere que ponga por lo menos en “efectivo peligro” el interés protegido por la ley. De tal manera, se exoneran las conductas, inidóneas o inocuas e insignificantes, carentes de lesividad para el bien jurídico.

Para revisar lo propio en relación con este requisito en el caso materia de estudio, veamos lo probado en el juicio oral.

El testimonio de la víctima se diferencia con la entrevista rendida a la sicóloga y con la anamnesis de la médica legista en que en aquéllas ocasiones la menor les dijo que el procesado, le había tocado los senos, pero una vez escuchada en el juicio oral, al ser interrogada, aunque aceptó haberles hecho ese comentario,

descartó ese acto por parte del acusado o por lo menos generó duda, en cuanto se trató de un acercamiento de su mano a dicha región del cuerpo cuando le propinó el beso, el cual dijo finalmente no se produjo.

Después de hacer una reflexión guiada por el sicólogo sobre la importancia de decir la verdad y las consecuencias de faltar a ella, declaró lo siguiente:

“Vine para hablar sobre el señor que me cogió y me besó en la boca (09:06)

El me cogió de acá y me llevó hacia el cuartico y me dio el beso y ya, se fue.

Ese es un lugar grande, eso es un sitio donde hacen reuniones, mi tío vigila ahí. Hay una pieza grande, la cocina, viven las personas que cuidan y yo vivo ahí. El me metió a la oficina, yo abrí la puerta, iba a coger la bicicleta, él me cogió y me dio el beso. Mi tío estaba ahí, comenzó a decirle cosas (al procesado). Yo me limpié y fui donde mi mamita que estaba en la cocina y le conté...El señor es trigueño, de unos 60 o 70 años, se ve viejito, canudo...

Me lo dio en la boca... una sola vez.”

A las siguientes preguntas, contestó:

-Cuáles son tus partes privadas?

R/ Los senos, la vagina.

-Te han tocado esas partes?

R/ No.

-La conduce a evocar de nuevo lo sucedido y ella le responde que no le hizo nada más, de lo del beso antes narrado.

Preguntas complementarias de la Fiscalía.

La confronta con su dicho ante la sicóloga y responde:

- Ah, que el señor me hizo así, y ya, es decir que casi me los toca, pero no.

- No lo conté porque solo me acordaba del beso.”

Conforme a la versión anterior, el señor Juez da por demostrado únicamente el acto descrito por la menor respecto del beso, para tipificarlo en el delito de Acto sexual con menor de catorce años, por el cual le impuso una pena al acusado de 9 años de prisión, siendo su juicio soportado por la posición jurídica del órgano de cierre de la justicia ordinaria, según los radicados nombrados en el acápite donde se hizo la síntesis del proveído del primer nivel.

Lo anterior, que lógicamente no es objeto de disenso por parte del único impugnante, se acoge por la colegiatura, por cuanto al revisar la entrevista contenida en el informe técnico pericial, introducido al juicio a través de la testigo-perito, la niña no aporta detalles sobre dicho tocamiento que ya para la hora de su declaración pudiera ser un intento de rozamiento por la manera como la abordó para darle el beso. Por lo menos, su negativa en ese punto, cuando se ha sostenido en el contacto bucal de la cual la hizo objeto el procesado, genera una duda que debe resolverse a favor del mismo, porque no hay lugar a considerar que mintió en su testimonio cuando ha ratificado el comportamiento

del agresor, que desde un primer instante más rechazo le provocó, pues adujo haber ido donde la abuela, limpiándose la boca, casi arrancándose los labios.

Importa ahora, establecer si ese beso tuvo en efecto un contenido erótico, lascivo, con capacidad de afectación del bien jurídico protegido como es la indemnidad sexual, su formación y desarrollo, el cual no puede verse avasallado, con tempranas manifestaciones que pueden, a una edad inapropiada por la inmadurez intelectual, despertar la libido y/o desviar el futuro desempeño sexual dentro de los márgenes elegidos a través de la autodeterminación a la que todo ser humano, tiene derecho.

Se debe entonces dilucidar si ese beso propinado por el procesado en los labios de la menor, en forma intempestiva y rápida, tuvo la capacidad para autosatisfacer la libido del autor, pero además para poner en peligro el interés jurídico protegido por el legislador, en el caso concreto.

(...) Todo lo anterior, nos enseña que el acto sexual no lo constituye la acción del beso en la boca, en si misma considerada, se requiere establecer las condiciones, como por ejemplo: tiempo de permanencia, características que reflejan pasión, lujuria; lugar en que se llevó a cabo; manifestaciones realizadas ex ante y después; actos acompañantes, esto para efecto de otorgarle un contenido lascivo, erótico, fácilmente percibido por la víctima de modo que ponga en efectivo peligro el bien jurídico tutelado de la integridad, formación y desarrollo sexual.

En el caso concreto tenemos que la descripción realizada por la menor no sólo fue un beso rápido, fugaz, acto del cual parte el Censor para negar la antijuridicidad material. La prueba pericial rendida por la sicóloga ALBA LUZ MURCIA DIAZ no fue atacada por la Defensa, como tampoco se pone en duda la anamnesis relatada por la perito médica quien hizo el reconocimiento sexológico a la víctima. En ambos, la menor se refirió al acto acompañante, de entregarle el procesado un billete inmediatamente antes o después del beso, incluso a la primera, le dice que se lo puso debajo de la “tira de su blusa” y lo une sustancialmente a la acción que finalmente describió in solitario, (la del beso) al instante de rendir su declaración.

Aunque ciertamente no lo dijo en su testimonio en el juicio oral, sí ofreció este detalle en la entrevista psicológica, a la cual se refiere la perito, otorgándole veracidad a su dicho, por lo tanto debe tenerse como probado, pues no lo negó ni lo puso en duda en el juicio oral, simplemente dejó de evocarlo. Tal condición es creíble; la niña se muestra objetiva cuando únicamente relata el hecho sin hacerle interpretaciones ni aumentarle expresiones al victimario, de las cuales denote el deseo de exagerar las circunstancias para hacerle más grave su situación jurídica; incluso el recurrente parte de aceptar sus asertos, y excluye cualquier alegación de mentira por parte de la deponente debido a un motivo propio o a la determinación por parte de un tercero.

La versión en la cámara de Gessell debe analizarse conjuntamente con la entrevista psicológica objeto de peritazgo por una profesional en esa materia y en ese entendido, si bien descartamos por duda el tocamiento de los senos, el acto de entrega del billete con motivo del mismo, permanece, siendo relevante para el estudio del contenido del beso en este caso.

La conducta, analizada en ese contexto entrega la certeza sobre la antijuridicidad material por cuanto se evidencia el efectivo peligro del bien jurídico tutelado. Sin lugar a dudas un beso de un adulto a una menor de edad con ese apéndice fáctico

denota el peligro en su formación sexual, porque además de no ser corriente ni un uso social aceptado, que un extraño, mayor de edad, arrincone a una impúber para besarla en la boca, por fugaz que sea el contacto, también inmediatamente después le deje un dinero, la lleva a inferir que ésta podría ser una forma de obtener el mismo, permitiendo la incursión a su esfera corporal íntima, que por parte del adulto, sin hesitación alguna, alimentó su libido.

De ahí, que ese acto si tiene la capacidad para poner en peligro, el sano desarrollo de su sexualidad, de donde a su vez se desprende que al procesado, le movió ese acercamiento indebido a la menor con el propósito de depravar a la misma, iniciando con este acto, sin contar que a pocos metros se hallaba un familiar de la misma, quien a voces reprochó su comportamiento.

Esa proporcionalidad entre la gravedad del comportamiento impúdico con capacidad para poner en peligro la indemnidad, la libertad y el desarrollo sexual y la pena a imponer, una vez manifestada la capacidad de lesividad, únicamente se logra a través de los márgenes punitivos, establecidos por el legislador donde es viable cierta discrecionalidad motivada razonablemente por el administrador de justicia, por ello ningún reproche tal sentido comporta la conclusión del sentenciador en la pena mínima.

Se colige de todo lo anterior, el total acierto del sentenciador de instancia en el análisis realizado de la prueba respecto del contenido erótico sexual del acto endilgado al señor ADOLFO CERQUERA, conclusión respaldada por la colegiatura, por consiguiente, frente a la carencia de objeto al otorgársele dicha connotación a la acción del procesado, se descarta el análisis de la degradación del cargo solicitada por el censor al reato de Injuria por vías de hecho.

Al encontrar entonces reunido el presupuesto del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

Sentencia de segunda instancia (AC-276-13) del 27 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

**NULIDAD – La Fiscalía no puede ni está obligada a regresar hacia los actos procesales ya cumplidos.**

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Asegura el recurrente, que el señor Fiscal no hizo traslado del primer escrito de acusación, por lo tanto entiende que ha renunciado al mismo, y elaboró uno nuevo con los términos del entregado en la audiencia de formulación de acusación.

Debiera saber el señor abogado de la Defensa, que motu proprio, el delegado del ente acusador no puede regresar a actos procesales ya cumplidos. Se lo dijo hasta la saciedad el señor Juez de conocimiento, que ese libelo lo aportó con el fin de cumplir con el mandato de la Corte Suprema de Justicia, frente a la irregularidad sustancial e insubsanable que denotó cuando conoció del asunto en virtud del recurso de Casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida y confirmada por el Tribunal contra la señora MARTHA CAROLINA CARRASQUILLA HURTADO y WILMER LOAIZA LOPEZ consistente, en la ausencia de una imputación fáctica clara, comprensible, y circunstancialmente

descrita, yerro constitutivo tanto de vicio de estructura como de garantía, el cual dio lugar a que decretara la nulidad, únicamente a partir de la formulación de acusación para que fuera corregida, al ser intocable el escrito de acusación, por tratarse de un acto exclusivo de dicha Parte, en el proceso penal.

Al revisar la audiencia de formulación de acusación, encuentra la colegiatura que el Censor, quien fungía como defensor público, luego de un (1) año de hallarse pendiente su realización, fue reemplazado por solicitud del señor Juez de conocimiento ante sus constantes excusas para asistir a la misma y fue nombrado el doctor JAIRO HERNEY ARANA SAAVEDRA con quien se logró llevarla a cabo, el 10 de julio de 2012. Posteriormente, el 22 de mayo de 2013, la señora MARTHA CAROLINA CARRASQUILLA HURTADO le otorgó poder para que la representara ya como abogado de confianza en la audiencia preparatoria y nuevamente, ahora por quebrantos de salud, solicitó aplazamiento de dicho acto.

Celebrada la audiencia preparatoria finalmente el 31 de enero de 2014, es evidente que el señor abogado se presentó sin estudiar siquiera lo sucedido en la audiencia de formulación de acusación para solicitar la nulidad a partir de ese acto, sin fundamento alguno de acuerdo a lo ocurrido ese 10 de julio de 2012, de lo cual se puede inferir que su ánimo es exclusivamente el de continuar dilatando los términos en un proceso donde se encuentra ad portas la prescripción de la acción penal para varios de los delitos por los cuales ha sido acusada, entre otros, su patrocinada. Del contenido de esa diligencia se extrae que ningún sustento, diferente al capricho y la mala fe, tiene la solicitud y por ende el recurso del togado. Veamos:

El delegado de la Fiscalía, en la audiencia de formulación de acusación dejó sentado que se proponía corregir el escrito de acusación presentado el 28 de junio de 2007. Como algunos abogados, entre ellos el nuevo defensor público de la procesada CARRASQUILLA HURTADO informó que no lo tenía, se les aportó y por el señor Juez se decretó un receso para su estudio. Una vez reanudada la audiencia, ante las solicitudes del Ministerio Público y del Defensor de la citada, en relación con cierta insuficiencia de la descripción fáctica de las conductas atribuidas a los procesados, el señor Fiscal aclaró en la formulación de acusación que al tratarse de una empresa criminal dedicada a las acciones delictivas señaladas (homicidios), por obvias razones, requerían de armas de fuego y al ser dicha señora y Wilmer Loaiza López integrantes de esa organización criminal, también debían responder por ese cargo, de ahí, la adición de este reato. Respecto al Desplazamiento forzado, ante la inquietud del delegado del Ministerio Público, concretó que dicha empresa criminal había amenazado y obligado a huir de la localidad a diferentes personas, precisando como sujetos pasivos, a WILLIAM DE JESUS GRAJALES ROJAS, LUZ MARINA CASTRILLON y ANTONIO VILLABON TAMAYO. Por lo demás, cumplió con la identificación de los respectivos acusados.

Resulta entonces incontestable con la primera acusación, la modificación realizada por la Parte respectiva, y totalmente ajena a la realidad procesal el sustento de la nulidad del doctor Gerardo Rivera Ospina, quien al regresar, se itera, como defensor de confianza, evidencia su total desconocimiento de lo ocurrido en la formulación oral, al asegurar que (i) no se corrió traslado del inicial escrito; (ii) por consiguiente que el señor Fiscal había presentado uno nuevo y (iii) que a la fecha no sabe de qué se acusa a su representada. Si no lo sabe, es por un comportamiento irresponsable como el de llegar a la audiencia preparatoria sin conocer la acusación, acto complejo que se completa con la comunicación oral donde el señor fiscal terminó de hacer aclaraciones, correcciones y adiciones

al libelo presentado el 28 de junio de 2007. Peor aún, si revisó el registro de la audiencia como le correspondía, su actuación es torticera, como igual lo es cuando sin ningún reparo, de no haberlo hecho, hace tales aseveraciones para perseguir una nulidad, cuando todas ellas son falsas.

En consecuencia, además de confirmar la decisión de la primera instancia respecto de la negativa de la nulidad, se ordena expedir copias ante el Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Disciplinaria para que se investigue este acto de parte del señor abogado recurrente.

Auto de segunda instancia (AC-046-14) del 27 de febrero de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

**ACEPTACIÓN DE LOS CARGOS – Impide discutir la tipicidad o antijuricidad de la conducta.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 381.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

Le corresponde a la Sala establecer si los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, concretamente el informe de laboratorio suscrito por una experta en balística, no reúne la suficiencia probatoria pregonada por el a quo para dictar sentencia condenatoria contra el señor José Luis Puyo Osorio, en el trámite de aceptación del cargo contra la seguridad pública.

El ataque a la legalidad del procedimiento para llegar a la nulidad de lo actuado a partir de la aceptación del cargo realizado por el acusado en audiencia preparatoria no reviste una fundamentación seria, en relación con la ausencia del requisito demandado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, aplicable igualmente a asuntos de terminación anticipada como el que nos ocupa, donde el señor José Luis Puyo Osorio decidió en forma libre y asesorado por un abogado, aceptar ser el autor del reato contra la seguridad pública en cuanto fue sorprendido –llevando consigo- un arma de fuego tipo artesanal que fue calificada por una experta en balística como de aquellas de tipo de uso de defensa personal, con aptitud para el disparo.

Exactamente, consignó la señora perito en el punto de la idoneidad del arma de fuego incautada, lo siguiente:

“El arma de fuego hechiza, compatible con el calibre 38 especial, rotulada como “A1” antes descrita presenta sus mecanismos de disparo completos y al ser disparada, cumplió correctamente con el ciclo de disparo.

Conclusión

El arma de fuego hechiza, compatible con el calibre 38 especial, ES APTA para disparar.”

La literalidad de su conclusión, no deja lugar a ninguna duda para soportar en este elemento material de prueba, la tipicidad vs antijuricidad material de la conducta ejecutada por el procesado. Se encuentra también entre la descripción de los procedimientos técnicos empleado por la investigadora criminalística, la “prueba de percusión o física para determinar si se encuentra apta o no para

disparo”; de ello da fe posteriormente cuando en el acápite de resultados, tal como se lee en la cita antes realizada, certifica que la misma “fue disparada”.

No puede entonces la Defensa, a través del procedimiento propio de una sentencia anticipada por la vía de aceptación del cargo, venir a poner en tela de juicio la veracidad de lo señalado por la experta en su informe; tampoco si el procedimiento utilizado para concluir en la idoneidad del arma de fuego se ajusta al protocolo existente dentro de la comunidad científica para este tipo de experticia. Ello, sería correcto dentro de la teoría del caso que tuviera la Defensa para la audiencia del juicio oral, a efecto de demostrar el yerro de la perito, a través del interrogatorio cruzado, en el instante de ejercer el contradictorio.

Pero fue al debate probatorio, a ese contradictorio, que precisamente renunció el señor Puyo Osorio cuando decidió aceptar el cargo en la audiencia preparatoria y si bien se requiere de elementos materiales probatorios que avalen esa expresión de responsabilidad proveniente del acusado, los mismos no pueden ser sometidos a la crítica, al debate pues no son practicados a título de “prueba”. Al renunciar a ese derecho el procesado, ese elemento material probatorio, haría las veces, para mayor entendimiento, de lo que es una –estipulación- en el procedimiento ordinario; se trata de un hecho, circunstancia que no se debate y en este asunto, de la misma, es decir de la idoneidad del arma existe la certificación de parte de una experta en balística que no le es dado desatender al Juez de conocimiento, so pretexto de no haberse cumplido el protocolo demandado para la técnica.

La exigencia del requisito probatorio del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, tal como se ha predicado en numerosas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia, es –mínimo- pues se parte simplemente de demostrar que el acusado tiene disponibilidad sobre el hecho confeso y así se estableció en el caso materia de estudio, a través del informe ejecutivo; del de la captura en flagrancia, de la evidencia física como es el arma de fuego objeto del comiso y del informe técnico de la perito en balística que da cuenta de ser apta para el disparo.

Considerar lo contrario para darle la razón al censor respecto de haber incurrido el señor Juez de conocimiento en una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso y/o la garantía de defensa por no haber excluido ese último elemento de prueba, sería darle paso a una retractación, como lo dice el delegado de la Fiscalía, en un asunto donde no se dan los presupuestos para aceptarla, tanto es así, que bajo esta distracción argumentativa de poco talante jurídico, se pretende por el nuevo togado que representa la defensa técnica, retrotraer el trámite para desconocer el allanamiento al cargo.

En consecuencia, se desestima la solicitud de la nulidad, y en su lugar se confirma la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Sentencia de segunda instancia (AC-004-14) del 6 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

**PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA – El superior, al desatar la apelación, no puede resolver sobre la prisión domiciliaria no solicitada en el momento procesal oportuno.**

**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Constitución Política, artículo 31; Ley 906 de 2004, artículo 179.

**CITAS DE JURISPRUDENCIA:**

Corte Constitucional, sentencia C-047 de 2006.

**TESIS DE LA DECISIÓN:**

Le corresponde a la Sala establecer, si el señor Defensor en su turno de intervención para la individualización de la pena, solicitó la prisión domiciliaria para el acusado por la condición de “padre cabeza de familia” respecto de la cual no resolvió el a-quo, y sobre la que versa la impugnación; caso en el cual procedería la nulidad parcial de la sentencia para que el sentenciador decida sobre dicha pretensión si fue oportunamente presentada.

Al escuchar el audio de la audiencia de individualización de pena y sentencia, trámite al que le dio paso el señor Juez una vez se pronunció sobre la legalidad del preacuerdo presentado entre la Fiscalía y el procesado asesorado por su defensor, se registró que en su turno, el hoy recurrente, solicitó la prisión domiciliaria invocando la Ley 1709 de 2014 en concordancia con el numeral 4º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 que demanda la sustitución del internamiento intramural, por la del lugar de residencia: “cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales”.

Explicó seguidamente en qué consiste la afectación de salud sufrida por su prohijado para requerir al Estado en su protección con fundamento en la dignidad humana, conforme a la verificación de los requisitos señalados así: (i) pena impuesta menor de 8 años de prisión; (ii) el delito no se encuentra en los contemplados en el artículo 68ª; (iii) no registra antecedentes penales y (iv) denota arraigo social y familiar. Para sustentar este último punto de su pretensión de prisión domiciliaria por grave enfermedad es que se refirió a las declaraciones extraproceso y a sus hijos menores de edad para hacer constar que a través de un negocio de internet y de venta de abarrotes proveía a su familia.

En ese contexto, se demuestra que el señor abogado defensor no solicitó la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia que pudiera asistirle a ELISEO TASAMA ORREGO; cuestión distinta es que se haya referido a algunos de sus presupuestos con ocasión de la sustentación de los requisitos del mecanismo sustituto por la causal de “enfermedad grave” del acusado. Vino a realizar la argumentación jurídica a través del recurso de apelación, donde mencionó la Ley 750 de 2002 y el artículo 44 de la Constitución Nacional, entre otros, de ahí que razón tuvo el Juez de conocimiento cuando dejó de pronunciarse sobre este aspecto, tal como se evidencia no sólo en su motivación sino en la parte resolutive de la sentencia.

De haberla solicitado, sin respuesta alguna por parte del A-quo, lo procedente sería decretar la nulidad parcial del proveído pues la segunda instancia, tal como su nombre lo indica, debe revisar el acierto o yerro del funcionario judicial del primer nivel de acuerdo con el ataque dialéctico que realiza el censor a la argumentación basamento de la sentencia; a contrario sensu, en caso de abordar de fondo el estudio de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, violaría el principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 de la Constitución, a su vez, garantía del debido proceso.

