



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.

RESEÑA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA.

El 14 de marzo de 1848, el general Tomás Cipriano de Mosquera, militar bizarro y estadista prominente, figura ineludible de nuestra historia, a la sazón presidente de la República, sancionó la Ley 1799 de dicho año, a cuyo texto se debe la creación del Tribunal Superior de Buga bajo la denominación, para la época, de Tribunal del Cauca. Luego, en el decurso de su historia llevaría los nombres de Tribunal del Atrato y Tribunal del Norte para recibir, finalmente, el nombre que hoy lo distingue y es el timbre de su prestancia.

Tres esclarecidos varones fueron designados como sus primeros magistrados: Manuel Antonio Sanclemente Sanclemente, José Ignacio de Valenzuela y Conde y Jorge Juan Hoyos. A este último lo reemplazaría después Antonio Morales Galavís, verdadero prócer de la patria, pues intervino de manera decisiva, junto a

su padre y a su hermano Antonio Morales Galavís, en el célebre episodio del “Florero de Llorente”, acaecido el 20 de julio de 1810, suceso que desencadenaría el movimiento de independencia colonial español.

El Tribunal cifra su realce en la causa que lo enaltece y en la lista de preclaros juristas que en el pasado y en el presente han contribuido a robustecerla. Dos de ellos, Manuel Antonio Sanclemente, bugueño de nacimiento, y don Eliseo Payán, natural de Cali, fueron elevados a la dignidad de la presidencia de la República. El primero, en calidad de titular para el periodo 1898-1904, mandato frustrado por el derrocamiento del que fue víctima en el año de 1900, y el segundo, como encargado del presidente Rafael Núñez, durante los meses de enero hasta junio de 1887 y de diciembre hasta el 8 febrero de 1888. A este grupo se suman, por sus méritos descollantes, Tulio Enrique Tascón, abogado, político, historiador, académico, eminente profesor en los campos del derecho constitucional y administrativo, y Luciano Rivera y Garrido, secretario de la entidad en la segunda mitad del siglo XIX, literato e intelectual bugueño de renombre nacional, amigo y confidente de don Jorge Isaacs, reputado, sin vacilación alguna, el más importante de los escritores nacidos bajo el seno de la Ciudad Señora.

No menos insignes son los nombres de Abraham Fernández de Soto, Manuel Wenceslao Carvajal, Miguel Ángel Lozada, Genaro Cruz, Primitivo Vergara Crespo y los ya mencionados Manuel Antonio Sanclemente y Tulio Enrique Tascón, cuyo tránsito por la corporación precedió a su nombramiento como magistrados de la Corte Suprema de Justicia, destacando el caso de Miguel Ángel Lozada, quien murió sin tomar posesión de su cargo, y el de Amado Gutiérrez Velásquez en el Consejo de Estado. Igualmente, resulta insoslayable la mención del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo, actual integrante de la Sala Civil-Familia, considerado por el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria como el mejor magistrado del país durante el año 2002 y distinguido, en consecuencia, con la condecoración “José Ignacio de Márquez”, y la del Dr. Luis Fernando Tocora López, magistrado de la Sala Penal de esta corporación durante 24 años, tratadista, autor de diversas obras en los ámbitos del derecho penal, del derecho constitucional y de la criminología, amén de prestigioso profesor y conferencista en universidades nacionales y extranjeras.

Numerosas distinciones han exaltado la ardua y meritoria labor del Tribunal durante sus 165 años de existencia, destacando entre ellas las siguientes: Medalla de Plata “Ciudades Confederadas del Valle del Cauca”, conferida por la Gobernación de este Departamento en el año de 1967; la Orden al Mérito Vallecaucano en el grado “Cruz de Caballero”, categoría “Al mérito en la Justicia y el Derecho-Manuel María Mallarino”, conferida por la Gobernación del Valle del Cauca en el año de 1999; la Condecoración “Tulio Enrique Tascón”, conferida por el municipio de Guadalajara de Buga en el año de 1998; la Condecoración “Orden de la Justicia y el Derecho”, conferida por el Ministerio de la Justicia y el Derecho en el año de 1998, la Orden del Congreso de Colombia, en el grado de Comendador, conferida por el Senado de la República en el año de 1997, la “Orden de la Democracia”, conferida por la Cámara de Representantes en 1997, y la Orden de Boyacá en el grado de “Cruz de Plata”, conferida por el Gobierno nacional en el año de 1973.