Así las cosas, el abogado defensor se abstuvo de presentar dicha solicitud en el momento procesal de su intervención para efecto de la individualización de la pena y la sentencia; por ende, no podía el señor Juez de la causa abordar su estudio de oficio; recordemos que se trata de un sistema rogado; significa entonces, que en ninguna irregularidad sustancial incurrió el juzgador al omitir cualquier análisis al respecto. Deberá la defensa, llevar su pretensión ante el Juez de ejecución de penas a quien le corresponda vigilar y administrar la sanción impuesta contra el señor TASAMA ORREGO en este asunto.

Por otro lado, aunque el disidente se refirió a las razones aducidas por el señor Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Buga, para negarle al sentenciado la prisión domiciliaria por grave enfermedad, el discurso se concentró en considerar que a falta de medicina legal, puede tenerse como médico oficial donde no exista dicho instituto, el galeno que labore en los hospitales como es el caso de ciertos municipios. Empero, ello no se ajusta a las condiciones probatorias de este caso donde ciertamente existe una valoración por médica adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Cali, del 12 de noviembre de 2013, cuyo diagnóstico eliminó cualquier posibilidad de concesión de la prisión domiciliaria por dicha causal, cuando determinó: *“Desde el punto de vista médico se concluye que el paciente en el momento del examen no presenta patología aguda que permita fundamentar estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal.”* . Sobre este tópico, nada dijo el censor.

Sentencia de segunda instancia (AC-098-14) del 17 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia condenatoria.

**DESMOVLIZADOS – La negación de la suspensión de la ejecución de la pena no puede tener como fundamento la omisión o desidia del Estado en cumplir con las exigencias del artículo 7 de la Ley 1424 de 2010.**

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

Ley 1424 de 2010, artículo 7; Decreto 2601 de 2011, artículo 9.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Conforme con la tesis planteada por el recurrente, debe la Sala resolver, si la ausencia de los requisitos del artículo 7º de la Ley 1424 de 2010 a la cual se sometió el procesado, los cuales le son exigibles a una entidad gubernamental pueden derivarle consecuencias al desmovilizado, contrarias a la permanencia de su libertad, misma que se le prometió a través de ese mecanismo.

(...)Tales apartes de la motivación de la Corte Constitucional, nos llevan a concluir que tratándose de un proceso enmarcado dentro de la justicia transicional al cual voluntariamente se acogió el acusado RENTERIA NARANJO desde su condición de desmovilizado de la organización criminal de las AUC del bloque Calima, donde ostentaba la condición de “patrullero” no de “comandante” sin que le figuren antecedentes posteriores a la dejación de armas y con el propósito de la justicia transicional que no es otro que el de alcanzar la paz sin sacrificar el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, no es posible eliminar el beneficio del subrogado sin la más mínima actividad tendiente a constatar si se reúnen o no los requisitos del artículo 7º citados tanto en el proveído de la primera instancia como en la sustentación del disidente.

Tal como lo señaló el procesado CLAUDIO RENTERIA NARANJO y como es propio de la improvisación con la cual el gobierno asume este tipo de reglamentaciones, no se le puede cobrar a él, la omisión o la desidia por parte del Estado, respecto de la acreditación de tales presupuestos; por lo menos se debe establecer a ciencia cierta si fue que dejó de: (i) suscribir el acuerdo de contribución a la verdad y a la reparación; si fue renuente a vincularse al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el gobierno nacional, incumpliendo su ruta de reintegración o no culminó satisfactoriamente dicho proceso. (ii) ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno nacional; (iii) reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos dolosos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley o demostrar su imposibilidad económica de hacerlo. (iv) exponer que no ha sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización; (v) comprobar que ha observado buena conducta en el marco del proceso de reintegración. En ese caso, igualmente debe ser requerida la “agencia colombiana para la reintegración” para que en caso afirmativo o negativo, así lo certifique.

Lo anterior es de suma importancia en el caso concreto porque a pesar de la vigencia a la fecha de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, que en su artículo 29 modificó el artículo 63 del Código Penal, es improcedente su aplicación en cuanto a la concesión del subrogado con la demanda exclusiva del requisito objetivo que aquí se daría por cuanto la pena de prisión impuesta no excede de cuatro (4) años. Esto, en atención a que el artículo 32 ibídem que reformó el artículo 68A contiene expresa prohibición en tratándose del delito de Concierto para delinquir agravado.

En consecuencia si el procesado RENTERIA NARANJO cumplió los requisitos que de él dependían como el no volver a delinquir de acuerdo con el certificado de antecedentes aportado por la Fiscalía al 22 de mayo de 2012 (no obstante hace falta su actualización a la fecha) y un número de horas de trabajo (80) comunitario de acuerdo con el Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Sevilla Valle – IMDERE-, (folio 191) la judicatura está en el deber de procurar preservar el propósito de esta ley expedida en el marco de la justicia transicional con el contenido y el alcance que tal contexto le otorga, para demandarle al gobierno a través de la autoridad competente las respectivas certificaciones, antes que enviar a prisión al desmovilizado, como si del silencio de la agencia respectiva se desprendiera para aquél semejante perjuicio.

La solución entonces está en exigir del gobierno que se acredite afirmativa o negativamente dichos presupuestos. Dicha actividad puede procurarla el propio interesado ante el juez de ejecución de penas a quien le corresponde la vigilancia y administración de la pena impuesta por el A-quo, tal como lo observó la Corte Constitucional a efecto de no decretar una nulidad, en contravía del criterio de residualidad. Lo haría a través de un control externo a esa entidad (La alta Consejería para la reintegración) por vía de amparo constitucional (acción de Tutela) para que se pronuncie y cumpla con su deber de postulación del subrogado ante la judicatura. La misma delegada de la Fiscalía quien es la primera a demandar el cumplimiento de dicha obligación, no puede simplemente pasársela a los señores jueces, así como debió procurar la reunión de tales requisitos dentro de su labor en una unidad especializada para estos asuntos antes de la formulación de cargos en acta de sentencia anticipada, puede igualmente requerir al ente gubernamental, enterándolo del estado actual de este proceso. Finalmente el propio Juez de ejecución de penas, a pesar de no existir

en la Ley 600 de 2000 el diseño de un trámite previo para obtener oficiosamente algunos presupuestos de los subrogados, la Ley 906 de 2004, si lo dispone en el numeral 6º del artículo 38 cuando señala como actividad en cumplimiento de su función que: “*Si lo estima conveniente podrá ordenar las verificaciones de rigor acudiendo a colaboraciones oficiales o privadas.*”. Nada obsta que ante el vacío de la primera, esta se pueda aplicar en aras de la justicia material.

Mientras tanto, por la filosofía de la misma Ley 1424 de 2010, por cuya aplicación la Fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, se revocará la orden de captura proferida en su contra así como la negativa de la suspensión de condicional de la ejecución de la pena, hasta tanto resuelva sobre este punto el señor Juez de ejecución de penas, entendiéndose formulada la pretensión por parte del desmovilizado aquí sentenciado.

**Sentencia de segunda instancia (P-018-14) del 19 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca los numerales segundo y tercero de la sentencia apelada.**

**DESMOVLIZADOS – La suspensión condicional de la ejecución de la pena se somete a la Ley 1424 de 2010 y no al artículo 63 del Código Penal.**

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

Ley 1424 de 2010, artículos 6 y 7; Decreto 2601 de 2011, artículo 9; Código Penal, artículos 3 y 63.

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

Corte Constitucional, sentencia C-771 de 2011.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Debe la Sala, ocuparse de resolver si es posible superar la ausencia de los requisitos de la Ley 1424 de 2010 para otorgarle libertad a un desmovilizado condenado por vía de sentencia anticipada, a través del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previsto en el artículo 63 del Código Penal.

En el caso concreto es cierto que la ausencia de los presupuestos de la Ley 1424 de diciembre 29 de 2010 para efecto de otorgar en materia de libertad entre otros, la suspensión de la ejecución de la pena, no pueden ser sustituidos a través del subrogado del artículo 63 del Código Penal como si se tratara de un procedimiento ordinario, cuando la gravedad de la conducta de quien se ha concertado con otros para la ejecución de varios delitos bajo la denominación de Autodefensas Unidas de Colombia, con circunstancia de agravación punitiva, es de imposible desconocimiento para efecto de concluir desde esa perspectiva, que la misma es indicativa de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Es tal la entidad del efectivo peligro para el bien jurídico de la Seguridad Pública, que el mismo legislador pese a que morigeró el tratamiento penitenciario a través de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, ampliando las posibilidades para la concesión de este subrogado con la verificación únicamente del presupuesto objetivo, en tratándose del delito de Concierto para delinquir agravado entre otros, demandó en el artículo 68A que no tendrán derecho ni a ese, “...ni a la prisión

domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni a ningún otro beneficio judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley....”.

La necesidad de la pena, según lo consagrado en el artículo 3º del Código Penal “...se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollen.”. Es así como la naturaleza de la conducta punible cuando ha lesionado o puesto en efectivo peligro la convivencia pacífica de la comunidad y ha generado el terror entre los habitantes de un sector del territorio nacional como bien se conoce de este tipo de organización criminal, genera el diagnóstico del tratamiento penitenciario para efecto de impedir que tanto el condenado (prevención especial) como los demás miembros de la sociedad (prevención general) se abstengan en un futuro de incurrir en este tipo de comportamientos.

Ahora bien, la suspensión de la ejecución de la pena tiene entonces una posibilidad dentro del marco de la justicia transicional, diseñada por el legislador para conseguir la paz a través de la reconciliación de los distintos estamentos al margen de la ley que han generado tan brutal violencia dentro del territorio patrio. Por consiguiente, los requisitos por los cuales la misma procede para aquéllos desmovilizados que han confesado el Concierto para delinquir agravado, deben verificarse y no soslayar sus presupuestos a través del mecanismo sustitutivo del artículo 63 del Código Penal para relevar las exigencias a constatar previo a su reconocimiento, tal como lo disponen los artículos 6º y 7º de la citada Ley.

Si la acreditación de tales elementos se debe a la negligencia de una de las Partes, en este caso la entidad gubernamental encargada de ciertos trámites, su cumplimiento debe exigírsele a través de un control interno dentro del proceso consistente en el requerimiento de la Fiscalía previo al envío del expediente con el acta de la formulación de cargos para sentencia anticipada ,o por el Juez antes de proferir la respectiva sentencia o finalmente tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en los apartes destacados transcritos en este proveído, por o ante el Juez de ejecución de penas a quien le corresponda la vigilancia de la impuesta al desmovilizado, e incluso por un control externo de carácter constitucional que este mismo demande para el cumplimiento de la autoridad competente de contribuir a la satisfacción y acreditación de tales presupuestos.

Si se descartó como es lógico en el respectivo diseño legal de la justicia transicional a través de la Ley 1424 de 2010, la revisión de la modalidad y gravedad de la conducta punible, para requerirse de otros elementos como son: (i) haber suscrito el acuerdo de contribución a la verdad y a la reparación, así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso; (ii) ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan, en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional; (iii) reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos dolosos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente Ley, a menos, que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; (iv) no haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización, y (v) observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración, significa la importancia de su verificación para efecto de que una vez condenado el desmovilizado se pueda suspender la ejecución de la pena.

Para ello, la funcionaria judicial de la primera instancia pudo requerir a la Alta Consejería Presidencial para la reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas, la provisión de los documentos señalados en el artículo

7º de la Ley 1424 de 2010, siendo estos, tal como los cita la disidente: (i) copia del documento que acredite la calidad de desmovilizado de conformidad con la ley; (ii) copia del acuerdo de contribución a la verdad histórica y la reparación; (iii) certificación de la vinculación al proceso de reintegración social y económica y de cumplimiento de la ruta de reintegración o de culminación del mismo; (iv) certificación de la realización de actividades del servicio social con las comunidades receptoras; (v) copia de los antecedentes expedidos por la autoridad competente y (vi) certificación de buena conducta en el marco del proceso de reintegración.

Si bien tanto el artículo 7º de la Ley 1424 de 2010 como su decreto reglamentario 2601 de 2011 en su artículo 9º los señalan como un acto rogado de parte del gobierno nacional a través de la autoridad competente ya mencionada como es la Alta Consejería Presidencial, la petición para el desmovilizado de la suspensión de la condena previo el aporte de los anteriores requisitos a la autoridad judicial, nada obsta para que a efecto de procurar la aplicación material de la filosofía de reconciliación fuente de esta legislación y la protección de quien ha cumplido con su parte, presentándose ante la justicia para reconocer la ejecución de dicho delito, sea el mismo Juzgador a falta de la Fiscalía y del mismo desmovilizado que intente corroborar si quien persigue dicho beneficio en efecto ha cumplido con dichas exigencias.

Lo anterior, a diferencia de deformatar la legislación de la justicia transicional, tratando de acoplar la situación a los supuestos demandados por el artículo 63 del Código Penal, concretamente el aspecto subjetivo, el cual no se da por la modalidad y gravedad de la conducta, no obstante las loables intenciones de la juzgadora del primer nivel de tratar de hacer efectiva la finalidad perseguida por la Ley 1424 de 2010.

Incluso, distinto a ciertas certificaciones que tienen cierto nivel de especificidad y competencia descritas en el artículo ya citado del decreto reglamentario de la Ley, algunas podrían constatarse a través de otros medios de prueba que se allegaran al proceso. Pero en el concreto asunto, ni siquiera está la ausencia de antecedentes penales por delitos dolosos debidamente actualizada a la fecha, las últimas son de los meses de enero y febrero de 2012.

Así las cosas, se revocará la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena otorgada al procesado, tal como lo solicita la recurrente, pero en su defecto no se ordenará la captura para que ante el Juez de Ejecución de Penas y medidas de seguridad a quien le corresponda la vigilancia del cumplimiento de la sanción impuesta, se puedan acreditar dichos requisitos o realizar las actividades tendientes a verificarlos tal como se dijo en precedencia y conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en el siguiente acápite de su sentencia, el cual vale la pena reiterar para estos efectos. Explicó la Corporación:

“De acuerdo con lo anterior y por regla general, cuando en aplicación de los supuestos relacionados con el artículo 7º de la Ley 1424 de 2010 se deba analizar la viabilidad de suspender la ejecución de la pena en un caso concreto, ese estudio debería consignarse en la sentencia condenatoria respectiva, previa solicitud del ejecutivo y verificados los presupuestos exigidos.

Sin embargo, en atención a la naturaleza y las finalidades perseguidas por la Ley 1424 de 2010, así como su carácter de instrumento de justicia transicional, en procura de la paz perdurable, la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas y la reintegración a la sociedad de los beneficiarios de tal Ley, sería posible que aún con posterioridad a la sentencia condenatoria, se solicite a la autoridad judicial encargada de verificar el cumplimiento de la pena la aplicación al beneficio consignado en el artículo 7° *ibídem*, previa postulación del Gobierno. Lo anterior, siempre que concurren los condicionamientos y compromisos que serán explicados a continuación.”

Sentencia de segunda instancia (P-010-14) del 1 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el numeral cuarto de la sentencia apelada.

**SUSTITUCIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN CENTRO DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA POR LIBERTAD VIGILADA – Negación al adolescente que reincide en el porte de armas de fuego para delinquir y obtener el sustento familiar.**

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

Ley 1098 de 2006, artículos 161, 178, 179, 185 y 187.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Le corresponde a esta sección de la Sala Penal del Tribunal, conforme a la contradicción realizada por la recurrente, resolver exclusivamente lo relacionado con la concesión de la libertad vigilada, respecto a si de acuerdo con las particulares condiciones del adolescente B.R.M, denotadas en los elementos materiales probatorios allegados en la audiencia de individualización de la sanción, tal sustitución de la privación de la libertad en centro de atención especializada, era procedente.

El artículo 178 de la Ley 1098 de 2006 consagra:

“Artículo 178. Finalidad de las sanciones. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas.

El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.”

A su vez el legislador en el artículo siguiente, estableció ciertos parámetros para la elección de las distintas clases de sanciones, así:

“Artículo 179. Criterios para la definición de sanciones.

Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.

4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones.

Parágrafo 1º. Al computar la privación de la libertad en centro de atención especializada, la autoridad judicial deberá descontar el período de internamiento preventivo al que haya sido sometido el adolescente.

Parágrafo 2º. Los adolescentes entre 14 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en este Código, terminarán el tiempo de sanción en internamiento. El incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción privativa de libertad por parte del juez.”

Tratándose de un delito cuya pena mínima es la de 18 años de prisión (Art. 365, agrav., num. 2º -utilizando medios motorizados-) cargo que fuera aceptado por el adolescente B.R.M quien contaba para esa época con la edad de 17 años, es irrefutable el requisito objetivo de la sanción de “La privación de la libertad” prevista en el artículo 187 del mismo Estatuto.

Corresponde ahora revisar, si de acuerdo con el principio de residualidad previsto en los instrumentos internacionales y concretado en el artículo 161 de la Ley 1098 de 2006, que concibe La privación de la libertad en centro de atención especializada, como un remedio pedagógico extremo en procura de alcanzar los objetivos y de acuerdo con los mismos, consistentes en la protección, restauración y educación del adolescente, era viable sustituir la misma por la de la Libertad vigilada, dispuesta en el artículo 185 ibídem, que consagra: *“Es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años.”*

Importa entonces establecer la eficacia entre las dos medidas para alcanzar los resultados propios de la reeducación del adolescente, aunado a la superación de los factores de riesgo que tiene en su entorno, es decir, entre la privación efectiva en un centro de atención especializada o la orientación, asistencia y supervisión de un programa de esta índole, mientras permanece en libertad, ¿cuál de las dos ofrece mayor garantía para sacar al adolescente de ese estado de vulnerabilidad en que se encuentra, frente a las expectativas de su futuro rol como adulto, al cual se pretende que llegue con herramientas para llevar una vida acorde con los mandatos legales que le aseguren su bienestar y el de los que lo rodean?.

De acuerdo con los parámetros fijados por el legislador en el artículo 179 antes transcrito, tenemos en el caso concreto lo siguiente:

1. La conducta, génesis de este proceso, por la cual fuera el adolescente aprehendido en estado de flagrancia, de acuerdo con su naturaleza comporta mayor entidad, pues es una conducta que a lo largo del tiempo ha venido siendo sancionada con mayor severidad para los adultos con la intención de luchar contra la criminalidad organizada, el sicariato, la justicia por mano propia, el hurto mediante violencia contra las personas, entre otros. La incrementación de tales fenómenos delictivos han sido verificados dentro de la sociedad colombiana, al punto que a través de la política criminal y con miras a asegurar su prevención se ha concebido un

elevado juicio de reproche para el -mayor de edad- que lleva consigo un arma de fuego sin haber sido autorizado por la autoridad estatal competente. Todo, con miras a garantizar el cumplimiento de una convivencia pacífica, deber asignado a las autoridades de la República. (Artículo 2º de la Constitución Nacional.).

Tales artefactos en manos de niños, niñas o adolescentes implican una especial gravedad pues los menores vienen siendo influenciados para la ejecución de acciones criminales con el uso de armas de fuego, de modo que su mero porte por estas personas que aún no cuentan con la madurez intelectual necesaria para asumir la responsabilidad de semejante fuente de riesgo, genera un plus de alerta en su protección, pues tales actos denotan un peligro para su formación que de no ser advertidos a través de la educación y de programas de rehabilitación, significan el inicio por el camino de la delincuencia que sin medidas a tiempo, dificultarán su regreso.

2. Antes del juicio de proporcionalidad demandado en este punto, veamos cuales son “...las circunstancias y necesidades del adolescente...” en este específico asunto.

Tenemos: (i) la valoración psicológica realizada por una profesional en este campo del Centro de Formación Juvenil Buen Pastor quien da cuenta dentro de la historia socio familiar que B.R.M es hijo de padres actualmente separados; sostiene unión marital con una fémina de 18 años de edad con quien procreó una niña, dependiendo ambas económicamente del adolescente “...quien robaba para llevarles el sustento y garantizar la abundancia en el hogar...” razón por la cual mientras estuvo privado de la libertad, aquéllas fueron albergadas en el hogar materno. Expresa una *total convicción por la actividad de apoderamiento de lo ajeno para conseguir los recursos económicos, eligiendo las víctimas de mayor rentabilidad, a cambio de trabajos donde no le paguen “...ni una parte de lo que uno merece.”*. Alude a su incapacidad de quitarle la vida a otro, a no ser en defensa propia. En relación con su autocuidado, niega el consumo actual de drogas y de alcohol aunque reconoce antecedentes de consumo de SPA. En cuanto a la socialización, indica que de 10 amigos: 3 han sido asesinados y 7 se encuentran privados de la libertad. Considera que ha sobrevivido porque no se deja influenciar para cometer delitos “graves” como homicidios, propuestas que en tal sentido ha recibido. No tiene el estudio en su proyecto de vida, porque esto le impide cumplir con el sostenimiento de su familia; durante el tiempo que ha estado privado de la libertad ha reflexionado sobre la necesidad de abstenerse de ejecutar ilícitos pues no desea terminar en una cárcel; requiere dice la psicóloga de un trabajo psicoterapéutico profundo de perdón y re significación de los hechos ocurridos en cuanto al abandono de su progenitor y el poder del dinero para ser escuchado, respetado y puesto en el lugar que se merece.

(ii) El director del Centro de Formación Juvenil, elaboró un informe sobre el Plan de atención integral que de acuerdo al diagnóstico anterior (coincide en mucho de sus términos) ha venido recibiendo el adolescente, para un concepto final, sintetizado en los siguientes puntos: (a) el adolescente cuenta con los recursos físicos, cognitivos y emocionales para asumir el proceso de resocialización pedagógica brindado por el CFJBP; (b) se requiere promover el acompañamiento del grupo familiar en

el proceso de resocialización pedagógica; (c) orientarlo para el reconocimiento de su situación de internamiento como oportunidad para generar un cambio real comportamental. Entre los factores de riesgo están: el alto grado de ambición económica; dificultad para adaptarse a las condiciones laborales dentro de su propio contexto o entorno; descartar el estudio como herramienta fundamental en su desarrollo integral.

(iii) La Trabajadora Social del I.C.B.F presentó estudio socio familiar y una Sicológica del mismo Centro Zonal de esta entidad de Cartago un estudio sicológico en los cuales concuerdan en los siguientes aspectos: Es consumidor de spa en la actualidad; es la tercera vez que se encuentra vinculado en la comisión de un delito; su entorno socio barrial es de gran influenciabilidad para él, al punto que la primera dice que la familia ha pensado en mudarse a otro departamento; ha asumido con responsabilidad y compromiso su rol paterno.

3. Tenía 17 años de edad, para la época de los hechos
4. Aceptó el cargo contra la Seguridad Pública.
5. No hay incumplimiento de los requisitos adquiridos con el Juez.
6. En este asunto en particular no hay incumplimiento de sanciones. Es diferente, a su reincidencia en la ejecución del mismo ilícito antes sancionado por el mismo despacho judicial.

La Juzgadora del primer nivel ponderó la gravedad de la conducta, las condiciones personales, sociales y familiares del adolescente con el siguiente resultado: *“...considera el despacho importante, otorgar la oportunidad al joven de demostrar el cambio que ha manifestado ante esta misma audiencia realizará (sic), especialmente pensando esta operadora jurídica en que es un padre de familia que desea cumplir con su responsabilidad frente a su hija y porque ha quedado probado que posee vínculos afectivos estrechos con la misma.” En consecuencia, ordenó “...el joven se vinculará al programa de atención especializada ofrecido por la Corporación Temeride de Cartago, debe además permanecer vinculado académicamente, observar buena conducta social y familiar, no incurrir en nuevo delito y presentarse al juzgado cada quince días. En caso de cambio de domicilio del adolescente se vinculará al programa que exista en el Municipio de ubicación.”*

Pues bien, la conclusión a la que llega la Sala es distinta a la de la sentenciadora de la primera instancia respecto a conseguir la idoneidad y adecuación a los objetivos perseguidos por la sanción privativa, con la sustitución por la Libertad vigilada, pues encuentra dentro del respectivo juicio de proporcionalidad que el adolescente B.R.M la requiere para su protección y consecución de la finalidad educativa -antes de que cumpla la mayoría de edad- donde en caso de reincidir en la ejecución de una conducta punible ya no tendría la misma oportunidad de acceder a un tratamiento dirigido a obtener su resocialización con la participación de profesionales y con todo el tiempo dispuesto a lograrlo, con un trato terapéutico al interior de un Centro de atención especializada.

Lo anterior, porque en otrora oportunidad donde se le declaró responsable por el mismo ilícito y se le sustituyó por la libertad vigilada, no le sirvió para retirarse del ejercicio delincencial como forma de vida, pues acepta que el porte de armas

de fuego y su munición está estrechamente vinculado a la manera como deriva el sustento para él y su familia, usándolos para el apoderamiento de lo ajeno. Le queda entonces poco tiempo para lograrlo, antes de que en la próxima oportunidad quede expuesto a una pena de prisión en establecimiento carcelario de dieciocho (18) años, por la ejecución de un delito de esta entidad.

La a-quo y la Defensa le han dado especial importancia a la condición de “padre de familia” del adolescente y del amor y la responsabilidad que ha demostrado por su descendiente, así como la protección que requiere del mismo. Sin embargo, de alguna manera subestiman el interés del Estado de proteger a dicho adolescente –padre- quien se encuentra en franca situación de vulnerabilidad frente a su formación y bienestar. Es indebido darle prioridad a su rol de proveedor económico de otro ser humano cuando desde el punto de vista psicológico, intelectual y moral presenta serias deficiencias que proyectadas a largo plazo van a recaer en contra de la prosperidad de la recién nacida. Se deben realizar los mayores esfuerzos para que B.R.M supere los citados factores y pueda actuar en el futuro, como adulto, con la conciencia de que existen “...formas viables y asertivas de ganar el respeto a los demás”; “de las implicaciones éticas y morales del hurto, además del peligro que conlleva el uso inadecuado de las armas.” (recomendaciones de la sicóloga); pues al unisono todos los profesionales que han participado en la evaluación de las condiciones del adolescente, informan sobre su ambición a la obtención del dinero a través de actividades delictivas que han implicado el uso de las armas de fuego, motivado igualmente por su situación temprana de padre.

Dicha calidad, como lo señala la recurrente ya la tenía cuando ejecutó el delito, por tanto significa que la decisión de cuál es la sanción más acorde a la finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes no es posible supeditarla a las meras manifestaciones del menor, acerca de su intención de resocializarse para cumplir cabalmente con sus obligaciones; muy seguramente sus expresiones fueron similares ante la primera sanción por este mismo reato para conseguir como efectivamente se hizo la sustitución por la Libertad vigilada.

Su reincidencia, comprueba la ausencia de internalización de la prohibición penal de llevar consigo armas de fuego sin previa autorización de un representante del Estado y sus consecuencias, así como también la asunción de derivar los recursos patrimoniales para su subsistencia del ilícito de hurto para cuya ejecución usa este tipo de artefactos porque le parece que un trabajo honesto, no compensa su labor con la misma retribución económica que hasta ahora le ha traído el mismo. Por tanto, su condición de padre, lejos está de haberle servido como motivación para acatar los mandatos de comportamiento que encierran las prohibiciones penales, a contrario sensu, si se revisa la entrevista psicológica, le ha servido como justificación para seguir contraviniéndolos.

Así las cosas, si se prefiere la Libertad vigilada para que responda por la manutención de su familia, ante las deficiencias en su formación socio-psicológica cuyo diagnóstico permanecía para la fecha en que se emitieron los informes, lo más seguro es que dicho deber, siga siendo el aliciente para su actividad delinencial; distinto a si se encuentra en centro de atención especializada a efecto de fortalecerle una interiorización de las razones éticas y prácticas para abandonar la criminalidad.

El “*alto grado de ambición económica*” y la “*dificultad para adaptarse a las condiciones laborales dentro de su propio contexto o entorno*”, son factores de riesgo especificados por los expertos que impiden concebir la Libertad vigilada

como el medio idóneo preferible a la Privación de la libertad en centro de atención especializada, para conseguir superarlos. Esto, porque cabría interrogarse a si por fuera de la institución, con la presión de adquirir el sustento económico para su compañera y su pequeña hija, con los citados caracteres de su personalidad que lo hacen vulnerable, bastaría con su visita a un programa de orientación y rehabilitación de determinada entidad para asegurar la finalidad educativa de la sanción o si por el contrario, sería importante que permaneciera el tiempo que falta de un año (1) impuesto de la sanción dado el corto espacio para que cumpla con la mayoría de edad, internado en el establecimiento de atención especializada a fin, de propender por este objetivo.

Si además se tiene en cuenta, que distinto a sus manifestaciones ante los expertos, el estudio psicológico (folio 111 de la carpeta) certifica el hábito al consumo de sustancias psicoactivas, contra el cual ha sido de poca o ninguna utilidad como para los demás aspectos que lo hacen vulnerable, -el apoyo de la familia- porque además es fácilmente influenciado de manera negativa por las “inconvenientes amistades”, necesariamente la balanza se inclina a la preferencia de la privación de la libertad para que continúe en el avance sugerido por el Plan de Atención Integral emitido por el director del Centro de Formación Juvenil Buen Pastor, porque precisamente esos son “factores externos” propios de su entorno, que lo seducen sin que la red de apoyo familiar pueda obrar eficientemente para contrarrestarlos y a los cuales sigue expuesto a través del mecanismo de la Libertad vigilada.

Finalmente, su menor hija no quedará desprotegida, pues su cuidado se encuentra a cargo de su madre ya mayor de edad y de su abuela paterna, bajo cuya protección han permanecido durante los cuatro meses en que B.R.M permaneció en el Centro de reeducación juvenil.

Por las consideraciones anteriores, la Sala revocará parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia emitida contra el adolescente B.R.M, en cuanto a la concesión de la Libertad Vigilada para que en su lugar se devuelva al Centro de Formación Juvenil Buen Pastor, y continúe con el debido tratamiento psicoterapéutico, por el tiempo que le falta para cumplir con el de un (1) año de sanción, impuesta en la sentencia de la primera instancia.

Sentencia de segunda instancia (AD-001-14) del 3 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca, parcialmente, el numeral segundo de la sentencia apelada.

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La condición de adicto no autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 35978 del 17 de agosto de 2011, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisión AC-333-09 del 29 de julio de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo con la sustentación ofrecida por la disidente, debe la Sala estudiar en el caso concreto si la condición de “adicto” que le asiste al procesado, releva su conducta, adecuada en el delito de Tráfico de estupefacientes, de la entidad necesaria para considerar afectado el bien jurídico de la Salud Pública.

Sin lugar a dudas, tal como finalmente pudo colegirlo el A-quo a pesar de sus críticas a las pruebas periciales, el acusado es una persona fármaco dependiente, pues así se establece a partir de un análisis sistemático de la prueba aportada tanto por la Fiscalía (declaraciones de los agentes captore) como de la Defensa, (pruebas periciales) aspecto que finalmente no es materia de discusión pues si así lo aceptó el señor Juez de conocimiento, carece de objeto una oposición dialéctica por parte de la Defensa, pues es a partir de esa condición que ha estructurado su teoría del caso.

Descendiendo ahora al asunto que ocupa la atención de la colegiatura, en el tópicamente objeto de controversia, como es la antijuridicidad material presupuesta de la responsabilidad penal, con ascendente en el principio de lesividad y en otros como el Derecho Penal mínimo y el Derecho Penal fragmentario, filosofías que atañen a la construcción de nuestra teoría del delito, debe revisarse si el comportamiento protagonizado por YEISSON ALFREDO LOPEZ HENAO tal como quedó demostrado consistente en el porte de 100 papeletas de sustancia que arrojará positivo para cocaína y sus derivados en cantidad neta de 24.9 gramos de cocaína superó considerablemente la dosis personal o se puede tener su conducta como insignificante frente al peligro abstracto de afectar la salud pública de modo que se excluya la presunción de que estaba destinada a afectar el bien jurídico, tal como lo señaló nuestro superior funcional.

Mientras que en la situación analizada en la sentencia de la Corte Suprema, la cantidad de sustancia se dijo, superaba cuatro veces (79.9 gramos) aunque de acuerdo a la cifra serían 3 por encima de los 20 gramos de marihuana permitidos, la portada por el aquí procesado supera casi 24 veces la dosis legitimada para el consumo personal, pues tratándose de cocaína y sus derivados, la ley establece meramente un (1) gramo.

En tales condiciones, está visto que la mera condición de toxicómano no lo releva del cumplimiento de la norma, así el plenario esté carente de prueba acerca del ánimo de distribución o suministro por parte del acusado, para descartar la antijuridicidad material bajo el entendimiento de salir afectada únicamente la salud del procesado, elección a la que tendría derecho, conforme al predicado del respeto a la libre personalidad. Por el contrario, se ha reiterado por la máxima Corporación de Justicia, que sólo es posible llegar a considerar inane o inocuo tal acto para lesionar efectivamente el interés jurídico protegido de la salud pública cuando el adicto lleve consigo una dosis que supere en poca cantidad la autorizada legalmente.

Frente a la decisión de esta Corporación citada por la recurrente, hay que atender en esta materia a la revisión de la homogeneidad de la situación fáctica estudiada y en ese entonces se trató del porte de la cantidad de treinta y siete (37) gramos de marihuana y siendo veinte (20) gramos la dosis personal para este estupefaciente, el saldo no la doblaba siquiera, como si lo hace y con suficiencia en este caso. En consecuencia, se trata de asuntos incomparables para pretender una solución idéntica en la segunda instancia.

En este orden de ideas, la tesis de la Defensa no puede ser acogida para efecto de revocar la providencia de la primera instancia. Por consiguiente, será confirmada.

**Sentencia de segunda instancia (AC-391-13) del 25 de abril de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**RECURSO DE APELACIÓN – Debe ser sustentado de manera adecuada /EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO – La víctima de una posible conducta punible no requiere de orden judicial para la grabación de una conversación telefónica/SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Al no existir la permanencia de la prueba, la identificación de la acusada no puede quedar supeditada a su condición de hallarse privada de la libertad.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 128, 375 y 403.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 28125 del 5 de diciembre de 2007, 34779 del 27 de julio de 2011, 38137 del 19 de septiembre de 2012 y 41741 del 17 de marzo de 2014.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Tratándose de varias pruebas las que son objeto de alzada, encuentra la Sala que el análisis ha de realizarse por cada una de las decisiones adoptadas y así desde ya se señala que el único punto respecto del cual el Tribunal se abstendrá de resolver el mismo es en relación con la admisión del testimonio del señor Ignacio Londoño Uribe, pues en efecto el disidente se limitó a solicitar que se revise de nuevo por esta instancia para que determine si le asiste razón al A-quo o a él, cuando su deber era explicar por qué se equivocaba el funcionario judicial, al decretarlo. En relación con los demás, a pesar de ser en la mayoría de ellos, reiterativo de su postura inicial, en la misma destaca la contradicción a la pertinencia, o utilidad que encontró el señor Juez para decretarlas. Por consiguiente se desatará la alzada.

En relación con la grabación de una conversación telefónica sostenida entre la procesada y el señor JUAN BAUTISTA ISAZA GONZALEZ, contenida en un disco compacto, encuentra esta colegiatura que incurre en yerro el funcionario judicial del primer nivel cuando deja de contrastar la teoría con la situación que plantea la Defensa, pues de estar en lo cierto, sería claro que la procesada sería víctima de una conducta ejecutada por dicho interlocutor, pues habría inducido en error a la Fiscalía para que a ella la procesaran como autora del delito de Soborno, uno de los reatos por los cuales fue judicializada en este proceso y privada de su libertad. Esto únicamente se conocerá a través de la dinámica probatoria; por tanto desde esa posición así argumentada por la Defensa, de comprobarse su tesis dicha prueba es legal y lícita porque en esa condición, ella estaba eximida de procurar una orden judicial para la grabación y de contera para respetar el derecho a la intimidad del citado.

Si la procesada formuló denuncia contra el señor JUAN BAUTISTA ISAZA GONZALEZ por el delito de Falso testimonio como lo aseguró el mismo delegado de la Fiscalía, consistente en tildar de -contraria a la verdad- la información que aquél le diera a las autoridades judiciales, génesis de este proceso penal en su contra, independientemente de su condición de enjuiciada en este trámite, le asistiría la de víctima, misma que no depende de un previo reconocimiento judicial sino del factum descrito, pues tal calidad existe per se, con anterioridad a cualquier proceso penal, depende es de la ejecución de la conducta que se estima delictiva.

Por lo tanto, para efecto de revisar la conducencia, pertinencia, utilidad, legalidad y licitud de esta prueba, la misma debió revisarse de acuerdo con la situación con la cual fue justificada por la Parte cuyo decreto persigue, en este asunto, es evidente que guarda relación con un hecho a demostrar por la Defensa, que de conseguirlo quedaría al descubierto el perjuicio ocasionado a la procesada por una falsa acusación del testigo de cargo, y por ende, a esta oportunidad procesal es infundado asegurar la ilegalidad e ilicitud de la prueba. Dicho examen resultará de su práctica, caso en el cual como ocurrió en el radicado 15273 citado en la providencia recurrida, el señor Juez deberá abstenerse de valorarla.

Si no procede la prejudicialidad en este campo, significa que la Defensa tiene el derecho de presentar dicho medio de conocimiento en el proceso penal donde pretende oponerse a la pretensión del ente acusador, fundada precisamente en un supuesto comportamiento ilícito de uno de los testigos con los cuales dará cuenta de la existencia y tipicidad de la acción enrostrada a la acusada.

Por esa misma vía, debe tenerse en cuenta el derecho que le asiste a la Defensa en el contrainterrogatorio, de impugnarle credibilidad al testigo de la Fiscalía. El artículo 403 de la Ley 906 de 2004, señala entre otros aspectos: (4) *Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones...*” en fin un listado enunciativo de elementos por los cuales no queda excluida la grabación de una conversación telefónica, momento en que bajo la gravedad de juramento, el testigo deberá responder si es esa o no su voz, para que finalmente una vez se complete la autenticidad con el otro extremo de los interlocutores, en tal caso la procesada, pueda admitirse como prueba, en el juicio oral.

Así, que negarla como se hizo, es errado, porque desde la teoría, la calificación de ilegal e ilícita no procede cuando de comprobarse el fin que se persigue, la señora Leticia Parra Alzate estaba exonerada de requerir una orden judicial previa por afectar el derecho a la intimidad del testigo que aquí fungirá como –de cargo-

Conclusión, es la revocatoria de lo decidido en este punto, decretándose la prueba y haciéndose claridad desde ya que igualmente podrá ser utilizada dentro del contrainterrogatorio que la Defensa decida realizarle al testigo de la Fiscalía JUAN BAUTISTA ISAZA GONZALEZ para efecto de impugnarle credibilidad. Si bien, esto devendría innecesario, pues basta el mero descubrimiento del elemento material probatorio por la Parte que lo usará en dicho propósito, frente al yerro del Juzgador sobre el punto, es mejor explicitarlo.

En cuanto a la admisión de la copia de la resolución No. 0466 del 11 de abril de 2011 emitida por el director general del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, FONPRECON, es pertinente, porque aunque el delito de Fraude Procesal es clasificado como de Peligro, que no requiere la efectiva conculcación al bien jurídico protegido para que se consuma el mismo, la revisión de la antijuridicidad material no se excluye y por tanto el acto administrativo emitido en dicho trámite de sustitución pensional debe ser revisado para los fines señalados por el A-quo. Por esa misma razón, su clasificación dentro de la teoría del delito, -tipo de mera conducta, no de resultado- hace inocuo para los fines probatorios, que haya adquirido o no firmeza dentro del debido proceso administrativo. Por otro lado adujo el Censor que la Fiscalía ya contaba con otros medios para acreditar la misma situación, manifestación relativa a la utilidad de la prueba, pero se abstuvo de señalarlos.

Lo relativo al documento que registra el resultado de la consulta web de la Registraduría, denota del Censor un yerro en la concepción del sistema procesal penal acusatorio, donde no existe permanencia de la prueba como ocurría en la Ley 600 de 2000. La regla general en el sistema adversarial es que la prueba se practica en el juicio oral dentro de la etapa de la causa, por consiguiente, dentro de la teoría del caso de la Fiscalía debe estar presente la demostración del presunto autor de la conducta punible como ser social y/o antropológico, totalmente diferenciable de los demás. Por tanto es equivocado argumentar que la Fiscalía cuenta con “abundante prueba en su carpeta” para demostrar la identificación de la procesada, misma que nada le servirá sino la presenta en el curso del juicio oral para cumplir con el deber que le demanda el artículo 128 de la Ley 906 de 2004. Al respecto existe también precedente, constituido por varios pronunciamientos los cuales se citan en el radicado 34779 del 27 de julio de 2011 donde la alta Corporación ratifica su postura.

En el caso concreto, la prueba sobre la identificación de la acusada no puede quedar supeditada a su condición de hallarse privada de la libertad. La misma podría llegar a cambiar y por tanto se hace necesario evitar posibles injusticias salidas de situaciones de homonimia y otras similares.

Respecto de la copia del proceso administrativo adelantado ante FONPRECON en el trámite de la sustitución pensional en el que hizo parte la acusada, compartimos la motivación que tuvo el juzgador para admitirla y reiteramos el planteamiento por el cual se contestó cuando se estudió la disidencia respecto de la copia de la resolución emitida por dicha entidad en ese trámite, en materia de la innecesaria firmeza del acto administrativo para tener vocación probatoria para la materialidad de la conducta calificada con la denominación jurídica de Fraude Procesal.

En igual sentido se desestima el argumento del disidente respecto de la copia del trámite de la acción de tutela donde participó la acusada, en las dos instancias, puesto que el fundamento para oponerse son unas acciones temerarias de la señora Jesusita Zabala en materia de Tutela, aspecto que nada tiene que ver con la declaración atinada de pertinencia por parte del A-quo pues siendo la procesada acusada por un concurso material homogéneo del ilícito de Fraude Procesal, uno de los hechos que tangiblemente se separan para concebirlo fue su actuación durante este procedimiento, tanto en primera como en segunda instancia, así que guarda relación con la materialidad de la conducta acusada.