En el Tribunal Superior de Buga la misión de perseverar en la condición de baluarte de la administración de justicia en el Occidente del país se confía, hoy por hoy, a los catorce magistrados y empleados integrantes de sus tres salas

especializadas: Civil-Familia, Laboral y Penal, encargadas de ejercer jurisdicción sobre 36 municipios del Departamento del Valle del Cauca y uno del Departamento del Chocó (San José del Palmar) y a 172 juzgados distribuidos en siete Circuitos Judiciales: Buenaventura (anexado en 1996), Buga, Cartago, Palmira (anexado en el año 2000), Roldanillo, Sevilla y Tuluá.

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, proveyectos 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 007 – OCTUBRE DE 2014**

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN CAMBIARIA – Prescribe a partir del vencimiento de los títulos valores y no de la renovación de la hipoteca. **Página 25.**

ACCIÓN DE TUTELA – El poder conferido para un proceso judicial no supele el poder especial para intervenir en la tutela. **Página 21.**

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La aprobación del acuerdo de reorganización de la persona natural no comerciante permite solicitar el desembargo de los bienes, pero con la finalidad de enajenarlos. **Página 18.**

ACCIÓN REIVINDICATORIA – El demandante no tiene que demostrar la posesión previa sobre la cosa. **Página 31.**

ACEPTACIÓN DE CARGOS - La Fiscalía y el juez no pueden inducir en error al procesado ofreciéndole una rebaja de pena que la ley no contempla. **Página 38.**

AUTO QUE RECHAZA LA DEMANDA POR FALTA DE COMPETENCIA – Es apelable y difiere del auto que decide el conflicto de competencia. **Página 28.**

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – El estudiante que pretenda la cancelación extemporánea de una asignatura debe probar las circunstancias especiales que justifiquen tal determinación. **Página 19.**

BONIFICACIÓN JUDICIAL PARA LOS SERVIDORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN – Es salario y por tanto sujeta a descuento por concepto de cuota alimentaria. **Página 23.**

CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE EXPROPIACIÓN – La demanda deberá ser presentada dentro de los 2 meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que ordena la expropiación. **Página 31.**

COAUTORÍA – Aunque no haya realizado disparos en contra de las víctimas, es responsable penalmente quien presta seguridad a los cabecillas de la toma guerrillera. **Página 79.**

CONCILIACIÓN – Es válida frente a un eventual derecho a la jubilación. **Página 31.**

CONCURSO DE DELITOS – La dosificación de la pena parte del delito de mayor gravedad. **Página 81.**

CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA – El juez no puede omitir la circunstancia de agravación incluida en la formulación de imputación. **Página 81.**

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La arrendadora incumple sus obligaciones cuando el arrendatario no puede usar el bien para el fin contratado. **Página 25.**

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – El incumplimiento acarrea la terminación y no la resolución del contrato. **Página 25.**

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La buena fe impone a la arrendadora la obligación de comunicar las circunstancias relevantes para la ejecución del contrato. **Página 25.**

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La terminación unilateral del contrato genera el derecho a la indemnización de tres meses de arrendamiento y no el pago de los cánones restantes. **Página 25.**

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS – Se asigna a personas distintas de los padres cuando estos son inhábiles de manera física o de manera moral. **Página 18.**

DECISIÓN QUE NIEGA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – Solo es apelable por la Fiscalía. **Página 62.**

DECRETO DE LA PRUEBA PERICIAL – Es posible así se encuentre pendiente su realización a la fecha de la audiencia preparatoria. **Página 59.**