En cuanto al documento dirigido a FONPRECON por el señor IGNACIO LONDOÑO URIBE donde se autoriza a JESUSITA ZABALA DE LONDOÑO como su esposa, para que siga cobrando su pensión de jubilación en caso de su muerte, contrario a lo dicho por el impugnante, aunque tenga por teoría comprobar que el causante hizo vida marital con la señora LETICIA PARRA ALZATE, justamente la Fiscalía se propone comprobar que en tal sentido se indujo en error a las autoridades administrativas por lo tanto este medio de conocimiento en la medida que “solo sirve para hacer más probable el hecho” o la negación en la cual cimentó la Fiscalía la acusación, resulta pertinente de acuerdo con lo estipulado en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004. Es decir, que por sí sola puede carecer de la fuerza suficiente para demostrar que la señora JESUSITA ZABALA DE LONDOÑO como esposa del señor LONDOÑO URIBE fue la única que hizo con él vida marital de manera que excluya la tesis de la Defensa pero unido a otros medios de conocimiento puede llegar a ser convergente para demostrar dicha circunstancia, relacionada con el trámite de sustitución pensional.

En consecuencia, se confirmará la decisión en esos puntos materia del recurso.

Auto de segunda instancia (AC-138-14) del 15 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la exclusión de disco compacto y se abstiene de resolver sobre un aspecto de la apelación.

**NULIDAD** – La parte interesada en su declaración debe demostrar la trascendencia de la irregularidad/**TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES** – Fue excluido, en virtud de la Ley 1709 de 2014, del otorgamiento de subrogados y beneficios penales.

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

Ley 906 de 2004, artículo 381; Ley 1709 de 2014, artículo 32.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 37228 del 27 de febrero de 2013.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo con el planteamiento del impugnante, debe la resolver si procede la nulidad a partir de algún acto procesal determinado o la revocatoria de la sentencia por: (i) violación al debido proceso en caso de haber pretermitido el señor Juez la verificación de las garantías que deben rodear al imputado en caso de aceptación del cargo; (ii) la ausencia de prueba que conduzca a la certeza de su responsabilidad penal y (iii) por no haber esperado el cumplimiento de la tutela que protegió el derecho a la salud del acusado para efecto de que la Defensa en caso de ser posible lograra consolidar una pretensión de un mecanismo sustitutivo de la prisión intramural.

Es deber del impugnante cuando aboga por una nulidad, además de concretar el vicio en la estructura del proceso penal o en las garantías de las Partes e intervinientes, demostrar la trascendencia de esa irregularidad, es decir denotar el perjuicio o el daño concreto, de forma que no se habría ejecutado de haberse actuado conforme al debido proceso, señalando en concreto la disposición violada...

Tales reglas que acompañan la solicitud de una nulidad, fueron incumplidas por el Censor en este asunto pues se limitó en un primer intento a señalar que el Juez no constató si era verdad, el registro de la audiencia preliminar donde su prohijado aceptó el cargo, acerca de haberlo hecho en forma consciente, voluntaria, libre de todo apremio, informado y asesorado por un abogado. Para nada, hizo referencia a una situación contraria, es más, parte de aseverar que así ocurrió.

Por consiguiente, cuando el señor Juez de instancia en la fundamentación de la sentencia igualmente predica que se dieron todas las garantías para el procesado, se parte de considerar que así lo verificó en el registro de la audiencia preliminar, sin que el acusado ni su defensa técnica pregonaran lo contrario. Las hipótesis que asegura, entre ellas, la retractación de la aceptación del cargo por violación de garantías fundamentales al acusado, no tienen ningún desarrollo fáctico ni jurídico, siendo entonces improcedente su petición.

Tampoco, puede aceptarse su crítica probatoria, pues nos encontramos frente a un procedimiento abreviado, donde la Defensa carece de interés para atacar la sentencia con un argumento de este talante, por demás injustificado para el caso concreto, pues la Fiscalía entregó el informe de investigador de laboratorio adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación de esta entidad, un perito en química que corroboró la clase de sustancia correspondiente a Cocaína, siendo anunciado en la respectiva audiencia, así que toda razón le asistió al A-quo cuando partió de la confesión constituida por la aceptación que hizo NARANJO GARCÍA del cargo, corroborada además de los informes de investigadores de campo que dieron cuenta de la captura en flagrancia por el resultado del de Laboratorio, que descartan la manifestación del disidente acerca de basarse en el resultado de PIPH.

Recordemos que tal como lo dijo al iniciar su alegato el mismo Defensor, su representado renunció al derecho de tener un juicio público, con práctica de pruebas; así que la sentencia propia de este procedimiento abreviado cuenta con la prueba mínima que se demanda para acreditar el requisito del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 como fundante del hecho confeso, proveniente del procesado.

Finalmente, la circunstancia relativa a no haber aplazado el A-quo la realización de la audiencia de individualización de pena y sentencia para que el acusado fuera atendido en aras a que la Defensa pudiera concretar una solicitud de mecanismo sustitutivo de la prisión intramural como la domiciliaria en un centro de salud, tampoco reviste la entidad necesaria para decretar una nulidad que sería lo procedente, no la revocatoria, pues precisamente se habla de violación a derechos fundamentales del debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia. Por el contrario, tal como se lo explicó el Juzgador del primer nivel, dicha aspiración es legítima en sede del Juez de Ejecución de Penas, máxime si al momento de la audiencia de individualización de pena y sentencia correspondía a una mera hipótesis porque el señor Juez Tercero Civil del Circuito mediante el trámite de la acción de tutela lo que hizo fue garantizar el acceso del interno al servicio médico solicitado, sin que a esa fecha pudiera diagnosticarse o inferirse una enfermedad incompatible con un tratamiento penitenciario.

La Sala, no puede acceder oficiosamente a la petición extemporánea del sentenciado quien fue debidamente representado por su Defensor de confianza para la sustentación escrita del recurso, porque únicamente se convendría, en caso de la urgente necesidad de proteger su derecho fundamental a la vida, de haberse demostrado un riesgo inminente a su salud en caso de permanecer, en el centro penitenciario. Empero, no ocurrió así, ni siquiera en forma posterior a la interposición del recurso, porque con la copia de la historia clínica que anexa el señor NARANJO GARCÍA, de fecha 3 de marzo de 2014, se constata que está sometido a control de su riesgo cardiovascular, medicado, cuyo diagnóstico en un primer aparte es el de: “Hipertensión sin complicación”. Se le ilustra sobre signos de alarma por las cuales debe acudir por urgencias, debido a dicho riesgo pero a esa fecha se halla en buenas condiciones físicas generales, “con ruidos cardíacos rítmicos, no soplos, pulmones bien ventilados, sin sobreagregados”. Se colige entonces que su condición por ahora es compatible con la privación de la libertad en establecimiento carcelario, hasta tanto un médico oficial no sustente lo contrario.

Debe reiterársele igualmente la improcedencia de mecanismos sustitutivos de la prisión en virtud de la nueva ley 1709 de 2014, pues si bien la pena mínima prevista para el delito por el cual fue condenado no sobrepasa los ocho (8) años de prisión,

se trata de un ilícito contenido en el inciso 2º del artículo 68A, mandato que dispone:

*“Artículo 68A. Exclusión de beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por..... Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos...relacionados con el tráfico de estupefacientes...”*

La excepción a dicha prohibición sería cuando procede la sustitución de la ejecución de la pena por la prisión domiciliaria conforme entre otras al numeral 4º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 que demanda: *“Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.”*. Ya está visto, como el documento consistente en la historia clínica, en principio no acredita el supuesto exigido por la norma; en adelante deberá solicitar su remisión al médico legista para tales efectos, a fin de que se practique un dictamen definitivo con el que cuente el Juez de ejecución de penas, a efecto de revisar nuevamente este mecanismo.

Por último, la detención domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, deberá ser solicitada con la demostración de los respectivos requisitos ante el señor Juez de Ejecución de Penas pues no fue requerida en la audiencia de individualización de pena y sentencia y un pronunciamiento al respecto, sería violatorio del principio de la segunda instancia; no así el anterior porque se trata de disposiciones contenidas en una nueva ley con vigencia posterior a la sustentación del recurso de apelación, a la cual hace referencia en su escrito, el sentenciado.

**Sentencia de segunda instancia (AC-520-13) del 16 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA – Es necesario probar, más allá de toda duda, que el incumplimiento de la obligación alimentaria es injustificado.**

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

Código Penal, artículo 233.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 21023 del 19 de enero de 2006, 23754 del 9 de abril de 2008 y 31147 del 13 de mayo de 2009.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Sea lo primero recalcar la obligación que le asiste a la Fiscalía de probar más allá de toda duda la responsabilidad penal del acusado. Tal misión, dentro de la debida planeación de su labor investigativa inicia por recaudar elementos materiales probatorios o evidencia física acerca de los requisitos del tipo objetivo que posteriormente deberá entregar en el juicio oral cuando ya tiene efectivamente una teoría del caso para demostrar el compromiso del vinculado ante la existencia de

un comportamiento del cual es autor o partícipe, el cual se adecua a la respectiva descripción típica. Así sucesivamente, con las demás categorías dogmáticas para efecto de denotar con suficiencia los requisitos para una sentencia condenatoria. Por tal razón, la oralidad hace más exigente la planeación por parte del Fiscal delegado, además de la investigación, de la presentación en el juicio oral de cada una de las pruebas que irán convenciendo al juzgador de todos los requisitos dentro de la teoría del delito para finalmente predicar que un acusado, ciertamente ejecutó un delito. Significa esto que mal piensan o argumentan los que señalan que con la oralidad se desplazó a la dogmática; por el contrario la misma debe conocerse bien para que el Estado a través de su representante fiscal quien tiene a su cargo la persecución penal, logre concretar un juicio de tal naturaleza, dentro de un sistema adversarial pues sólo con la precisión de los elementos del delito y una debida metodología podrá salir avante con su teoría, probatoriamente.

En la redacción del tipo penal objetivo, el legislador utiliza entre otros ingredientes, los de tipo normativo, que son frases o expresiones que se añan a los elementos comunes (sujeto, conducta, etc) y que generalmente responden a determinados contenidos jurídicos y/o extrajurídicos para completar la descripción de la acción u omisión prohibida. Es el caso, en el ilícito de la Inasistencia Alimentaria consagrado en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, el término “sin justa causa” condición que se exige de la sustracción al deber de prestar alimentos para que se configure el mismo. Otros lo denominan ingredientes normativos relativos a la antijuridicidad del comportamiento, pues es en esa categoría dogmática donde se sanciona el desvalor de la acción y/o el resultado, siempre y cuando no exista causal de justificación legal. La sede, en este caso para denotar la falta de justificación es en la tipicidad concretamente en el tipo objetivo, en caso contrario, estaremos frente a una conducta atípica.

Concordante con lo anterior, referido al deber de quien regenta la acción penal, como es la Fiscalía, recordemos en que consiste el fenómeno jurídico procesal de “la carga dinámica de la prueba” creado jurisprudencialmente dentro de un sistema de partes o adversarial...

Precisados los dos conceptos como son: (i) el ingrediente normativo extrajurídico del tipo objetivo de la inasistencia alimentaria como es el incumplimiento de la obligación alimentaria “sin justa causa” y (ii) la obligación que le corresponde a la Fiscalía de aportar la prueba que demuestre la existencia del delito conforme a sus requisitos, descendamos al campo probatorio de este asunto en concreto, donde se advierte lo siguiente:

La Fiscalía llevó ante el estrado únicamente a dos testigos. La primera, la señora ESNED NUÑEZ MENDEZ, denunciante, madre del menor sujeto pasivo de la omisión atribuida al acusado quien al ser interrogada por el señor Fiscal, manifestó que aquél no le cancela la cuota alimentaria de \$114.000 desde febrero de 2009 pero no sabe el porqué de su incumplimiento; conoce del fallecimiento de la hija que tenía enferma, hecho ocurrido hace poco; sabe que el procesado reside en Bogotá pero en cuanto a si tiene trabajo, no lo puede afirmar; cuando vivía en el Valle, no tenía un trabajo fijo; estuvo detenido, cree que por cuatro meses; mientras estuvo con ella, siempre cumplió con la obligación; en una ocasión le embargó el sueldo; actualmente recibe la cuota de \$50.000, aunque ella en la diligencia de conciliación no se la aceptó; desde el 4 de octubre de 2011 la viene aportando; le debe desde febrero de 2009 hasta esa fecha de 2011; no sabe qué tiempo estuvo detenido; nunca ha tenido un trabajo estable; no sabe si incumplió voluntariamente o porque no laboraba; cree que por irresponsabilidad; cuando se le pregunta por qué lo cree, responde: “me corchó con la pregunta.”

La segunda, fue la señora MARIA CECILIA VELASQUEZ, vecina de la denunciante y al respecto declara: Ha visto al papá del menor dos veces pero no han tenido trato; ha escuchado de otras vecinas que son más conocidas de la denunciante, que él no le colabora; ella ha contado que le consigna \$50.000 pero no le consta. Conforme a las estipulaciones, en esta materia, la Fiscalía ingresó entre los acuerdos a los que llegaron las Partes, el dar por probado lo sucedido en la audiencia de conciliación fracasada ante la Comisaría de Riofrío el 9 de septiembre de 2011, donde el enjuiciado dijo que se encontraba detenido en la Cárcel Nacional Modelo y apenas hacía 15 días que había salido; ofreció dicha cuota (\$50.000) porque estaba desempleado y tenía a cargo, una niña enferma.

Conforme a dichas pruebas, es evidente para la colegiatura que la Fiscalía, no probó más allá de toda duda razonable, que el señor JORGE ANDRES GARCIA NUÑEZ, se sustrajo a su deber de prestar alimentos *“sin justa causa”*, pues ni siquiera verificó el tiempo que estuvo privado de la libertad ni la actividad a la cual se dedicó entre el mes de febrero de 2009 hasta la fecha en que fue detenido, para establecer que en forma voluntaria y maliciosa éste decidió omitir esa obligación. La misma denunciante en su versión juramentada en el juicio oral, asegura desconocer si durante esa época contó o no con un trabajo en el que devengara más allá de lo necesario para su propia subsistencia. La segunda deponente nada aporta en relación con la teoría del caso de la Fiscalía, es una testigo de referencia que no fue presentada ni aceptada bajo esa condición, por el Juez de la causa como correspondía en tal caso, de darse los requisitos de la ley procesal.

La Sala se abstiene de revisar la denuncia que fuera ingresada ilegalmente por permisión del señor Juez, pues el delegado de la Fiscalía se limitó a mostrarle la firma para que la reconociera, jamás le puso de presente su contenido a efecto de conseguir la certificación del mismo y mucho menos le impugnó credibilidad si era que en dicha oportunidad ofreció datos diferentes a través de los cuales se demostrara dicho ingrediente normativo.

Por otro lado, si acudimos al estudio socio económico realizado por uno de los investigadores del ente acusador también estipulado, queda entonces como probado que averiguaron únicamente las condiciones civiles, con expresa negación acerca de del conocimiento de cuánto devenga o la actividad a la que se dedica.

En tales condiciones, la sentencia del juzgador de la primera instancia es totalmente infundada, parte de premisas falsas, cuando a lo largo de la disertación afirma el A-quo, que la Fiscalía demostró en el juicio *“...que a pesar de tener capacidad económica el enjuiciado, siempre fue negligente, injusto, al no cumplir con la cuota alimentaria...”*; así también que *“...hay certeza plena de como a pesar de estar en condiciones económicas, en forma permanente, suficiente y adecuada....”*, cuando la realidad probatoria es totalmente contraria, pues brilla por la ausencia todo elemento material probatorio o medio de conocimiento sobre dicho elemento del tipo, cuya carga probatoria le correspondía al ente acusador por tratarse de un requisito de la tipicidad de la conducta.

El señor Juez de la causa, incurre en dicha falacia por su yerro de no contrastar sus argumentos con las pruebas; limitándose únicamente a lanzar *“frases de cajón”* sin realizar un análisis de los testimonios de cargo, -que no lo son en la realidad probatoria- de este juicio. Derivar la responsabilidad penal igualmente de la inasistencia del acusado, al punto que hubo necesidad de declararlo *“persona ausente”* dice, es otro desatino, pues tampoco se probó que hubiera podido ser

localizado y éste fuera renuente a comparecer al proceso penal. Por el contrario, fue imposible ubicarlo en alguna de las direcciones aportadas y la señora Esned Núñez Méndez declaró que desconocía la dirección de su residencia, tampoco había vuelto a contactarlo, sin que se pueda entonces aludir la certeza de dicho conocimiento por parte del vinculado.

En ese orden, jamás se demostró entonces, si en verdad el señor JORGE ANDRES GARCIA NUÑEZ, estaba en capacidad económica para proveer a su hijo de la cuota alimentaria o si estuvo privado de la libertad por todo ese tiempo y/o sin posibilidad de trabajo alguno del cual se derivara la afirmación de la condición por él negada y por tanto, la comprobación más allá de toda duda de dicho elemento del tipo objetivo; así también de la única modalidad de la conducta posible para este reato, como es el dolo, es decir el conocimiento del deber de prestar alimentos y su querer de sustraerse al mismo. Por consiguiente, es obvio que la Fiscalía no cumplió con la carga de la prueba y en consecuencia su pretensión de condena debió ser denegada.

Sentencia de segunda instancia (AC-392-13) del 16 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

**NECROPSIA – No es el medio de prueba exclusivo para demostrar la causa del fallecimiento de una persona/HOMICIDIO CULPOSO – Responsabilidad por la invasión del carril de circulación/TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE – La responsabilidad no recae siempre, de manera forzosa, sobre el propietario inscrito del vehículo.**

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

Ley 600 de 2000, artículos 76 y 310.

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

Corte Suprema de Justicia, decisión del 3 de febrero de 2010, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 14600 del 30 de noviembre de 2009, con ponencia del magistrado Orlando Quintero García.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

En materia de pruebas, la certeza de la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado se desprende de la posibilidad de reconstruir los hechos a través de los medios de conocimiento que no podrán entregar una verdad absoluta de un episodio ocurrido, memorizado y evocado a través del tiempo. Sin embargo, a través del análisis de las pruebas, de su estudio sistematizado, el juzgador si puede optar a través de la razón por una de las tesis que aquellas entregan para efecto de establecer si además de su existencia, hay lugar a derivar en contra del enjuiciado, la responsabilidad penal que se le predica.

Para ello el sistema judicial penal no tiene tarifa probatoria, por el contrario acude a postulados de la sana crítica comprobados a través de esos medios de conocimiento, estado de convencimiento denominado *certeza racional*. Este tema fue explicado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal de la siguiente manera:

Frente a la necropsia como medio de prueba, la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia, radicado No. 277 del 26 de octubre de 1994, postura corroborada en los radicados 24696 del 7 de diciembre de 2005 y 40511 del 9 de octubre de 2013) ha recalcado la libertad probatoria, excluyendo de la tarifa, igualmente, la demostración de una muerte violenta. Si bien es cierto es el medio más científico para establecer la causa orgánica de ese fallecimiento que pueda conectarse a la conducta de un tercero, tampoco es exclusivo. Quedan la inspección al cadáver, la prueba testimonial, entre otros, para establecer con ese grado de certeza racional, a qué se debió el fallecimiento de un ser humano.

Desde esa óptica, si el señor Eliseo Valencia García, manejaba una motocicleta y llevaba en la parrilla a su sobrino Julián Stiven Gamboa Valencia, en el momento en que son arrollados por la llantas traseras de una tracto mula que va cargada con varias toneladas de un determinado producto, quedando inertes en la carretera con signos de aplastamiento incluso es de todo el sentido común confluir a que existe un nexo de causalidad entre ese hecho y la cesación de sus signos vitales.

Esto para responderle al defensor de la empresa vinculada como tercero civilmente responsable. Ahora bien, que era importante para establecer sin ninguna duda, si a la hora del accidente, el señor Eliseo estaba sobrio o tenía signos de embriaguez, puede ser cierto pero no determinante para el estudio del asunto porque no hay la más mínima referencia para sospechar que este conductor aportó una causa eficiente al resultado por hallarse en estado de tal índole. Por el contrario se le atribuye a nivel defensivo, a un peatón que se atravesó contra quien colisionó, perdiendo el equilibrio con la mala suerte que cuando cayó al pavimento iba pasando el vehículo pesado involucrado en tan impresionante tragedia. De cualquier manera, si la causa eficiente del resultado fue por la caída del conductor de la motocicleta, y no por factor atribuido a la conducta del procesado, inocuo resulta si estaba o no en estado de embriaguez. A contrario sensu, aun de hallarse en la condición planteada por los togados a nivel de conjetura o de hipótesis, el resultado de la evaluación puede ser igualmente desfavorable al procesado, si esta no constituyó la causa eficiente, pues de no haber sido la caída sino básicamente la invasión de su carril por parte del tracto camión, en nada importa ese hipotético estado, al no ser determinante del resultado.

Aunque para la Sala resulta extraño que después de más de seis años, acuda al proceso una testigo que se dice presencial, conocida de la familia de las víctimas, mientras que en la fase investigativa nunca hubo noticia de ello, así tampoco lo señalaron el padre y la esposa de las víctimas, cuando acudieron al Despacho, a pesar de haberse enterado la declarante ese mismo día de quienes eran los interfectos, le es imposible soslayar la importancia incriminatoria que desde la investigación tuvo el croquis elaborado por el agente de tránsito que posteriormente en sendas declaraciones sustentara la razonabilidad de su inferencia de considerar que la falta al deber de cuidado estuvo radicada en la conducta del señor LOPERA RIOS.

Es así como el servidor público MIGUEL OCORÓ desde su primera declaración aseguró como causa probable del accidente, la invasión del carril del vehículo pesado al que le correspondía y por donde viajaba la motocicleta. La infracción al deber de cuidado por la violación a la norma de tránsito señalada en la sentencia del primer nivel, no pierde relevancia por el hecho de no cumplir la respectiva la motocicleta pues existía una causa para ello y era el mal estado de su vía, donde se constataron huecos que lógicamente debía evadir su conductor. Dicho

deponente mencionó en esta oportunidad que la tractomula registraba un cambio repentino, de carril, de tal forma que es posible representarse como al seguir el rumbo de las dos busetas de cuya existencia igualmente da fe el procesado en su indagatoria, y ante la magnitud del largo del automotor no se percató de la presencia en la vía de los hoy interfectos, quienes una vez cayeron sobre el pavimento los alcanzó al interior de su carril, con las llantas derechas traseras.

La discusión de los Censores se ha centrado en la génesis de la caída de los motociclistas porque el hecho violento es imposible negarlo; empero para la colegiatura aún en el caso que haya sido un peatón quien provocara la caída de los mismos, la causa determinante sigue siendo el incumplimiento de la norma de tránsito por parte del procesado, pues el impacto tuvo lugar en el carril derecho, por donde le estaba prohibido transitar, el cual le correspondía a la motocicleta.

El agente de tránsito al revisar el respectivo croquis, explica en la audiencia pública (folios 448 a 457 del cuaderno original) que la huella de sangre se hallaba en efecto en dicho carril derecho y continuaba en línea diagonal, demarcando el sentido en que siguió moviéndose la tractomula; que existía cierta distancia entre los cuerpos y el separador central; que los occisos quedaron dentro del carril derecho. Por lo tanto, fundada en la razón es su inferencia lógica de que momentos antes, dicho automotor se desplazaba por el mismo carril de la motocicleta, y sin ser testigo presencial de los hechos, tal premisa demostrada a través de las medidas registradas en la escena, da lugar a concluir que al pasarse al carril izquierdo, su contacto con las víctimas se dio en el carril derecho, dado el largo del automotor, deteniéndose a 32 metros, cuando ya se hallaba completamente en su vía.

En consecuencia, independientemente del motivo que desequilibró al automotor menor, como la presencia de un peatón, el ingreso a uno de los huecos de la vía, entre otros, lo cierto es que de haber transitado la tractomula conducida por el procesado, por el carril que le correspondía, el resultado génesis de este proceso penal no habría tenido lugar. De ahí entonces, la certeza de la responsabilidad penal del enjuiciado.

Así las cosas, aún en el evento de prescindir del testimonio de la deponente de visu, quien recrea los hechos en forma idéntica a la advertida por el guarda de tránsito a través de los vestigios encontrados en el lugar del accidente, la credibilidad que este último merece porque desde el punto de vista subjetivo ninguna tacha le asiste, soporta el requisito legal de la sentencia condenatoria emitida por la primera instancia, sin que los argumentos de los recurrentes acerca de una posible compensación de culpas (defensa del procesado); descarte de la testigo presencial in factum; ausencia de la prueba de necropsia, resulten idóneos y suficientes para fundar una duda razonable acerca de la responsabilidad penal del señor Dairon Orlando Lopera Ríos por el delito de Homicidio culposo.

Para la Juez A-quo, bastó colocar en duda la venta del automotor conforme a documento donde se registra el respectivo contrato celebrado entre la misma, a través de su representante legal y el señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA, para condenarla finalmente en forma solidaria al pago de perjuicios. No obstante la relación inserta en dicha prueba documental que fuera entregada al despacho judicial respectivo, surtió efectos en la fase investigativa pues fue a éste último a quien se le autorizó la entrega de la tracto mula, y fue vinculado igualmente como Tercero civilmente responsable.

Es un hecho cierto, lo señalado por la defensa de dicha empresa, acerca de la diferencia en materia del registro para efecto de la tradición entre un bien mueble y un inmueble. En el caso de los automotores, este sirve para publicitar tales negociaciones pero no es óbice para considerar propietario a quien no aparece inscrito y ha comprado el rodante, permaneciendo con el “traspaso abierto”. Pero si en gracia de discusión estuviera tal concepto, lo cierto en este asunto es que la responsabilidad civil se predica de quien ostente entonces su mera posesión con ánimo señor y dueño pues es la persona que tiene un vínculo directo con la actividad a la cual se ha destinado el rodante. Por eso, sin ninguna prueba que lo desvirtúe, no podía la Juzgadora rechazar el dicho del procesado en la diligencia de ampliación de injurada cuando afirmó que trabajaba desde meses atrás con el señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA y ese día como solía hacerlo, llevaba maíz por cuenta de la empresa CARGA ANTIOQUIA S.A

Pertinente es la ilustración que nos entrega en materia de responsabilidad civil extracontractual, la decisión de una de las secciones de la Sala Civil de esta Corporación en los apartes que a continuación se citan:

“ En lo atinente al reparo formulado por el demandado ..., es de considerar que si bien, en principio la titularidad del derecho de dominio sobre el vehículo causante del daño, hace presumir la guarda de la actividad peligrosa, esa presunción es *juris tantum* o de hecho, esto es, admite prueba en contrario, porque bien puede aceptarse que el dueño del automotor demuestre que en el momento del siniestro no tenía la dirección y cuidado de la actividad. Es que, precisamente lo que genera responsabilidad en un sujeto de derecho en materia de actividad peligrosa, es que el mismo tenga la guarda y cuidado de ella, y/o se lucre de la misma, obtenga beneficio del riesgo creado y por esa causa está compelido a resarcir los detrimentos desbrozados del desarrollo de esa conducta, menguas que no tienen por qué padecerlas personas ajenas a la creación del peligro y a los beneficios que la operación produce. Aludiendo al tema, autorizada doctrina estima...

“...Así las cosas, es diáfano que el demandado ... sólo era nominalmente el propietario del automotor que le ocasionó la muerte al señor ..., habida cuenta que se demostró que quien realmente tenía el poder de mando sobre el mismo y obtenía las ganancias de la empresa, era ..., quien valga decirlo, no fue demandado dentro del proceso. En secuela de lo considerado se revocará en punto de este tópico la sentencia revisada, denegándose en consecuencia las pretensiones respecto al señor ..., por falta de legitimación en la causa por pasiva con la consecuente condena en costas a su favor.

Y lo anterior no descaece porque ante la oficina de registro de automotores figure el señor ... como propietario ó, porque haya solicitado la entrega del carro a las autoridades penales luego del accidente, dado que la evidencia anteladamente referida demuestra que el guardián de la cosa y beneficiario de la actividad era otra persona.”

Descendiendo al caso nuestro, además del contrato de compraventa aportado por quien recibió el rodante luego del accidente, el señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA, y de la indagatoria del procesado, no existe ninguna prueba recopilada en la fase investigativa o del juicio pese a las facultades oficiosas en esta materia tanto de la Fiscalía como de la titular del Juzgado que conoció de la segunda etapa, que desvirtúe la condición del señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA en cuanto a ser la persona que tenía en su poder con el ánimo de señor y dueño, administraba y se lucraba del servicio de la tractomula a través de los distintos contratos de transporte, el último con la empresa CARGA ANTIOQUIA S.A, sucursal de Buenaventura, para llevar 36 toneladas de maíz hacia la ciudad de Medellín. Tal dato estaba disponible por cuenta del procesado y únicamente vino a preguntársele en la audiencia de juicio oral; tampoco en la fase investigativa se le interrogó al respecto ni fue escuchado bajo juramento, el llamado propietario.

En estas circunstancias probatorias, improcedente es encontrar acreditada la responsabilidad civil de la empresa INVERSIONES SANDOVAL GOMEZ S. EN C. S; tampoco es posible revocar la desvinculación del señor LUIS ENRIQUE CORDERO MEJIA por cuanto la señora jueza tampoco se percató que desde la audiencia pública del 29 de julio de 2011, fue allegado el certificado de su defunción, ocurrido años después de su vinculación. Tratándose de responsabilidad civil que no es personalísima como ocurre en la penal, sus herederos no fueron vinculados, y por tanto, se imposibilita cualquier pronunciamiento al respecto.

**Sentencia de segunda instancia (P-027-14) del 20 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca las condenas impuestas al tercero civilmente responsable y confirma en lo restante.**

**PRUEBA SOBREVINIENTE – Debe ser desconocida, y no por falta de diligencia, al momento del descubrimiento probatorio.**

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

Ley 906 de 2004, artículo 344.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 38948 del 21 de noviembre de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Conforme a las disertaciones de la recurrente, le corresponde a esta Corporación decidir si para que un elemento material probatorio constituya motivo de “prueba sobreviniente” en la audiencia del juicio oral: (i) basta con que no se tenga conocimiento de su existencia por la Parte interesada o se exime de ese carácter, cuando aquella pudo adquirir el mismo en tiempo oportuno, antes del descubrimiento y del decreto de pruebas en la audiencia preparatoria? (ii) basta con alegar su desconocimiento y las tareas que realizó con resultado negativo para obtenerlo o se requiere que le entregue al Juez de conocimiento elementos materiales probatorios que demuestren su diligencia?

En realidad los asertos de la delegada de la Fiscalía, se alejan de la dinámica de un sistema procesal penal acusatorio pues si a la fase del juicio debe llegar el ente acusador con una especie de “guion” ya preparado, cuya representación logrará ante el Juez de conocimiento con las pruebas decretadas desde la oportunidad

legal prevista, es inatendible que señale, vino a enterarse de la grabación realizada desde el aire, de la escena del delito, a través de las declaraciones de los investigadores, cuando en principio señalaron, tal como se reprodujo por la señora Juez de instancia y la delegada del Ministerio Público, que efectivamente la misma se había realizado.

Se ha señalado y con acierto por la doctrina, que a la etapa del juicio ninguna de las partes puede llegar a improvisar, cada una de ellas debe saber con certeza, cuál es la información que sus testigos van a entregar a través del interrogatorio directo que les realizará; de ahí el contacto previo, indispensable, bien sea a través de los investigadores o del mismo Fiscal, máxime tratándose de funcionarios. Si la regla de la experiencia le ha enseñado a la recurrente que en dicho tipo de operativos se suele hacer uso de la videograbadora, significa que si hubo incuria de su parte cuando dejó de precisar dicha información a su alcance porque la tenían precisamente las personas que descubrió como futuros testigos en la audiencia de formulación de acusación.

Por consiguiente, primero, es de poca credibilidad que tal conocimiento lo haya obtenido ya en la etapa de la causa. Pero si así ocurrió, esto denota su falta de diligencia para obtener un dato a través de una sola pregunta a sus potenciales testigos durante la investigación, de tal forma que habría podido descubrirlo desde la acusación, soportando las dificultades para obtenerlo pese a su esfuerzo y el de sus investigadores, a fin de que tal como se lo señaló la funcionaria judicial de primer nivel, a estas alturas no sorprendiera a la defensa con la existencia de tal elemento material probatorio.

Así, respecto del primer problema jurídico planteado, la respuesta es negativa, pues no basta para efecto del decreto de una prueba sobreviniente que la Parte interesada alegue su desconocimiento, sino que es necesario aducir con grado de credibilidad que por una razón lógica, la desconocía para la fecha en la que realizó el descubrimiento probatorio, así también que dicha ignorancia no le puede ser atribuida por falta de diligencia.

En el caso concreto, la evidencia de la existencia de ese video surgida de la información otorgada por los declarantes de la Fiscalía, con quienes ha procurado enseñar precisamente la conducta supuestamente contenida en esa grabación, elimina la justificación otorgada acerca de haber oficiado a la Armada en procura de conocer de la misma y conseguir su entrega antes de la acusación como debió ocurrir. Esto, porque en aras de la transparencia nada le impedía descubrirla a la defensa como un elemento material probatorio existente, consiguiendo la dispensa de la señora Juez para exhibírselo posteriormente en aras de la dificultad que debe demostrarse, no basta tampoco con el mero dicho en esta materia, pues en un proceso penal, la igualdad se pregona entre Partes y ante las circunstancias aquí destacadas, entre ellas la mencionada por la delegada del Ministerio Público y la ausencia de lógica de la ignorancia alegada, la buena fe debía probarla ante la naturaleza de una prueba en contra del procesado ya en el curso del juicio oral.

La delegada de la Fiscalía, no demostró entonces con la suficiencia requerida el requisito del artículo 344 del Código Adjetivo, pues se infiere de las propias declaraciones de los agentes Edison Chávez, Rubén Darío Cossio y Julio Harrison Garcés quienes participaron en la cadena de custodia del video, que ella tuvo entonces la oportunidad de enterarse a tiempo de la existencia de este elemento y no lo hizo por fallas en el ejercicio de su rol como directora de la investigación; así mismo pudo procurar obtenerlo antes de la acusación y si realizó esfuerzos

para lograrlo, debió ciertamente demostrarlos ante el estrado, para que la judicatura pudiera evaluar si efectivamente eran los necesarios, a efecto de relevarla de toda incuria determinante de esta situación procesal que afecta la defensa del procesado.

Se resuelve en forma desfavorable para la recurrente, los problemas jurídicos planteados a través de su disertación para acceder a esta instancia, motivo por el cual, la decisión recurrida, será confirmada.

Auto de segunda instancia (AC-190-14) del 22 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

**PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – A la Fiscalía corresponde demostrar que el procesado carece del permiso expedido por la autoridad competente.**

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

Código Penal, artículo 365.

#### *CITAS DE JURISPRUDENCIAS:*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 36578 del 7 de noviembre de 2012 y 41279 del 11 de septiembre de 2013, con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

#### *TESIS DE LA DECISIÓN:*

De acuerdo con el planteamiento del censor, debe la Sala establecer si en este caso, se demostró más allá de duda razonable, el ingrediente normativo del tipo penal denominado FABRICACION, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS PARTES O MUNICIONES determinado por la frase “*sin permiso de autoridad competente*”, a través de las pruebas aportadas por el ente acusador, como quiera que le corresponde la carga de la prueba.

En primer lugar, es cierto lo señalado por el recurrente acerca del precedente que rige en esta materia, relacionado con la carga dinámica de la prueba, concepto a través del cual rige la obligación para el ente acusador de demostrar su teoría del caso, más allá de duda razonable, correspondiéndole a la Defensa adelantar lo propio, para desvirtuar los presupuestos con los cuales la Fiscalía pretende sustentar su pretensión de condena. En ningún caso, se trata de invertir la carga de la prueba; cuestión diferente es la libertad que surge en dicha materia, pues basta con que los medios de conocimiento seleccionados por el ente fiscal y practicados en la audiencia pública tengan la idoneidad y la suficiencia para comprobar determinado aspecto relevante para la responsabilidad penal del encartado.

En dicha tarea, es de vital importancia la planeación de la investigación por parte del delegado de la Fiscalía, pues la misma se adelanta con fundamento en hipótesis, que de comprobarse una de ellas, se convierte en la teoría del caso, la cual será demostrada ante el juez de conocimiento en forma organizada, teniendo en cuenta los presupuestos del delito, de tal manera que al desfilan los distintos sujetos de prueba por el estrado, los presente en forma organizada y finalmente en su alegato de conclusión pueda verbalizar de manera contundente, que ciertamente cumplió con lo prometido en la apertura del juicio, como es demostrar la existencia de la conducta, su adecuación en el tipo penal seleccionado en la

denominación jurídica inserta en la acusación, la antijuridicidad del comportamiento y la culpabilidad del acusado.

En ese orden, si nos representamos la labor que la Fiscalía debió cumplir en este asunto, atinente tanto a la planeación investigativa como a la organización probatoria de su teoría para el juicio, de manera que no se olvidara la solicitud en la audiencia preparatoria de la práctica de pruebas necesarias para llevar al juzgador a la plena certeza de haber sido ANDRES MAURICIO GONZALEZ autor del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones, podemos confluir que debió seleccionar un medio de conocimiento para denotar la existencia del ingrediente normativo previsto en el tipo objetivo del artículo 365 como es la acepción “sin permiso de autoridad competente; empero, no lo hizo y terminó por fundar su pretensión respecto a la tipicidad de la conducta, en un discurso a través del cual enteró al juzgador de haber sido el acusado tiempo atrás concretamente el 19 de julio de 2011 aprehendido en flagrancia por el delito relativo al porte ilegal de un arma de fuego, siendo policía activo, pero que se hallaba en libertad para la época de la ejecución de este nuevo reato porque el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tuluá lo absolvió al considerar que siendo un agente del orden no ponía en peligro el bien jurídico tutelado pese a no tener salvoconducto, sentencia que fue revocada con ponencia de esta misma presidente por la Corporación, y en su lugar fue condenado.

Bajo la justificación de la llamada libertad probatoria, fundamentó que así estaba “...demostrando que no tenía permiso para porte...” de arma de fuego, el acusado.

A estas alturas de la vigencia del sistema procesal penal acusatorio es mayúsculo el anterior desatino del ente acusador y del señor juez de la primera instancia, al aceptar tal argumento. ¿Cuál es la prueba presentada por el señor Fiscal? Se volvió testigo a la vez, al denotar una situación que por sí sola en nada acredita que el procesado careciera de salvoconducto para llevar consigo el artefacto bélico específico, utilizado para el día de estos hechos, génesis del presente proceso, no por el que fuera según dijo, capturado en flagrancia en ese otro ya culminado. Es increíble que miembros de la Judicatura en el campo penal, olviden que dicha autorización además de ser personalísima, se expide en concreto para autorizar el porte de determinada arma de fuego; si tiene varias, debe poseerla para cada una de ellas.

En este asunto, el arma de fuego no fue incautada como ocurrió en el anterior episodio por haber sido capturado en flagrancia como lo dijo el señor Fiscal; no se conocen sus características como su número de identificación, por tanto, si el salvoconducto se expidiera en forma general para cualquier tipo de arma, la prueba presentada en esa actuación, serviría para esta, -de haberse traído- pues tampoco lo hizo, el delegado del ente acusador. Se desconoce como se demostró en ese juicio, ese ingrediente normativo del tipo; ha podido ocurrir que simplemente el instrumento tuviera limados los números de seguridad y allí si sería válida la libertad probatoria, pues el mero objeto material del ilícito daría lugar a inferir con absoluta certeza que no poseía autorización para portarla.

Tampoco puede la Sala, bajo el conocimiento que tiene del proceso anterior, certificar tales circunstancias con capacidad probatoria, pues se quedan en el ámbito del conocimiento privado del Juez, sin que hubieran ingresado al juicio en la oportunidad probatoria y conforme a la legalidad debida.

Era exigible entonces para la Fiscalía conforme a sus funciones en este proceso, *la demostración de la inexistencia de salvoconducto para cualquier arma de fuego a nombre de ANDRES MAURICIO GONZALEZ*, de forma que brindara certeza, acerca de que ese día portaba dicho instrumento apto para disparar sin ninguna autorización expedida por la autoridad competente, y por tanto, su comportamiento era típico, adecuado a la prohibición prevista en el artículo 365 del Código Penal. Esto, porque de comprobarse que le figura salvoconducto, quedaría la duda acerca de si la que portaba el 4 de diciembre de 2011, la misma con la cual se ultimó a Efraín Pardo Valencia, y que no fue incautada, era la autorizada.

Fue tal la improvisación en la actuación del señor Fiscal delegado que con la misma retórica cubrió la pretensión de condena por el delito de DISPARO DE ARMA DE FUEGO descrito en el artículo 356 A del Código Penal, de ahí que no se haya percatado de su contradicción pues de estar probado el anterior, no podía configurarse este ilícito pues al tenor de la norma, dicho tipo objetivo demanda el salvoconducto, cuando dispone: “Quien teniendo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego, la dispare...”

Se equivocó igualmente el a quo cuando apoyó su decisión en una sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación sin consultar los hechos, completamente disímiles, pues se trata precisamente de una situación de captura en flagrancia, donde fuera incautada el arma de fuego, luego de una persecución emprendida por la policía debido a la fuga realizada por el actor, primer premisa que unida a su manifestación a los agentes de la policía de no poseer el respectivo permiso, sirvió para establecer este elemento típico.

El señor Juez basó su sentencia en una falacia, pues el argumento de la Fiscalía, por ningún modo constituía prueba del presupuesto de la tipicidad como es la demostración de que el sujeto activo del porte de arma de fuego, adolece del “permiso expedido por la autoridad competente”...

Colofón de todo lo anterior, es la razón que le asiste al impugnante, motivo por el cual se accederá a la revocatoria de la sentencia condenatoria para en su lugar absolver al acusado del delito por el cual fue condenado.