DELITOS CONTRA LOS MENORES DE EDAD – El artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no los convierte en conductas imprescriptibles. **Página 65.**

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES – La valoración del testimonio único de la víctima, de gran importancia en estos casos, debe ser integral y en atención a las demás pruebas del expediente. **Página 36.**

DEMORA EN LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN – No tiene aplicación en los casos de allanamiento a los cargos ni supone la libertad del procesado o la nulidad de la actuación. **Página 53.**

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – El juez debe darle trámite a la solicitud de desacato de tutela. **Página 19.**

DESACATO – El término de diez días establecido en la sentencia C-367 de 2014 es para decidir el desacato, no para tramitarlo, y sin omitir el traslado para la oportunidad de pedir y aportar pruebas. **Página 25.**

DESACATO DE TUTELA - El cumplimiento extemporáneo de la orden de tutela, o incluso después de la culminación del trámite, exime de la sanción. **Página 29.**

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO – La aclaración o corrección de los linderos no puede hacerse por medio de la prueba testimonial. **Página 18.**

HIPOTECA ABIERTA E INDETERMINADA – La escritura de ampliación no debe exigirse como requisito de la demanda ejecutiva. **Página 25.**

IMPEDIMENTO – La imparcialidad del juez no se compromete por anular el sentido del fallo de carácter absolutorio.

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD – El presunto padre biológico puede promoverla en cualquier tiempo. **Página 18.**

INASISTENCIA ALIMENTARIA – Prescripción de la acción penal. **Página 61.**

INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LOS HIJOS MENORES – Se extiende hasta los 25 años de edad. **Página 13.**

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – De ella deben descontarse las sumas recibidas a título de transacción. **Página 13.**

INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE – A ella tiene derecho el cónyuge sobreviviente por la muerte de su esposa. **Página 13.**

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS – En ella cumple una función preponderante establecer la voluntad normativa de las partes. **Página 25.**

LEGÍTIMA DEFENSA – No es viable su reconocimiento en los casos de riña. **Página 62.**

LEGÍTIMA DEFENSA – No pueda alegarla quien propicia la agresión. **Página 72.**

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL – No es necesario esperar a que culmine el proceso de liquidación de la empresa. **Página 31.**

NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS QUE RESUELVEN RECURSOS EN MATERIA TRIBUTARIA - A partir de la introducción de la citación en el correo, el contribuyente tiene diez días para comparecer y recibir la notificación personal. **Página 19.**

PERMISO PARA TRABAJO EXTRAMUROS – Es necesario haber cumplido con las cuatro quintas partes de la pena impuesta. **Página 41.**

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN – Requisitos. **Página 31.**

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES – El juez penal no puede condenar por suma superior a la solicitada. **Página 77.**

PREACUERDOS – El juez no puede acogerlos cuando eliminan una circunstancia específica de agravación y degradan, además, sin fundamentación alguna la calidad de autor a cómplice. **Página 73.**

PREACUERDOS – No es contrario al principio de la legalidad acordar la tentativa de homicidio cuando no es posible, ante la acumulación de causas, determinar si la muerte fue ocasionada por la acción del procesado o por la negligente atención médica. **Página 67.**

PREACUERDOS EN LOS CASOS DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES – Pueden incluir la prisión domiciliaria en favor de la madre del recién nacido y son obligatorios para el juez cuando no violan el principio de legalidad u otros derechos fundamentales. **Página 95.**

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – El diligenciar una letra de cambio en blanco para respaldar las deudas que una persona debió asumir por otra no constituye falsedad en documento privado ni fraude procesal. **Página 36.**

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – En la etapa del juicio la defensa solo puede solicitarla por la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por la inexistencia del hecho investigado. [Página 87.](#)

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – No es procedente su declaración cuando la tarea investigativa de la Fiscalía en torno a la culpa exclusiva de la víctima es deficiente y descuidada. [Página 62.](#)