Dicha consecuencia comporta gravedad por la presunta impunidad de una conducta delictiva ante la duda acerca de la tipicidad de la acción cuya materialidad fuera demostrada en este juicio en cuanto a la existencia del arma de fuego apta para disparar y el protagonismo del acusado que sin ninguna hesitación, se estableció, -la llevaba consigo- empero, la misma emerge en forma insalvable por la falta de prueba sobre el ingrediente normativo debido a la negligencia de quien actuó como delegado del ente acusador, pues en este caso, era de concretarse probatoriamente en forma inevitable uno de los dos cargos, y sin embargo devino la absolución; por consiguiente, se compulsarán las copias pertinentes al Consejo Seccional de la Judicatura para que revise la actuación de dicho funcionario y decida si comporta una falta disciplinaria.

Sentencia de segunda instancia (AC-466-13) del 22 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

**FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN – La Fiscalía debe ser clara al describir y concretar los hechos y los cargos en contra del acusado/ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO – Prevalece sobre la declaración de nulidad/ACCESO CARNAL**

**ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS – La Fiscalía no demostró, más allá de la duda razonable, la responsabilidad penal del enjuiciado.**

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

Código Penal, artículos 208, 209, 201, numeral segundo y 212; Ley 906 de 2004, artículos 337, 381, 448 y 457.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 34022 del 8 de junio de 2011 y 41205 del 24 de julio de 2013, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Esta Sala de decisión penal se ocupará de resolver dos problemas: (i) si hay lugar a decretar la nulidad del proceso a partir de la audiencia de formulación de acusación por vicio de estructura y de garantía que afectó el derecho de defensa; (ii) si pese a lo anterior, podría prevalecer la absolución sobre la nulidad, en razón al análisis de las pruebas aportadas por la Fiscalía, en cuanto, no soportó más allá de duda razonable, la responsabilidad penal del enjuiciado.

A pesar de que no fue un argumento de la defensa, la Sala no puede soslayar la revisión de la legalidad de este proceso en punto de la acusación y de su congruencia con el fallo de condena por cuanto es además un tema inescindible a las pruebas practicadas y a su valoración respecto de la responsabilidad penal del procesado en este asunto, que incidirá en la decisión que adopte la colegiatura.

La acusación contra el señor NELSON DE JESUS GARCIA ARENAS se realizó por diferentes acciones, las cuales fueron descritas así:

Primera conducta: “Que la primera relación sexual ocurrió el 14 de mayo de 2009 en el municipio de Riofrío cuando su hija salió con el acusado a ver una casa para la cual se iban a trasladar y estando solos en ese lugar, él la llevó hasta un potrero, le tapó la boca y “abusó sexualmente” (sic) de ella.

Segunda conducta: “La segunda vez que abusó de su hija fue el 26 de mayo de 2009 en Medellín.”

Tercera conducta: En este caso, se agrupan varias acciones bajo la siguiente descripción: “Que desde tiempo anterior su hija venía siendo objeto de abusos sexuales por parte del señor NELSON y como ella ponía resistencia él le tocaba su cuerpo en las partes íntimas de manera violenta, hechos que ocurrían en la casa donde vivían en el municipio de Riofrío Valle.”

Empero, al calificar u otorgarle la denominación jurídica a tales comportamientos, los únicos claramente explícitos, descritos en la tercera conducta, fueron descartados, y se le convocó a juicio por un concurso homogéneo de Acceso Carnal abusivo con menor de catorce años, descrito en el artículo 208 del Código Penal, agravado por el numeral 2º del artículo 211 del mismo Estatuto.

Lo anterior, porque los tocamientos a las regiones íntimas corporales de una persona, corresponden a la descripción típica de “Actos sexuales con menor de

catorce años”, previsto en el artículo 209 del Código Penal. Esto, por la mera razón que no corresponde a la definición del término “acceso carnal” consagrada en el artículo 212 ibidem, por medio de la cual se estableció que: *“Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”*

La pregunta que surge, entonces, es si en la acusación, la Fiscalía delegada describió como le correspondía, circunstanciadamente la acción u omisión que le atribuyó al señor Nelson de Jesús García Arenas para confluir en la denominación jurídica de un concurso homogéneo sucesivo de “Accesos carnales abusivos con menor de catorce años”. Si bien hizo referencia a fechas en la acusación, la primera conducta la hace consistir en haberla llevado a un potrero, taparle la boca y haber abusado sexualmente de ella. En qué consistió ese abuso sexual? Pues dicho término cobija tanto las penetraciones referidas en la definición anterior *-la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto-* como los tocamientos libidinosos o cualquier otro acto que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales distinto a lo que se ha entendido por acceso carnal.

La Fiscalía por lo tanto, usó un término genérico, ambiguo, vago, contentivo de varias actuaciones típicas, pero principalmente dejó de enseñarle al acusado como era su deber, la acción que le endilgaba en forma circunstanciada; exactamente qué fue lo que le hizo Nelson de Jesús García Arenas a la menor XXXX en dicho potrero y después en Medellín: ¿penetró su vagina con su miembro viril o lo hizo por la vía anal, o utilizó otra parte de su cuerpo, en ese caso cuál, o lo hizo con algún objeto? O se limitó a realizarle tocamientos en estas partes para satisfacer su libido último caso que no correspondería a la adecuación típica realizada. Su calificación tampoco correspondería a los accesos u actos calificados como “abusivos” por el legislador sino como “violentos”, de haber mediado fuerza física o psicológica para lograrlo, circunstancia que obra en la deficiente descripción del escrito.

La acusación, sin lugar a dudas es un acto de Parte, y concretamente de la Fiscalía, razón por la cual, ni la Defensa ni el Juzgador pueden entrar a cuestionar en la oportunidad de la formulación, la denominación jurídica que le otorgue a los hechos el ente acusador ni es la oportunidad para revisar si contaba con elementos materiales probatorios que le dieran esa probabilidad de ser el imputado, el autor de determinado comportamiento típico. Por tal razón, irrelevante para la legalidad del acto, sería la errónea calificación jurídica.

Pero también es una realidad que siendo la acusación un acto complejo, compuesto del escrito de acusación y de su formulación oral ante el juez de conocimiento, este último componente tiene una razón de ser, independientemente de las otras solicitudes que para sanear el proceso pueden hacerse en esa audiencia y es la verificación de la legalidad de la acusación por parte de la judicatura pues le corresponde fiscalizar el cumplimiento de los requisitos formales, contenidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, entre ellos, la descripción comportamental con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar relevantes jurídicamente porque tienen vocación de ser ajustadas o tratarse de los elementos de un tipo objetivo, es decir de un delito y de sus circunstancias descritas en el Código de las Penas.

Lo anterior, porque es allí donde la Fiscalía le debe concretar al acusado y a su defensa, cuál es la acción u omisión que se le atribuye con todas sus características de las cuales se deriva determinada adecuación típica, cargo por el que deberá defenderse en juicio, que incidirá en el desarrollo probatorio del mismo y finalmente el fallo, en caso de condena pues el juzgador deberá respetar la congruencia, tanto fáctica como jurídica. La claridad de esta descripción y de la concreción del cargo, es imperativa para el ejercicio del derecho a la Defensa, de la teoría del caso que pueda preparar para ejercer la contradicción en el juicio oral.

En este caso concreto, la señora Fiscal delegada, no delimitó la acusación fácticamente, únicamente lo hizo jurídicamente en relación con los accesos carnales abusivos y la circunstancia de agravación derivada de la particular autoridad o confianza de la cual se pudo aprovechar el victimario, dado su parentesco de afinidad con la menor.

Lo anterior, tuvo trascendencia, pues dificultó la defensa en este asunto, pues incluso se puede denotar como al interrogar en forma directa a la testigo de la Fiscalía, concretamente a la denunciante, la apoderada del acusado, le dice que por favor le señale qué *"...le contó específicamente su hija, porque hasta ahora no hemos sabido que pasó..."*.

El juzgador fue pasivo en su rol de verificador del debido proceso en la audiencia de formulación de acusación, pues tuvo que velar por la legalidad de la misma y no lo hizo, de otra manera, habría intervenido legítimamente para demandar de la delegada de la Fiscalía, la descripción de los dos comportamientos por los cuales le derivó como cargos el concurso de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, siendo evidente su omisión como director de la causa, le pasó inadvertida la falencia de la Fiscalía en relación con el numeral 2º del artículo 337 de la Ley 906 de 2004 cuando ello hace parte tanto de la estructura del proceso como de la garantía de la defensa, que no puede ser convalidada cuando se afecta la misma, en forma material.

Al revisar dicha audiencia, celebrada el 27 de enero de 2011 encontramos que la Fiscalía ante la pregunta de la Defensa de si la primer conducta en verdad se había realizado en un potrero, así lo ratificó y terminó por leer ese aparte del escrito tal cual para concretar la imputación fáctica con la misma indeterminación que trae la palabra "abuso sexual", misma que igualmente usó sin ninguna concreción fáctica excepto por las fechas de ocurrencia (14 y 26 de mayo de 2009) en la audiencia de formulación de imputación. Se itera, el error en este punto por parte de la primera representante de la defensa técnica, no convalida la irregularidad, pues tuvo trascendencia frente a la defensa material del acusado.

Por el tiempo transcurrido desde que opera el sistema procesal penal acusatorio en el territorio nacional, sorprende al Tribunal que aún se cometan yerros de tal entidad y de técnica jurídica en el trámite de la audiencia de formulación de la acusación, pues con ocasión, debe señalarse el error de la Defensa, auspiciado por el A-quo y la misma Fiscalía, como fue solicitar una aclaración fáctica resultante de una confrontación entre la descripción contenida en el escrito de acusación y los elementos materiales probatorios que para el caso, ya le habían sido entregados a la abogada de confianza del acusado. Está visto que en ese momento procesal dicho descubrimiento, opera para efecto del conocimiento de la Defensa, de los elementos materiales probatorios con que cuenta la Fiscalía, y que harán parte de las pruebas cuyo decreto pretenderá en una audiencia preparatoria. Para nada, soportan la legalidad de la imputación fáctica; por

consiguiente no era la oportunidad para ese tipo de reclamación a la cual le dio trámite el Juzgador y respuesta la Fiscalía, reiterando ese ataque en el potrero, como primera conducta, con fundamento dijo, en el dicho de la progenitora de la víctima. Es suficiente, conque se dibuje con las palabras, una situación de hecho comprensible con estadios de tiempo, modo y lugar; la aclaración surgió de la condición farragosa, de la misma descripción que le restó definición.

Ahora, en el específico tópico de la congruencia entre acusación y sentencia, parte del debido proceso penal, demandado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal que reza: *“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”*, fue flagrante la trasgresión del Juzgador de la primera instancia. En efecto, si se regresa al tenor de la sentencia, obsérvese como condena a Nelson de Jesús García Arenas por un acto cometido en una fecha distinta a las señaladas en la acusación, significativo de un hecho nuevo, que no le fuera comunicado en la audiencia de formulación de imputación y por supuesto tampoco en la acusación. Al realizar las consideraciones, se alejó del acápite de los “hechos” y haciendo gala de la misma indefinición de la delegada de la Fiscalía que adelantó la acusación, se refirió a que el acusado en calidad de padrastro, sometió a la menor a “prácticas sexuales”, y finalmente que según la víctima, la primera vez ocurrió en el municipio de Salónica, un once de mayo de 2009, día de la madre, cuando tenía 11 años de edad, por consiguiente una nueva fecha, por tanto una nueva conducta, carente eso sí de toda descripción. Entre otras cosas, tampoco se sabe de dónde sacó tal referencia el señor Juez pues al contrastar la misma con el testimonio de la menor, jamás lo dijo.

A nivel jurídico, igual desatino comete el A-quo, pues siendo la acusación por un concurso homogéneo sucesivo de dos (2) accesos carnales abusivos con menor de catorce años, la sentencia condenatoria, es sólo por un (1) cargo, sin fundamento alguno y sin concreción respecto a los hechos. Aunque en la parte motiva se refiere a un número plural de “prácticas sexuales”, dejó de justificar y de señalar por qué y por cuál de las conductas era qué condenaba.

Así las cosas, es flagrante, evidente, la violación al debido proceso y al derecho de defensa del acusado, en aspectos sustanciales, causales de nulidad previstas en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Podría advertirse que por la línea argumentativa que deviene de los párrafos anteriores, esta Corporación iría directo a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la Formulación de la Acusación siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde un primer pronunciamiento en esta materia; empero ello sería procedente si al revisar el resto de la actuación en punto del debate probatorio, de no hacerlo, la trascendencia de dicha irregularidad sustancial estuviera relacionada con la debida fundamentación de una sentencia condenatoria, en un debate, donde fue sorprendido tanto el acusado como su representante con una atribución fáctica que no conoció en su momento y que tiene la contundencia para confirmar en su contra una condena por dichos cargos.

Pero no es así. La Fiscalía, tampoco probó qué fue lo que le hizo el señor Nelson de Jesús García Arenas a la menor XXXX, de tal forma que acreditara con suficiencia la tipicidad de su comportamiento en sendos delitos de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, o por lo menos, uno de ellos, en el entendido que el señor Juez decidió condenar por único cargo de tal naturaleza.

Al revisar la prueba de cargo, encontramos a un perito sicólogo, el doctor Samir Arturo Alonso Contreras, quien realizó un informe en donde da cuenta de “abusos sexuales” de acuerdo con la descripción que dice, le hizo la menor, alejándose del concepto legal de “acceso carnal” cuando consignó en el mismo: *“La ofendida, se remite en compañía de su madre a la estación de policía del municipio de Río frío, con el fin de poner en conocimiento que ha sido víctima de abusos sexuales por parte de su padrastro Nelson de Jesús García, en ocasiones que ha estado a solas con él, le ha referido esto a su madre biológica por estar ya cansada de los abusos que era sometida bajo amenazas de hacerla abandonar de(sic) hogar.”* Seguidamente, en el acápite de la “versión del entrevistado”, anunció una entrevista anexa, que le tomó a la menor, misma que Fiscalía nunca ingresó al juicio oral, al punto que objetó una pregunta realizada por la Defensa en el turno del contrainterrogatorio, por dicha razón.

En todo caso, tal medio de conocimiento, (testimonio del sicólogo) tampoco enseñó en el juicio qué hizo el señor Nelson de Jesús García Arenas, los días 14 y 26 de mayo de 2009, fechas que fueron concretadas por la Fiscalía, como las de ocurrencia de los “abusos sexuales” y que demarcan el derrotero del juicio en materia de pruebas y de congruencia. Este declarante, se limitó a señalar que no recordaba la narración de la menor, que era extensa pero ni así la Fiscalía se enteró de la idoneidad de este E.M.P para incorporarlo al juicio oral a través, en principio de este testigo de acreditación.

Por la pregunta que le realizara la Defensora, se pudo conocer que en dicha entrevista, la menor en uno de los apartes de la narración se refiere a que en Medellín y en Salónica hubo de parte del procesado tocamientos libidinosos en sus seños y su vagina, por encima de la ropa que llevaba puesta, actos que no están contenidos en la acusación, así también como al parecer del primer acoplamiento sexual, en cuanto haya existido penetración si es que se puede unívocamente llegar a tal conclusión de su manifestación de haber perdido la virginidad, ocurrido en Salónica, cuando se pasó a su cama, aprovechando que su progenitora se hallaba en Medellín, comportamiento también ausente en la acusación.

En esas condiciones, si no se incorporó al plenario la entrevista tomada por el sicólogo a la menor, menos puede tenerse en cuenta un informe psicológico basado exclusivamente en esa diligencia, cuyos pormenores no pudo evocarlos y fue claro en señalar que no tuvo tiempo de realizar un estudio cognitivo de la víctima.

Depende entonces el éxito del ente acusador, a nivel probatorio, de la versión de la menor. Pero increíblemente, al ser escuchada dejó de ser interrogada sobre los presuntos eventos mencionados en las fechas referidas en la acusación así fuera genéricamente, intuidos como accesos carnales. Dijo no recordar las mismas y mencionó sin aportar las circunstancias de modo, que tuvo “relaciones sexuales” con el acusado, pero a cambio de Riofrío y de Medellín, expresó que tuvieron lugar en Tuluá –Valle-, en el año 2009, en la casa o cuando salía con él, sin aportar un solo detalle de tales acciones protagonizadas por el enjuiciado.

En tal sentido, fue deplorable la labor de la Fiscalía en el direccionamiento del interrogatorio a través de la Defensora de Familia. Por manifestación de la presunta víctima, no se describió comportamiento alguno que reúna los elementos del artículo 208 en concordancia con el artículo 212 del Código Penal, y a cambio del consentimiento necesario para que la calificación de “abusivo” dada la edad menor a los catorce (14) años, fue consistente y reiterativa en

predicar que tales “relaciones” las consiguió el actor a través de la fuerza psicológica porque “la chantajeaba” con contarle a su progenitora de tal forma que la expulsara del hogar y en otras ocasiones, -sin precisarlas-, a través de la violencia física, pues la golpeaba en el rostro, con la mano, para vencer su resistencia.

Por consiguiente la Fiscalía no pudo concretar la existencia de “las conductas por las cuales llamó a juicio al señor Nelson de Jesús García Arenas, ocurridas el 14 y el 26 de mayo de 2009” con la declaración de la víctima.

En ese orden, la sentencia condenatoria no puede edificarse sobre el testimonio de la progenitora de la menor, cuya declaración adolece de los mismos defectos y refiere a nivel general otros hechos ausentes de la acusación formulada por la Fiscalía en contra del procesado. Menos, cuando aceptó haber pretendido la devolución de veinte millones de pesos que dijo, siendo ella, se los gastó el procesado, a cambio de retirarle los cargos. En fin, es inocuo cualquier desgaste en relación con esta versión de referencia, que al ser de por sí, legalmente mermada en su grado de eficiencia probatoria para conseguir una sentencia condenatoria, desde el aspecto objetivo del testimonio tampoco comprueba las acciones particularizadas en el tiempo en la respectiva acusación ni aporta los elementos de factum propios de la tipicidad del cargo. Es válida una última acotación: la señora Dora Nelly Sánchez Castañeda señaló que la menor había dicho la verdad únicamente ante el sicólogo. El sicólogo a su vez no pudo evocar su dicho, manifestó se hallaba consignado en la entrevista, misma que la Fiscalía no se sabe por qué razón o por mero olvido, dejó de ingresar al juicio oral.

En consecuencia, fue funesto el papel desempeñado por los señores Fiscales, el cual deja la certeza de la falta de planeación de la investigación y de la organización de la teoría del caso al momento de ser presentada, mediante pruebas ante el Juez de conocimiento.

Los jueces de la república, deben atender a la legalidad del proceso y a las pruebas aportadas por las Partes, alejándose de posiciones “justicieras” basadas en la intuición o en el conocimiento que como en este asunto, se entregaron en forma general, que no dejan duda acerca de su existencia, pero que no corresponden a los comportamientos que enrutaron la etapa del juicio; únicamente respecto de tales acciones podía ser auscultada la prueba, con la demanda de certeza que se consigue a través de las descripciones inequívocas de los delitos por medio de los relatos entregados por los distintos testigos si no se puede acudir a otro medio de conocimiento, pues está visto que el dictamen médico legal nada aportó por tener la menor un “himen elástico”.

En consecuencia, la Sala deberá preferir la absolución del procesado en lugar de retrotraer la actuación, pues eso sería favorecer a la Parte acusadora, dada su pésima actuación en el Juicio oral, pues aún en el caso, de haber definido las conductas propias de un acceso carnal ocurrido los días 14 y 26 de Mayo de 2009 en la respectiva acusación, está comprobado que lejos estuvo de demostrarlas más allá de toda duda, es decir, de aportar el requisito del artículo 381 del Código Adjetivo.

Se obra así, acogiendo igualmente, la postura de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la sentencia del 24 de julio de 2013, radicado 41.205; M.P: José Leonidas Bustos Martínez.

La Sala, compulsará copias ante el Consejo Seccional de la Judicatura, por cuanto la impunidad que surge de la actuación de los señores Fiscales que actuaron a partir de la “acusación” y durante el “juicio oral” debe ser revisada disciplinariamente pues es la hora de exigir la responsabilidad del ente acusador, en resultados como éste, donde existe una clara determinación con su labor como Parte.

Sentencia de segunda instancia (AC-422-13) del 29 de mayo de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

**RETRACTACIÓN DEL TESTIMONIO – No destruye, por sí misma, lo dicho por el testigo/PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO – Certeza de la responsabilidad penal del acusado.**

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 8887 del 9 de noviembre de 1994, 12855 del 25 de mayo de 1999, 14636 del 4 de abril de 2003, 25503 del 27 de julio de 2006 y 33697 del 16 de junio de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Una vez escuchados los distintos testimonios y sopesadas probatoriamente las teorías del caso de la Fiscalía y de la Defensa, se separa la Sala de los argumentos del Censor respecto de la falta de certeza sobre el autor de la conducta consistente en llevar consigo arma de fuego de uso de defensa personal, sin estar autorizado para ello, pues sin hesitación alguna se confluje en que en efecto, tal comportamiento lo ejecutó el procesado y no un tercero, ya fallecido.