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PERJUICIOS CONTRA LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA - Es de 10 años por tratarse de una responsabilidad directa y no del caso de los terceros civilmente responsables. [Página 7.](#)

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA – Debe tenerse en cuenta el tiempo que el condenado permaneció en detención preventiva. [Página 48.](#)

PRESCRIPCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – No puede recaer sobre el inmueble que es usado para fines de explotación comercial y no como solución de vivienda. [Página 19.](#)

PRESCRIPCIÓN ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS – La decretada en favor de uno favorece a los restantes. [Página 25.](#)

PRISIÓN DOMICILIARIA – El tráfico de estupefacientes fue excluido por la Ley 1709 de 2014 del otorgamiento de subrogados y beneficios penales. [Página 51.](#)

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD CUANDO LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD ES FRUTO DE UN JUICIO CONTRADICTORIO- No puede afectar a quien tenía razones para no conocer su condición de padre biológico. [Página 18.](#)

PROCESO EJECUTIVO – El demandado debe demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus excepciones. [Página 23.](#)

PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS – La reliquidación del crédito, como soporte de la demanda, solo es exigible en los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999. [Página 18.](#)

PRUEBA SOBREVINIENTE – No lo es aquella cuyo desconocimiento obedece a la deficiente investigación de la fiscalía. [Página 56.](#)

PRUEBA SOBREVINIENTE – No tiene tal categoría la grabación de escaso valor probatorio cuyo desconocimiento obedeció a la falta de investigación y desidia del defensor y del acusado. [Página 90.](#)

PRUEBA SOBREVINIENTE – No tiene tal condición el dictamen sobre la inimputabilidad no discutida en el proceso. [Página 58.](#)

RECURSO DE APELACIÓN – Es necesario exponer, de manera adecuada y seria, las razones que llevan a refutar la decisión. [Página 92.](#)

RECURSO DE APELACIÓN – Los argumentos deben ser serios y concretos. [Página 19.](#)

RECURSO DE QUEJA – No procede contra el auto que decreta la prescripción de la acción penal en la segunda instancia. [Página 88.](#)

RECUSACIÓN – No está comprometida la imparcialidad del juez que realiza el control de legalidad sobre la medida de aseguramiento sin analizar o estudiar la responsabilidad penal del procesado. [Página 46.](#)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Culpa exclusiva de la víctima por la caída imprevista e inesperada del vehículo en que viajaba. [Página 19.](#)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – De las empresas de vigilancia por el homicidio cometido por sus dependientes durante el servicio de guardia. [Página 7.](#)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Es independiente de la responsabilidad penal. [Página 18.](#)

REVOCATORIA DE PRISIÓN DOMICILIARIA – El sentenciado con permiso para trabajar debe informar al juez sobre su desplazamiento a otra ciudad para la práctica de exámenes médicos. [Página 49.](#)

SENTENCIA ANTICIPADA – En el acta de formulación de cargos la Fiscalía debe concretar los hechos y las normas en todas sus circunstancias.

SIMULACIÓN – Relevancia probatoria de los indicios. [Página 31.](#)

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – El procesado, y no las víctimas, puede invocar el principio de favorabilidad. **Página 65.**

TENTATIVA DE HOMICIDIO – Circunstancias que permiten inferir la intención de causar la muerte. **Página 72.**

TENTATIVA DE HOMICIDIO – La fiscalía no demostró la intención de matar o que la herida ocasionada fuera mortal. **Página 62.**

TESTIMONIO – Es pertinente su admisión cuando aporta información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar previas a la ejecución del delito. **Página 44.**

TÍTULOS VALORES SUSCRITOS CON ESPACIOS EN BLANCO – El demandado debe probar cuáles fueron las instrucciones dadas y el abuso del actual tenedor del título al desatenderlas. **Página 25.**

TRABAJADOR DISCAPACITADO – Debe demostrar dicha calidad si pretende la estabilidad laboral reforzada. **Página 32.**

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La condición de farmacodependiente, que deber ser probada, no autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal. **Página 72.**

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La responsabilidad debe ser demostrada más allá de toda duda. **Página 83.**

UNIÓN MARITAL DE HECHO - El decreto de pruebas de oficio es una facultad del juez que no pone en entredicho su imparcialidad. **Página 19.**

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCESAL – La terminación del proceso ejecutivo por pago no se puede negar porque el representante legal de la sociedad demandante excede sus facultades estatutarias. **Página 15.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PERJUICIOS CONTRA LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA - Es de 10 años por tratarse de una responsabilidad directa y no del caso de los terceros civilmente responsables/**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** – De las empresas de vigilancia por el homicidio cometido por sus dependientes durante el servicio de guardia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2358 y 2536; Código de Procedimiento Civil, artículos 5, 23, numeral octavo, 77, 85, 97, numeral sexto, 98, 144, 299 y 305; Ley 791 de 2002, Ley 979 de 2005, artículo 2.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, decisiones 5025 del 14 de junio de 2000, sentencia 236 de 2005, 2005-00406-01 del 18 de septiembre de 2009 y 2005-00611-01 del 26 de agosto de 2010; Corte Constitucional, sentencia T-114 de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como quiera que en el asunto *sub examine* la razón por la que se negaron las pretensiones de la demanda, y de hecho, lo que motivó la apelación, tiene que ver con el término de prescripción que corre a favor de la demandada COOVIPORE LTDA por la responsabilidad en los hechos cometidos por sus dependientes; antes de entrar al fondo del asunto el Tribunal definirá si hay lugar a confirmar o no la prescripción decretada, toda vez que por esta circunstancia podría haber sustracción de materia en la apelación.

En consecuencia, el primer problema jurídico se centra en determinar: ¿Si en el *sub examine* operó la prescripción de 3 años a que se refiere el artículo 2358 del Código Civil, en tratándose de la acción de reparación frente a terceros responsables?

Para resolver el anterior cuestionamiento empecemos por traer a colación el artículo 2358 del Código Civil, según el cual:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PERJUICIOS

ART. 2358.—Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto. (Negrillas de la Sala)

La anterior norma se encuentra ubicada dentro del TÍTULO XXXIV del Código Civil que regula lo concerniente a la “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”.

Entonces, si es como se anuncia en la demanda y se establece del proceso, que los hechos materia de juzgamiento tuvieron realización el 08 de noviembre de 2005, y fueron llevados a cabo por dos personas naturales (RODRIGO ÁLVAREZ GUACA y JHON FREDDY OSPINA LONDOÑO), vinculadas laboralmente con una persona jurídica de derecho privado dedicada a la vigilancia (COOVIPORE LTDA), mientras se encontraban de turno de guardia, es claro que ni para la época de presentación de la demanda (2009) ni aún para la fecha de este pronunciamiento, han transcurrido los 10 años de prescripción de la acción ordinaria, contrariamente a lo que sostiene la parte demandada.

Comparte el Tribunal, por tanto, el criterio del apoderado judicial de los demandantes, al alegar que el término de prescripción es de 10 años conforme el artículo 2536 del Código Civil, y no el de 3 del artículo 2358 en que se fundó el *a quo*.

Los anteriores planteamientos por sí solos, son razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, en tanto de forma inadecuada declaró probada la excepción de prescripción.

De la Excepción de Falta de Competencia: Otro tema que podría generar sustracción de materia para resolver y que por ende debe ser analizado de entrada, tiene que ver con la excepción de falta de competencia territorial, sobre la que el juez *a quo* se abstuvo de pronunciarse, a pesar de ser punto obligatorio de decisión.

Fue así como la parte demandada propuso esta excepción, fundada en que el domicilio de la cooperativa accionada es la ciudad de Neiva, luego por el factor territorial el Juzgado 5° Civil del Circuito de Palmira no podía conocer del proceso.