Los agentes de la Policía Nacional que realizaron la captura del procesado, realizaron aportes fundamentales para llegar a tal conclusión, distinto a lo señalado por el señor Defensor acerca de que sus dichos configuran dudas y vaguedades, de tal forma que prevalecerían las versiones de los testigos de descargo. Existen premisas fácticas, imposibles de desconocer, ni siquiera controvertidas como son las siguientes:

- a).- Los agentes de la policía escuchan las detonaciones provenientes de un arma de fuego, accionada muy cerca del lugar donde se encuentran.
- b).- Al localizar el lugar de procedencia, hallan en el mismo un vehículo de servicio público con tres personas.
- c).- Es el señor JAIRO ORDOÑEZ MUÑOZ el conductor de ese rodante.
- d).- Debajo de la silla que ocupa como conductor, se encuentra el arma de fuego que ha sido percutida momentos antes.
- e).- Los pasajeros, DIEGO VALENCIA y EVENIDE NARANJO corroboran que tal artefacto le pertenece a JAIRO ORDOÑEZ MUÑOZ quien fue el autor de los disparos que alertó y motivó la presencia de los gendarmes.
- f).- En ese momento e instantes posteriores de la captura, no surge versión contraria acerca de ser otro el propietario, quien la percutiera por tres oportunidades y se alejara dejándola debajo del asiento del conductor.

Las premisas anteriores, dieron lugar a concebir el estado de flagrancia que permitió la aprehensión del hoy sentenciado sin orden escrita de captura, y posteriormente al ser demostradas en la fase del juicio, la razonabilidad propia de un sistema de sana crítica para hallar el valor suasorio de los distintos medios de conocimiento, indefectiblemente a través del método deductivo, permiten establecer que el autor de esa tenencia o porte no autorizada era el acusado y ningún otro.

El señor Defensor se ha esforzado en plantear una serie de hipótesis para lograr justificar por qué el arma aparecía debajo de la silla del conductor, sin pertenecerle a éste; así asegura que al tratarse de un vehículo Coupé, para que se bajaran los pasajeros hubo necesidad de correr el asiento delantero y por ello quedó debajo de la misma, pues el supuesto autor la había arrojado en ese sector del carro. Resulta inverosímil, que ese tercero quien logró esfumarse de la escena hubiera dejado dicho elemento bélico, el cual portaba hasta momentos antes y pese a las graves consecuencias para el procesado, lo encubriera y prefiriera ser privado de su libertad antes que delatarlo en forma oportuna para que fuera perseguido por los policiales.

Contrario igualmente a toda regla de la experiencia, es que sin haber tenido oportunidad de llegar a un acuerdo con los pasajeros, amigos igualmente, éstos también además de guardar silencio en relación con tal personaje, aseguraran que el arma le pertenecía a él como conductor, comprobándose la inferencia elaborada a partir del mero lugar donde fue recuperada por los gendarmes, -debajo de la silla del conductor- atreviéndose incluso a firmar horas después una entrevista en ese mismo sentido.

Por el hecho de hallarla los oficiales, en ese sitio del vehículo conducido por JAIRO ORDOÑEZ MUÑOZ y no en su cintura o en otra parte de su cuerpo, así como tampoco haberle tomado huellas dactilares para posible cotejo con las del capturado, se derrumba el compromiso derivado de las circunstancias fácticas atrás reseñadas como irrefutablemente comprobadas. Dada la entidad de las mismas para el esclarecimiento del caso, como las entrevistas de los testigos presenciales, simplemente fue descartada dicha prueba técnica, y tal omisión es irrelevante para desvirtuarlas, mucho menos cuando tampoco fue usada por la Defensa para denotar la ausencia de las huellas del procesado y por tanto la imposibilidad de haber sido él, quien segundos antes a la presencia de las autoridades, la percutiera por tres veces.

La pericia de la absorción atómica ha sido revaluada dado los falsos positivos y negativos que arroja, de tal manera, su ineficacia para la contundencia probatoria reclamada por el disidente.

Ahora bien, pretende la Defensa que las circunstancias destacadas como probadas en este asunto, se desconozcan en atención a los testimonios de descargo, cuando la credibilidad de dichos testigos fue impugnada con éxito, al aceptar que dijeron lo contrario en sus entrevistas y vinieron al juicio a retractarse de tales manifestaciones, que en principio, respaldaban la acusación.

En esa óptica, desde un punto de vista objetivo del análisis del testimonio, al analizar la versión anterior de los deponentes DIEGO VALENCIA OSSA y MARIA EVENIDE NARANJO con la declaración rendida en el juicio oral, desde el punto de vista de la verosimilitud por la razón inicialmente plasmada, la modificación en el señalamiento del autor del ilícito, no puede ser acogida. Tampoco, cuando

incurren en contradicciones respecto de la forma como ocurrieron los hechos pues mientras la señora dice que del rodante se bajó tanto el conductor como ese tercero ahora incriminado, su esposo asegura que únicamente lo hizo el último. De haber sido el actor del delito contra la Seguridad Pública el señor Ity Iván Garavito Cerón, si emprendió la fuga después de accionar el arma de fuego, se la habría llevado consigo, o se hubiera desasido de la misma en ese tránsito, incluso de haberse devuelto al vehículo la hubiera arrojado a la parte que ocupaba pues en la del conductor, éste se hallaba sentado, al punto es así desde la tesis del Censor, que dijo, el arma quedó por debajo de su asiento, cuando él lo corrió para que los ocupantes, se bajaran. De la misma forma atestan los agentes de la policía quienes después de los disparos advierten la presencia del rodante, detenido a una cuadra del lugar donde se hallaban y encontraron sentados a los tres ocupantes, incluyendo al procesado. El arma entonces no habría caído al piso como lo aseguran.

Pero si en gracia de discusión estuvieran tales disquisiciones, lo cierto es que desde el punto de vista subjetivo, la teoría del caso de la Fiscalía en relación con el valor de tales testimonios es indiscutible, A través de su narración, quedó plasmado el vínculo de amistad que les asiste con el enjuiciado, más no con el tercero finalmente implicado, de quien adveran, además está muerto para la fecha. Está claro que al ser sorprendidos por los patrulleros de la policía, ninguna coartada alcanzaron a construir; más con paso del tiempo y el pesar de ver a su amigo privado de la libertad y ad portas de una condena por tantos años, decidieron salir en su defensa, colocando en la escena a otro sujeto, como autor del reato.

Por ese mismo lazo de amistad que tienen con el procesado, es de ninguna credibilidad que al instante de la presencia de la policía, fueran a incriminarlo falsamente, diciendo que él tenía el arma, y él realizó los disparos. Tal situación sólo es razonable en honor a la verdad de lo que manifestaron el día del acontecimiento, pues por temor que hubieran sentido, se habrían abstenido tal vez de entregar la identificación del otro sujeto pero para nada habrían guardado silencio ante la inminente captura del hoy sentenciado. Mucho menos, el propio implicado iba a favorecer la suerte de ese cuarto sujeto, supuesto ejecutor de la materialidad de la conducta delictiva.

En esa línea de pensamiento, la Sala rechaza la postura del recurrente y considera acertado el pronunciamiento del primer nivel, en cuanto tener por demostrado más allá de toda duda que el señor JAIRO ORDOÑEZ MUÑOZ es responsable del delito contra la Seguridad Pública, atendiendo las manifestaciones que los deponentes hicieron en la entrevista a la Policía nacional y no en el curso del juicio oral.

**Sentencia de segunda instancia (AC-432-13) del 6 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.**

**HOMICIDIO – Es coautor, y no determinador, quien tiene dominio funcional del hecho y participa de manera activa en la ejecución de la conducta/FISCALÍA – No puede, en los alegatos de conclusión, aumentarle a la acusación hechos nuevos jurídicamente relevantes.**

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

Código Penal, artículos 9, 25, 31, 51, 61, y 104, numerales cuarto, séptimo y décimo; Ley 906 de 2004, artículos 381 y 448.

### CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2685 del 16 de marzo de 2011, 32370 del 4 de mayo de 2011 y 41725 del 11 de septiembre de 2013.

### TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Sea lo primero señalar que el abogado defensor de este procesado, se refiere a circunstancias modales respecto de las cuales dejó de aportar prueba para ser consideradas, tales como: que FERNANDO MORA SANCHEZ se hallaba en “avanzado estado de embriaguez”; que el hoy occiso “al parecer llevaba un arma de fuego”, y lo golpeó “brutalmente”. A contrario sensu, tales estadios ni siquiera resultan soportados a través de inferencias lógicas realizadas a partir de los hechos que no tuvieron controversia; pues tal estado de obnubilación le habría impedido al procesado acudir presuroso donde se hallaba el señor JORGE VILLAFANE una vez herido, para golpearlo hasta hacerle perder el conocimiento; de contera tampoco demostró lesión alguna a partir de la reacción que tuvo la víctima cuando intentó detenerlo de seguir golpeando el rodante donde llevaba a sus pequeños hijos.

Atacó la tipicidad objetiva, desde el título de determinador o de coautor de los delitos (2) contra la vida, cargos que le hizo la Fiscalía en la acusación y el alegato de conclusión, afirmando la ausencia de pruebas para establecer que con el menor de edad FRANCO MALDONALDO, autor material de los reatos, hubo unidad de designio a través de instigación, mandato, inducción, orden o convenio previo, para lo cual controvierte básicamente el aserto de haberle pasado su defendido al adolescente, el arma de fuego, como lo señaló la testigo de cargo y lo aceptó el A-quo, cuando según el único testigo de la Defensa, aquél la tomó de la guantera del carro de MORA SANCHEZ cuando vio la agresión de la que era objeto por el agente LEMOS CORTES.

Tal condición fáctica tampoco puede aceptarla la colegiatura, porque su oposición a la prueba de cargo fue parcial, en cuanto señaló que así lo dijo la ofendida MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS al ser sugestionada por una pregunta dirigida en tal sentido por la representante del Ministerio Público, pero olvidó que el señor JORGE VILLAFANE se quedó en el carro inicialmente al frente del Renault cuatro conducido por el procesado y jamás observó al menor de edad acercarse a dicho lugar para extraer el artefacto bélico; por el contrario lo vio venir del grupo donde se hallaban sentados, lo vio acercarse hacia donde MORA SANCHEZ había ocasionado el problema “con el arma de fuego en la mano” al punto que cuando lo advirtió, se hallaba de pie recostado en la puerta trasera del rodante y de inmediato avanzó hacia la víctima con el afán de advertirle pero llegó primero el agresor y observó el fogonazo dice, propio del disparo que le dirigió a la cabeza.

Dicho declarante fue contundente en tal sentido y aunque no dijo como si lo hizo MARIA LILIANA AGUILERA de haber visto a MORA SANCHEZ pasarle “algo” antes de dirigirse al carro, tal referencia es inocua pues se llega a la misma inferencia a partir de las tres premisas fácticas demostradas: (i) el arma de fuego con la cual se atentó contra la vida de FERNANDO LEMOS CORTES y MARIA LILIANA AGUILERA (hechos relevantes para la acusación), pertenecía al procesado FERNANDO MORA SANCHEZ; (ii) Este acusado, se encontraba momentos antes en el mismo grupo donde estaba el menor de edad, de ahí salió para ir a prender el carro y comenzar a estrellarlo contra el rodante de quienes ya abandonaban el sitio; (iii) el menor de edad sale del grupo y realiza los distintos disparos con la

*mencionada arma de fuego y obtuvo los resultados, génesis de este proceso penal.*

Es lógico que si el arma de fuego fuera del menor de edad, tal inferencia lógica sería imposible, de acuerdo con la pregunta del Censor. Pero así como nada de esto hubiera sucedido sin el acto de provocación del enjuiciado, existe esa realidad probatoria, que se desprende de las condiciones modales expuestas como probadas, e impone atender la conclusión deductiva de haber sido MORA SANCHEZ quien aportó el arma de fuego con la cual se ejecutaron los ilícitos.

Ahora bien, a partir de esa solución irrefutable acerca del origen del arma de fuego, correspondería revisar de acuerdo con la tesitura del recurrente si se equivocó el señor Juez de la primera instancia, al inferir el acuerdo de voluntades entre FERNANDO MORA SANCHEZ y el menor de edad FRANCO MALDONADO para la comisión de los delitos que aquí nos ocupan. En este campo, el señor Defensor dejó de controvertir el análisis realizado por el juzgador a partir de la situación previa por medio de la cual, se demostró el interés de estas dos personas de hacerse notar o tener contacto con el sujeto pasivo FERNANDO LEMOS CORTES a quien se acercaron para presentarse y sin ningún otro cambio de palabras, alejarse el acusado con el comentario de caerle mal a las personas, acontecimiento que unido al posterior desenlace le sirvió al juzgador para estimar que no fue inopinado, coincidental, accidental su comportamiento de chocar el carro contra el otro rodante para exacerbar los ánimos del sujeto pasivo, finalmente ultimado por el menor con el arma de fuego de propiedad de aquél.

A partir de la entrega del arma de fuego que hace FERNANDO MORA SANCHEZ al autor material, misma con la cual instantes después procede a la ejecución delictual, además de los estadios fácticos reseñados, aceptados incluso por el Censor, así fuera desconociendo el ánimo de agresión, se alegan los elementos de la Determinación, o de la Coautoría, postura de la Sala a concretar más adelante. En el primer tópico, serían: (i) vínculo entre la conducta principal y la acción del determinador consistente en la entrega del arma de fuego, instrumento material de ejecución de los reatos y la provocación hacia los ofendidos pues no se trató de accidente alguno el choque insistente del carro, si así hubiera sido, simplemente se lo habría expresado MORA SANCHEZ a LEMOS CORTEZ cuando éste lo increpó; sin embargo previa actitud burlona volvió a retroceder el Renault para dejarlo ir otra vez contra el Mazda tal como lo describió MARIA LILIANA AGUILERA SANCHEZ; (ii) la presencia del dolo en su comportamiento dirigido a la consumación del hecho principal. En efecto, desde su presentación ante el sujeto pasivo; su conducta agresiva al chocar el rodante en varias oportunidades, la entrega previa del arma de fuego al autor material y su comportamiento posterior a la actuación criminal del menor de edad, incrementando la acción lesiva para uno de los lesionados, permite establecer dicho acuerdo de voluntades en unidad de dolo o designio frente a los delitos cometidos; de ahí también, (iii) la idoneidad de su acción para demandar la resolución en el actor material de cometer el hecho; (iv) dicha acción determinada alcanzó el grado de ejecución, cumpliéndose el principio de accesoriedad limitada y (v) MORA SANCHEZ no tendría el dominio de la ejecución de los injustos, de ahí por qué no se trataría de un coautor.

En el caso contrario, tal como lo modificó la Fiscalía en el alegato de conclusión aparte al cual no le dio respuesta el señor Juez, en caso de la Coautoría, por codominio funcional del hecho de acuerdo con una división de trabajo, previo el acuerdo común para matar a FERNANDO CORTES LEMOS, y a su esposa (de acuerdo con la acusación), estaría dado por el papel esencial que jugó

FERNANDO MORA SANCHEZ en el plano de la ejecución de la conducta punible, pues si bien entregó previamente el arma de fuego con la cual se debía concretar las acciones homicidas, su rol consistente en crear el problema que aparentemente “justificaría” la agresión del menor y “aseguraría” el factor sorpresa para conseguir el resultado, hizo parte esencial del plan, de la fase de ejecución, para que el actor se acercara y les disparara, siendo así una pieza fundamental dentro de la realización, de ahí que pueda decirse, que si tuvo “dominio funcional del hecho” y por lo tanto es coautor y no determinante.

El representante de la Fiscalía, sin ninguna explicación pese al desistimiento del primer delegado de la agravante del numeral 10º del artículo 104 del Código Penal realizada en el escrito de acusación que fijó al inicio, la competencia para conocer del juicio, en un Juzgado Penal del Circuito Especializado, insistió luego en esta denominación jurídica ante el Juez Primero Penal del Circuito de Tuluá, en forma contradictoria e ilegal frente a su primer homólogo y luego según lo enseña en su alegación como recurrente, la modificó en su teoría del caso y en el alegato de conclusión por las descritas en los numerales 4º y 7º de la misma disposición, también para el segundo de los acusados, le agregó la dispuesta en el numeral 2º ejusdem, pero insiste en las primeras ahora, para que la sentencia condenatoria sea modificada por el reato de Homicidio agravado.

Una de las formas del debido proceso, que hace parte de su estructura y de las garantías para el procesado es la congruencia entre acusación y sentencia desde tres ámbitos: personal, fáctica y jurídica; dentro del sistema normativo privilegiado por la interpretación que del artículo 448 ha dado nuestro superior funcional, máximo órgano de administración de justicia el cual responde al concepto de doctrina universal, definida así: *“La teoría normativa aparece como más fundada y segura y ha tratado de imponerse con general asentimiento de la doctrina, conteste en que sin un especial enfoque jurídico penal del hecho no cabe una plena identificación procesal del mismo. Muchos de los factores naturales pueden decaer o cambiar de signo, y en el suceso, ya individualizado merced a su entronque sustantivo, sigue igual a sí mismo desde el punto de vista del proceso penal.*

(...)

*Ese objeto normativo se corresponde con un elemento formal de la parte especial del Código, y una vez detectado en el hecho al que la denuncia penal se refiere ha de repetirse en la versión que del mismo acepte la sentencia resolutoria.”*

El anterior distinto al sistema naturalista de correlación entre acusación y sentencia, en el cual *“...se trata de proyectar la actividad procesal sobre un “trozo de vida” apreciado en su integridad, en esa unidad que trasciende de la cohesión finalista de los diversos factores concurrentes. Conforme a él, como resume Gómez Orbaneja- el objeto individualizador de la acción penal no es un “tipo” o figura delictiva, puesto que cabe pasar de un tipo a otro sin romper la identidad del hecho. El objeto identificador de la acción es un factum y no un crimen o figura estereotipada, y ello supone que el traspaso por el Tribunal de un tipo a otro, en tanto en cuanto permanezca inmutable el hecho, es algo factible y normal que deja a salvo el correlato.”*

Así, las cosas, la Fiscalía no podía en el alegato de conclusión, aumentarle a la acusación, nuevos hechos jurídicamente relevantes, como fuera haber actuado MORA SANCHEZ por motivo abyecto o fútil, establecido en el numeral 4º del artículo 104 del Código Penal o haber colocado a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación, consagrado en el numeral 7º, ibidem. De la misma forma, para JAIRO ANTONIO VELEZ GUISAO por

el numeral 2º de esa misma norma, en cuanto atacó a MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS para facilitar o consumir otro hecho punible, el homicidio, según lo dijo el delegado, en los alegatos de conclusión.

Tales tipos penales subsidiarios que agravan la punibilidad del delito base tienen soporte en aristas nuevas de la conducta por las cuales resultaría sorprendido el procesado y su defensa conforme a la acusación formulada oralmente, a partir de la cual estructura su teoría del caso y en ella se funda su solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria. De tal manera que no puede sorprenderse con nuevas circunstancias y calificaciones jurídicas que agravan su situación en el alegato conclusivo, posterior a la práctica de las pruebas.

En el mismo sentido, ocurre con el cargo de HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, el cual equivocadamente refunden en uno solo, tanto la Fiscalía como el Ministerio Público al referirse a un solo cargo con dos ofendidos, cuando se trata de bienes jurídicos diferentes por sus titulares: la vida de MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS y la vida de JORGE VILLAFANE por comportamientos ontológicamente separables. En consecuencia, se trataría de un concurso material homogéneo sucesivo de dos delitos de HOMICIDIO en grado de TENTATIVA, siendo el último, descartado de la denominación jurídica otorgada a las conductas definidas en sede de la acusación.

Ciertamente, al remitirnos a la audiencia de formulación de acusación celebrada el 14 de diciembre de 2011 ante el Juez Primero Penal del Circuito de Tuluá, tales circunstancias de agravación no le fueron imputadas a los coacusados ni fáctica, ni jurídicamente. Tampoco la Tentativa de Homicidio cometida contra JORGE ANDRES VILLAFANE SILVA, si bien se hizo una mención fáctica, no se le concretó el cargo. Tan cierto es, que en dicha audiencia, la Fiscalía anunció que había nombrado como defensor de las víctimas de ese proceso como eran los señores FERNANDO LEMOS CORTES y MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS al doctor William Peña Sabogal, quien de igual manera se presentó y se le reconoció personería para que actuara en dicha diligencia. Si posteriormente revisamos el recaudo probatorio, distinto a lo ocurrido con la fémina citada, a dicho sujeto pasivo ni siquiera se le remitió a Medicina Legal para establecer pericialmente la lesión que dijo sufrió esa noche. Y si bien ha podido tenerse su testimonio como prueba para fundar el cargo, al escuchar el alegato de conclusión del señor Fiscal únicamente sustentó el homicidio tentado de AGUILERA ROJAS, para nada el de VILLAFANE SILVA respecto de quien no hizo análisis probatorio jurídico como víctima de un conato contra su vida, dada por ejemplo, la gravedad de la lesión, manifestaciones anteriores y/o posteriores, repetición en el golpe, actuación posterior del procesado, entre otras; ¿en tales condiciones, cómo podría pregonarse la congruencia entre acusación y sentencia, si se le condenara igualmente por dicho reato? En definitiva, la acusación no contuvo dicho cargo, por consiguiente deberá la Fiscalía iniciar la investigación respectiva.