No obstante, los motivos que fundan esta defensa constituyen una excepción previa, que debió alegarse en escrito separado dentro del término de traslado de la demanda; por consiguiente, al ser un motivo de nulidad saneable, y no haberse

procedido así debe entenderse superado. (Artículos 98, 100 y 144 num. 5 e inciso final del Código de Procedimiento Civil)

Con todo, es necesario subrayar que tal medio de defensa estaba destinado al fracaso si se tiene en cuenta que el numeral 8° del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil señala que *“En los procesos por responsabilidad extracontractual, será también competente el juez que corresponda al lugar donde ocurrió el hecho”*.

En consecuencia, si la foliatura revela que los homicidios cometidos a manos de RODRIGO ÁLVAREZ GUACA y JHON FREDDY OSPINA LONDOÑO, en la humanidad de SANTIAGO LÓPEZ y RUBÉN SANTIAGO LÓPEZ (q.e.p.d.), ocurrieron en la vereda de Piles - jurisdicción de Palmira, se concluye que el juzgado civil que adelantó el proceso en primera instancia, tiene plena competencia para conocer del mismo.

De las excepciones de Falta de Calidad jurídica Para Demandar, Indebida Admisión de la Demanda y Falta de Dirección de los poderdantes: Estos medios exceptivos propuestos por la parte pasiva, están basados en que la demandante CARMEN ELENA ÁLVAREZ no probó la calidad de compañera permanente del causante SANTIAGO LÓPEZ (q.e.p.d.), ni ha logrado después de su muerte que se declare la unión marital con aquel; adicionalmente se alegó que el libelo tampoco debió ser admitido porque no se entregaron completos los traslados, ni se aportó el certificado de existencia y representación de la cooperativa actualizado, ni la dirección de los poderdantes, sino la del abogado.

Aquí acontece lo mismo que con la alegada falta de competencia territorial, pues la falta de prueba de la calidad en que actúa la demandante, encasilla dentro de la causal de excepción previa enlistada en el numeral 6° del artículo 97 *idem*, y debió alegarse también en escrito separado dentro del término de traslado, y que por ser motivo de nulidad saneable, debe entenderse superado. (Artículos 98, 100 y 144 del Código de Procedimiento Civil)

Aunque para descartar estos argumentos, debe advertir el Tribunal que si bien es cierto no se acompañó con la demanda un documento que contenga la declaración de existencia de la unión marital de hecho, como por ejemplo, escritura pública ante notario, o acta de conciliación, o sentencia declarativa de juez de familia, como lo establece la ley 54 de 1990 con la modificación de la ley 979 de 2005. También es cierto que con la demanda sí se aportó prueba sumaria de declaración extraproceso ante notario, donde dos (2) testigos, Rosalba Pérez Muñetón y Elkin Salazar Ávila, dieron cuenta que la demandante y el occiso SANTIAGO LÓPEZ (q.e.p.d.), convivieron bajo el mismo techo en unión libre durante 24 años, y que fruto de esa unión nacieron seis (6) hijos de nombres JESÚS ALBERTO, RUBEN SANTIAGO (aquí asesinado), VIVIANA PATRICIA, JONATHAN, ALEXANDER Y GEOVANNY LÓPEZ ÁLVAREZ.

Dicha prueba sumaria, a voces del artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, no fue refutada por la contraparte, y la misma se encuentra reforzada con todas las demás pruebas que se hallan en el expediente, dentro de las que se incluyen, los registros civiles de nacimiento de ALEXANDER, JONATHAN, GIOVANNY, RUBEN SANTIAGO, JESÚS ALBERTO y VIVIANA PATRICIA LÓPEZ ÁLVAREZ, de quienes figuran como padres la demandante CARMEN ELENA ÁLVAREZ y el asesinado SANTIAGO LÓPEZ. Adicionalmente, de los antecedentes de la sentencia condenatoria que profirió el Juzgado 4° Penal del Circuito de Palmira, se establece que el día de los hechos, los autores materiales del doble homicidio

irrumpieron en la casa donde residía la familia LÓPEZ ÁLVAREZ, conformada por la demandante, sus hijos y su fallecido esposo Santiago.

Las anteriores circunstancias nos llevan entonces a concluir, que a pesar que no se allegó la prueba solemne de la existencia de la unión marital entre las pluricitadas personas, no queda duda que aquellos sí eran compañeros sentimentales, que tenían conformada una familia desde años atrás, y que fruto de esa unión procrearon seis hijos. Luego por el motivo a que alude la apoderada de la cooperativa demanda, no se justifica negar el reconocimiento de la eventual indemnización que cabría a favor de la demandante por el homicidio de su esposo e hijo.

Debe aclarar el Tribunal que aquí no se está declarando en estricto sentido una unión marital de hecho, además porque ese no es el objeto de este proceso, pero sí es claro que al haberse visto la demandante y sus hijos, afectados por la muerte de su compañero sentimental y padre, sí se le causaron unos perjuicios que aquí precisamente se están reclamando.

Ahora bien, en lo que respecta a que no se acompañó con la demanda las copias completas para surtir el traslado, debe precisar el Tribunal que se trata de una mera formalidad que no puede pasar por encima del derecho sustancial.

Adicionalmente, importa precisar que dentro de los anexos que se deben acompañar con la demanda, el procedimiento civil no exige las copias de los traslados (Artículo 77), ni tampoco dentro de los motivos de inadmisión consagrados en el artículo 85 idem, se halla la falta de copias o copias incompletas del traslado de la demanda; luego las censuras de la parte accionada, además que se refieren a meras formalidades que no son motivo para sacrificar el derecho sustancial, no tienen viso de prosperidad.

En lo que tiene que ver con que no se aportó el certificado de existencia y representación de la demandada actualizado, debe destacarse que también se trata de una mera formalidad que tampoco se puede constituir en motivo para frustrar el derecho sustancial a la reparación de los demandantes, máxime cuando no llama a discusión que con la cooperativa COOVIPORE LTDA, dedicada a las labores de vigilancia, es que los homicidas se encontraban vinculados laboralmente. Por tanto si la falta de ese certificado actualizado, no ha aparejado el sacrificio del derecho de defensa y contradicción de las partes, verificándose la finalidad del proceso, no hay motivo para que se abra paso una indebida admisión de la demanda que invalide el procedimiento.

Por lo que atañe a esta excepción, fundada en que la justicia penal ya condenó en dos instancias a los homicidas, baste decir para su improsperidad que lo que allí se concluyó fue la responsabilidad penal de los autores materiales del delito de homicidio agravado, que no la responsabilidad civil directa de COOVIPORE dada su calidad de empleadora de aquellos y titular de las armas con que se cegó la vida de SANTIAGO LÓPEZ y RUBÉN SANTIAGO LÓPEZ.

Entonces, si para que proceda la cosa juzgada se requiere que el nuevo proceso tenga el mismo objeto, causa y sujetos de otro proceso previo en que se haya proferido sentencia ya ejecutoriada (artículo 332 Código de Procedimiento Civil), esos requisitos aquí no se cumplen en tanto la sentencia penal definió la responsabilidad delictual y patrimonial de los coautores del homicidio, sin hacerla extensiva a COOVIPORE, que fue el sujeto que se llamó a este juicio. Luego la excepción no tiene posibilidad de prosperidad en el presente asunto.

Decantado lo anterior, le resta al Tribunal adentrarse al estudio del fondo del asunto, para establecer si le cabe o no responsabilidad a COOVIPORE LTDA por el doble homicidio en que se basan los hechos de la demanda.

Jurisprudencialmente se han considerado como actividades peligrosas aquellas que, aunque lícitas, su ejercicio representa un riesgo para la sociedad en tanto es muy probable que se desaten daños.

En consecuencia, cuando se causa un daño en el ejercicio de una actividad considerada como peligrosa, por regla general la responsabilidad recae sobre el dueño o no, que se sirve o lucra de la cosa inanimada, a quien la ley considera el guardián material de la actividad causante del daño, que bien puede ser la persona física o moral que al momento del percance, tiene sobre el instrumento un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control.