Para terminar con la situación jurídica de este sentenciado, queda por analizar la pretensión de la Fiscalía y de la delegada del Ministerio Público para que se le condene por el concurso de delitos por los cuales fue convocado a juicio, que de ser posible, será en su modalidad simple, como lo vislumbró el señor Juez del primer nivel por las razones antes anotadas. Se trata del concurso homogéneo sucesivo contenido en la acusación entre la conducta que terminó con la vida de FERNANDO LEMOS CORTES y la que en forma unívoca e idónea puso en peligro la de MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS, ambas por el mismo menor de edad, con quien se predica un acuerdo de voluntades con este procesado, de forma que

deba responder a título de Determinador o de Coautor como finalmente lo modificó el ente acusador.

Tal como lo recalcó la delegada del Ministerio Público, el Juzgador olvidó hasta su propio recuento probatorio realizado en los antecedentes de la sentencia, pues si se atuvo al dicho de la testigo de cargo, -ofendida- e incluso al de VILLAFANE SILVA, el menor de edad atentó contra ella, antes de que la misma pudiera reaccionar alcanzando el arma de fuego de la pretina del pantalón de su esposo quien yacía en el suelo. Dijo la señora AGUILERA ROJAS que una vez le disparó a su esposo, de inmediato hizo lo propio con el amigo que los acompañaba antes citado y seguidamente con ella, haciendo blanco en su espalda momento en el que cayó con su hijo en brazos y se apoderó del instrumento bélico con el que respondió el ataque del menor, consiguiendo herirlo, de modo que fue posible su posterior captura, en estado de flagrancia. Por tanto, no fue producto de una acción de resistencia del menor frente a la defensa de la víctima, al punto que se tenga obró por su cuenta y riesgo. En todo caso, el comportamiento posterior del acusado respecto de uno de los heridos (a quien le dio puntapiés hasta verlo desfallecer), así no esté contenido como se dijo en los cargos, si da lugar a inferir que compartió la acción lesiva del autor material contra los acompañantes de LEMOS CORTES. Por lo menos, pudo representarse como probable que al estar acompañado, podía existir alguna acción de defensa de parte de aquéllos y tácitamente aprobó la agresión del protagonista material contra sus vidas, pues no otra cosa se infiere de haberse levantado del suelo para incrementar la acción lesiva contra el amigo de la pareja.

En este punto debe clarificarse que la Sala opta por el título de Coautor en lugar de, Determinador, básicamente porque la conducta de MORA SANCHEZ tuvo lugar igualmente en el plano de ejecución de las conductas punibles, de tal forma que puede afirmarse su codominio del hecho. El Determinador como su nombre lo indica es quien hace nacer la idea criminal o la refuerza hasta impulsarlo a su ejecución pero no participa en la fase ejecutiva, mediante una repartición de trabajo, de forma que de representarnos la eliminación del aporte de este enjuiciado, muy seguramente el menor FRANCO MALDONADO tampoco habría accionado el arma de fuego, de la forma vista.

Por ese mismo sendero, completamente ajeno a este asunto es la figura de la coautoría por la cadena de mando, mencionada en la jurisprudencia citada por el Fiscal recurrente, propia de aparatos organizados de poder, pues además de haber evolucionado al campo de la “autoría mediata” de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia en decisiones posteriores a la usada por el delegado del ente acusador (radicado 32.805, sentencia de primera instancia del 23 de febrero de 2010; radicado 32000, sentencia de segunda instancia del 14 de septiembre de 2011; radicado 38250 del 26 de septiembre de 2012; radicado 40830 del 22 de mayo de 2013) en este caso pese a que se mencionó que los procesados hacen parte de la organización de “Los Rastrojos”, no se trató de la orden que se transmite desde un superior a través de mandos medios hasta llegar a quien la realizará que tiene la característica de ser fungible, porque puede ser fácilmente sustituido, quien no recibe la orden directamente de quien la emanó. A contrario sensu, aquí hubo acuerdo de voluntades previo entre ambos sujetos, MORA SANCHEZ y el menor de edad FRANCO MALDONADO y existió participación activa de ambos en la ejecución de la conducta típica.

Colofón de todo lo expuesto, es la responsabilidad penal del señor FERNANDO MORA SANCHEZ por el concurso material homogéneo sucesivo de dos

comportamientos calificados como HOMICIDIO y Tentativa de HOMICIDIO, siendo ofendidos FERNANDO LEMOS CORTES y MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS, a título de Coautor. Esto porque no alegó ni se advierte causal alguna que lo exonere del juicio de responsabilidad por eliminación de la antijuridicidad o de la culpabilidad de sus acciones típicas.

La Defensa del señor JAIRO ANTONIO VELEZ GUISAO, pone en vilo la credibilidad de la declaración de la señora MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS, al señalar que aquélla mintió respecto del reconocimiento que hizo de su prohijado, como el sujeto que intervino desde el parque a favor de los coautores disparándole para impedir su acción defensiva. Lo hace desde el punto de vista objetivo al asegurar que aquélla no pudo haberlo observado porque se hallaba en el suelo y por tanto, los dos carros que quedaron estacionados le impedían la visibilidad.

El Tribunal no acoge tal planteamiento porque recordemos que el señor FERNANDO LEMOS CORTES llegó hasta el rodante que lo embestía a la altura del conductor para preguntarle qué le pasaba, y en ese lugar en donde se suscita la confrontación con FERNANDO MORA SANCHEZ mientras el menor infractor avanza por detrás y a último momento se le pone adelante para dispararle en la frente, inmediatamente dirige y acciona el arma contra JORGE ANDRES VILLAFANE SILVA a quien le propina un disparo a la altura de la ingle en su pierna izquierda y luego a MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS por el cuello quien dice que en ese instante cae sobre las piernas de su esposo, le quita el arma que llevaba en su cintura y le dispara al menor en quien hace blanco. Es ese el segundo en el que advierte a un tercer francotirador desde el parque, de quien dice recibió dos disparos porque ya el menor estaba herido, y por tanto fue quien la lesionó con el doble impacto, ambos llegaron hasta su cuerpo. La visibilidad desde ese punto era posible, pues el Renault cuatro, tenía características especiales: descapotado y sin puertas, ubicado sobre el pavimento mientras que ella se hallaba sobre el andén. Además el tercer agresor JAIRO ANTONIO VELEZ GUISAO se hallaba de pie. Condiciones como éstas, permiten la confiabilidad de su dicho, desde esta perspectiva objetiva, es decir desde las posibilidades de percepción que efectivamente tenía, de la fisonomía de este acusado, además cuando únicamente los separaba el ancho de la calle, es decir que accionó el arma de fuego a una potencial distancia para conseguir el resultado visto.

El testimonio de MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS es suficiente a pesar de ser único para acreditar el porte del arma de fuego por parte del acusado JAIRO ANTONIO VELEZ GUISAO, pese a la negligencia del ente instructor de aportar la prueba sobre la ausencia de salvoconducto bajo el argumento errado de que al haber sido ya sancionado por dicho delito, se presumía la falta de permiso, como si los mismos se expidieran en forma general para todo tipo de arma de fuego de uso de defensa personal. Por consiguiente, tampoco es de recibo la crítica de la Defensa por tratarse de una testigo solitaria sobre dicho acontecimiento, pues está visto que nos asiste en materia probatoria un sistema de persuasión razonable o de sana crítica, contrario a de la tarifa probatoria.

La Sala, desea recalcar en la credibilidad de la testigo en relación con el señalamiento que le hace a JAIRO ANTONIO VELEZ GUISAO, desde el otro punto de vista de análisis del testimonio echado de menos en el estudio realizado por el Censor, tal vez por la imposibilidad de realizarle tacha alguna. Se trata del subjetivo, en cuanto a si se ha denotado un interés por la señora MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS de involucrarlo subrepticamente, en un hecho que no ha cometido, asegurando su presencia y la conducta descrita en el sitio de los hechos de manera contraria a la verdad.

Por el contrario, fue ella la primera en apartarlo de toda responsabilidad por el delito de HOMICIDIO cometido contra la vida de su cónyuge, al sacarlo del grupo donde se hallaban tanto el menor de edad ejecutor material del reato como MORA SANCHEZ –coautor- previamente en el lugar del insuceso, cuando advirtió ante el estrado que lo vio únicamente cuando este crimen se había consumado y ella disparaba contra el protagonista. También reveló a su favor, aunque sin consecuencias jurídicas para eliminar el cargo o degradarlo, que al verla se sorprendió, y dejó de repetir la agresión en su contra. Esto enseña la imparcialidad de la testigo y su afán de ceñirse a la verdad respecto del comportamiento ejecutado por aquél en la escena del crimen, dejando sin soporte probatorio el cargo de la Fiscalía contra este acusado también por el homicidio consumado.

De ahí el por qué no tiene éxito la pretensión de la Fiscalía que sin mayor estudio, diferente a traer una desusada teoría de la responsabilidad penal en aparatos organizados de poder que aquí no quedó demostrada, y que aún en el caso de haber pertenecido los procesados a la organización criminal “Los Rastrojos” tampoco se darían los requisitos de la misma, pues aquí hubo participación directa y esencial a manera de distribución de funciones de quien ubican como el jefe de ese comando, el señor FERNANDO MORA SANCHEZ, mientras que respecto de JAIRO ANTONIO VELEZ GUIAO tal como lo enseñó el Juzgador, los testigos de cargo le eliminaron cualquier compromiso en la fase ejecutiva de dicho delito. Tampoco en relación como ya se dijo con la Tentativa de Homicidio respecto de JORGE ANDRES VILLAFANE SILVA, por tratarse de un cargo, ausente de la calificación jurídica, de la acusación, que vulneraría el principio de congruencia del cual se acordó a última hora el delegado de la Fiscalía, pues no lo hizo como le correspondía en la audiencia de formulación de acusación, tal como se reseñó, en la cual se le dio lectura al escrito de acusación deficiente en ese punto. Avaló este aserto, la actividad probatoria de la Fiscalía en el juicio oral y el alegato de conclusión pues tampoco hay un análisis individual, fáctico, probatorio y jurídico por este ilícito.

Pero sí, en contra vía a la aspiración de la Defensa técnica, por lo expuesto en materia de prueba acerca del compromiso sobre la responsabilidad penal de JAIRO ANTONIO VELEZ GUIAO por la TENTATIVA DE HOMICIDIO cometido en contra de MARIA LILIANA AGUILERA ROJAS, se confirmará la sentencia condenatoria, pues la colegiatura encuentra que su testimonio reúne el presupuesto demandado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 sin atender la tesis del in dubio pro reo en sede de la tipicidad objetiva, concretamente –la autoría- debatida por el recurrente.

**Sentencia de segunda instancia (AC-404-13) del 13 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: modifica el numeral primero de la sentencia apelada, revoca el numeral cuarto y confirma en lo restante.**

**FACTURAS DE COMPRAVENTA – El acusado, aunque tenga la calidad de comprador, no puede introducirlas al juicio.**

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

Ley 906 de 2004, artículos 425, 426 y 430.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30214 del 17 de septiembre de 2008 y 31357 del 23 de junio de 2010.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

De acuerdo con la disidencia planteada por la delegada de la Fiscalía, nos corresponde establecer si en este asunto, la Jueza A-quo obró conforme al debido proceso al decretar la prueba documental consistente en la introducción de facturas de compraventa a través del acusado quien figura como comprador, cuando no fue quien expidió las mismas.

Además de lo establecido en los artículos 425 y 426 de la ley 906 de 2004 acerca de la autenticidad de los documentos, para el caso de naturaleza privada, y su forma de aducción al juicio oral a través de un testigo de acreditación que dé cuenta de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido, existe precedente a nivel jurisprudencial pues son varias las decisiones del órgano de cierre de la justicia penal ordinaria, en el mismo sentido...

Descendiendo al caso en concreto, los argumentos de la funcionaria judicial del primer nivel, son atinentes a la pertinencia de la prueba en cuanto sirve para hacer más o menos probable, la actividad a la cual se dedicaba el acusado para la época en la cual se le atribuye ser un miliciano de la guerrilla de las Farc; pero la discusión planteada por la delegada de la Fiscalía es acerca de la aducción de esos facturas en el juicio oral, trámite que tiene un debido proceso, el cual fundó ciertamente en el artículo 426 del actual Código de Procedimiento Penal.

Ingresarlas con el propio acusado, cuando se acepta que aquél no puede dar cuenta de la autenticidad del documento, no obstante aparezca como comprador, por no ser la persona quien las elaboró, nos lleva indefectiblemente a la imposibilidad de cumplir con el fin de la autenticación, como es la seguridad de que ciertamente tales documentos fueron expedidos por una determinada persona en un época o fecha conocida, con capacidad probatoria para determinado evento.

Sería atentar contra la economía procesal, admitir su ingreso como prueba de la defensa a través del propio acusado, cuando ningún valor suasorio podría otorgarseles al no acreditarse la autenticidad de dichos documentos.

Al punto es así, que si la misma abogada Defensora aseguró durante su intervención que dichas facturas carecen del nombre de quien las expidió, se trataría de un documento anónimo y el artículo 430 de la misma Ley 906 de 2004 es claro en demandar que *“Los documentos cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los procedimientos previstos en este capítulo, se considerarán anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio”*.

En consecuencia, no se requiere de mayores disquisiciones para otorgarle la razón a la Parte disidente, motivo por el cual se revocará la decisión recurrida en relación con la admisión de la prueba documental objeto de controversia.

**Auto de segunda instancia (AC-202-14) del 13 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca de manera parcial el auto apelado.**

**DESCUBRIMIENTO PROBATORIO** - La exhibición de los documentos al comienzo de la audiencia preparatoria no sorprende a la defensa si esta, desde la acusación, tenía conocimiento de su existencia y ubicación.

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 25920 del 21 de febrero de 2007 y 33999 del 21 de marzo de 2012.

#### **TESIS DE LA DECISIÓN:**

Le corresponde a la Sala establecer conforme la postura del recurrente, si en la audiencia preparatoria, se le ha sorprendido con nuevos elementos materiales probatorios que debieron ser descubiertos por la Fiscalía desde la audiencia de Formulación de acusación, caso en el cual, no podría el A-quo haber decretado el testimonio de la señora EPIFANIA GALARZA VALENCIA, entre otros, con el propósito de ingresar varios documentos públicos.

Para resolver la controversia en este asunto, sea lo primero precisar que los documentos que la Fiscalía y la Víctima pretenden ingresar a través del testimonio de la doctora EPIFANIA GALARZA VALENCIA, objeto del desacuerdo del recurrente, según su propia intervención antes de la decisión impugnada, son: (i) el certificado de defunción del señor Florencio Núñez; (ii) el registro civil de matrimonio de Rafael Zarante Mangonez y Nery María Amezquita Paneso; (iii) el registro civil de defunción de Nery María Amezquita Paneso; (iv) el registro civil de defunción de Rafael Rubén Zarante Mangonez; (v) el registro civil de nacimiento de las señoras Nhora Judith, Ketty; Ruth Elena Zarante Nieves y del señor Rubén Zarante Nieves; (vi) los registros de instrumentos públicos de certificados de matrícula de dos (2) bienes inmuebles: 37840357 y 37853467.

Igualmente, debe destacarse que según la Acusación, la señora EPIFANIA GALARZA VALENCIA es la abogada a quien las presuntas víctimas inicialmente dieron poder para que los representara en todo lo concerniente a la sucesión donde se dice se cometió la presunta conducta delictiva por parte de la acusada al engañar a la autoridad con relación a su condición de única heredera. Posteriormente, fue quien presentó la respectiva denuncia en contra de la señora BLANCA LUCIA NUÑEZ AMEZQUITA informándole a la Fiscalía de los hechos que la misma entidad, dio cuenta en la imputación fáctica, dentro del respectivo escrito.

Dicha denuncia, de cuyo relato, se sirvió la Fiscalía (ver el escrito de acusación) para endilgarle la conducta a la procesada por la cual fue convocada a Juicio, da cuenta de: (a) un primer matrimonio del señor RAFAEL RUBEN ZARANTE MANGONEZ con la señora ARMANDINA LUCIA NIEVES DE ZARANTE de cuya unión se procrearon a las señoras Nhora Judith, Ketty; Ruth Elena Zarante Nieves y el señor Rubén Zarante Nieves; (*registros civiles de nacimiento que se pretenden ingresar con el testimonio de la denunciante; ver punto "v" de la relación*); (b) un segundo matrimonio con la señora NERY MARIA AMEZQUITA PANESO, quien lo sobrevivió; (*cuyo registro civil se pretende ingresar con la declaración de la denunciante; ver punto "ii" de la relación; así como el registro civil de defunción del señor ZARANTE MANGONEZ en el punto "iv" de la misma*); (c) la muerte de la señora NERY MARIA AMEZQUITA PANESO madre de la acusada fruto de una primera unión con el señor FLORENCIO NUÑEZ, también fallecido (*tales registros civiles de defunción los pretende ingresar con la citada testigo*);

*ver puntos “i” y “iii” de la relación de documentos); (d) que el fraude cometido por la acusada recae sobre dos bienes muebles que corresponden también a la masa herencial del señor ZARANTE MANGONEZ, cuyos números de matrícula son: 378-40357 y 378-53467 (documentos que pretende ingresar con la testigo, relacionados en el punto (vi) del listado anterior).*

Esa denuncia, con dicha información le fue descubierta a la Defensa, según el anexo del escrito de acusación, cuando se refiere al Formato Unico de Noticia Criminal, suscrito por la potencial testigo e igualmente dichas relaciones acerca del estado civil de estas personas y de los documentos de matrícula inmobiliaria de los inmuebles comprometidos en el mencionado fraude, también están en la entrevista de la misma –futuro deponente- como del señor JAIR PEREZ también descubiertas y exhibidas a la Defensa por el ente acusador.

Ciertamente, no se relacionaron por aparte de los elementos materiales probatorios que contienen la versión de quien se descubrió con vocación de testigo para introducirlos con ella al juicio oral, pero están objetivamente señalados según lo dijo el delegado de la Fiscalía y no lo desvirtuó el abogado defensor. Si le fueron expuestos o exhibidos tales documentos públicos únicamente en la audiencia preparatoria, esto no implica un sorpresimiento, pues desde la descripción de los hechos se hizo referencia a las condiciones del estado civil de las personas involucradas, de donde surge la aptitud hereditaria de quienes ahora fungen como víctimas en este proceso penal y de ahí la relevancia penal del comportamiento endilgado a la acusada.

Sorprender para el tema que nos ocupa es dar a conocer algo en forma inoportuna, por fuera del momento, de forma que dicho conocimiento resulta imprevisto o inesperado.

Puestas así las cosas, considera la colegiatura que el rechazo de tales documentos en punto de la declaración que rendirá la denunciante EPIFANIA GALARZA VALENCIA como sanción a la no exhibición o relación por fuera de los datos de la denuncia y/o entrevistas descubiertas en la audiencia de formulación de acusación, privilegiaría más la forma que el derecho sustancial. Téngase en cuenta que se trata de registros públicos para soportar estados civiles de quienes recrean los hechos, de donde parte el supuesto engaño reprochado a partir del tipo penal de Fraude Procesal; no aportan ni le quitan absolutamente nada a lo ya dicho en la imputación fáctica y por la denunciante. Los mismos pueden ser obtenidos en las diferentes oficinas públicas, citadas en la delación, así como las matrículas inmobiliarias. Significa entonces que desde la acusación, la defensa, pudo saber de la existencia y de la ubicación de tales documentos, así no se le exhibieran o entregaran materialmente sino hasta el inicio de la audiencia preparatoria.

Esos documentos no llevan insertos un conocimiento distinto al ya descubierto a la Defensa a través de la noticia criminal, respecto del cual desde la acusación, pudo saber que se avecinaba una futura prueba testimonial, como era la declaración de la denunciante, a quien le podía impugnar credibilidad a través de ese EMP descubierto; era ella quien bajo juramento, iba a entregar dicha información obtenida a través de su asesoría a las presuntas víctimas. Ya en la audiencia Preparatoria, se dijo que el representante de estas últimas canalizó el ingreso de dicha documentación a través de la Fiscalía, para soportar dentro de la libertad probatoria algo que igualmente podía ser acreditado mediante prueba testimonial. En tal situación, no se percibe una vulneración a la garantía de defensa.

Al revisar el caso concreto, cuando tales documentos se desprenden de los términos de la acusación, de la noticia criminal descubierta y de la entrevista de la testigo, se suministraron en la audiencia preparatoria antes de la solicitud probatoria, no se entiende en qué forma se afectó la indemnidad del principio de contradicción; el Censor no lo dice, se quedó en la mera queja del conocimiento brindado en la audiencia preparatoria del cual está visto, se encontraba enterado por los términos en que fue realizada la imputación fáctica y el contenido de la delación suministrada desde la audiencia de formulación de la acusación.

Por consiguiente, se mantendrá la decisión del Juzgador de la primera instancia, respecto del decreto del testimonio de la abogada EPIFANIA GALARZA VALENCIA con quien se pretende además introducir los documentos citados.

**Auto de segunda instancia (AC-224-14) del 19 de junio de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.**

**Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo**  
*Presidente Tribunal*

**Dr. Orlando Quintero García**  
*Vicepresidente Tribunal*

**Edwin Fabián García Murillo**  
*Relator Tribunal*

#### **ADVERTENCIA DE RELATORÍA:**

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

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