En este orden ideas, el problema jurídico que plantean las pretensiones de la demanda, estriba en determinar ¿si está llamada a responder civilmente la empresa de vigilancia COOVIPORE LTDA, como empresa dueña de las armas de fuego utilizadas en el doble homicidio, realizado por dos de sus dependientes mientras estaban de turno de guardia?

A fin de dar respuesta al anterior planteamiento, tórnase necesario hacer un breve recuento de los hechos que provocaron la demanda, para el buen entendimiento de la decisión: así, revela el expediente que en las primeras horas del día sábado 08 de noviembre de 2005, los guardas de seguridad de la empresa COOVIPORE LTDA, RODRIGO ÁLVAREZ GUACA y JHON FREDDY OSPINA LONDOÑO, tenían a su cargo la vigilancia del puente sobre el Rio Cauca, situado en la vía que de Yumbo conduce al aeropuerto. Los dos guardas tras abandonar su puesto de vigilancia, se dirigieron con sus armas de dotación hasta la vereda de Piles – jurisdicción de Palmira, e irrumpieron violentamente en el inmueble donde residía la familia López Álvarez, y tras preguntar por el hijo mayor Beto, a quien su madre negó, se llevaron al menor de 17 años RUBEN SANTIAGO hasta un sector donde se quema carbón y trabajaba su padre SANTIAGO LÓPEZ, y allí le propinaron a cada uno impacto con arma de fuego en el cráneo que les causó su muerte, según revela el informe de medicina legal. Por éstos mismos hechos, y tras acogerse a sentencia anticipada, los guardas fueron condenados en primera instancia por el delito de homicidio agravado, por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Palmira; sentencia que fue confirmada en apelación por la Sala Penal del Tribunal de Buga.

En consecuencia, para responder afirmativamente el problema jurídico, precítese de una vez por todas que COOVIPORE LTDA, sí está llamada a responder patrimonialmente, si se tiene en cuenta que es predicable su responsabilidad por dos circunstancias: 1) por los factores de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, si se tiene en cuenta que las personas autoras del doble asesinato, eran dependientes suyos, y además porque la noche de los hechos aquellos estaban de turno de vigilancia, ausentándose de sus puestos para ir a cegar sin justa causa la vida de sus dos congéneres; y 2) por que la actividad de COOVIPORE LTDA, se refiere a la prestación de servicios de “*vigilancia fija, con utilización de armas de fuego...*”, como se desprende de la resolución de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada que se aportó con la contestación de la demanda.

Por tanto, no cabe duda que aquella ejercita una actividad peligrosa, si en cuenta se tiene que para cumplir su objeto social esta clase de empresas usan armas de

fuego o vehículos como medios para la prestación del servicio que ofrecen, según se consagra en el artículo 5 del Decreto 356 de 1994, que contiene el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada en Colombia.

Para la Sala resulta importante que el citado Decreto 356 de 1994, en su artículo 11 establezca para las empresas prestadoras del servicio de vigilancia, como la demandada, la obligatoriedad de obtener por su cuenta y para ejercer la actividad, un seguro de responsabilidad civil extracontractual que cubra los daños que se generen con ocasión del servicio que prestan, en especial, los daños derivados del uso indebido de armas de fuego, hecho que sin dudas justifica la calificación de actividad peligrosa o riesgosa que supone de suyo la prestación de estos servicios de vigilancia privada, y que obliga a esta Sala, a mirar el asunto con una presunción de culpa frente a COOVIPORE LTDA.

Tampoco se aprecia en este asunto, con las pruebas incorporadas al plenario, que los hechos y circunstancias que rodean la muerte del padre y hermano de los demandantes, se hayan realizado bajo alguna causal de exclusión de responsabilidad de la empresa demandada, en tanto los hechos ni por asomo, constituyen fuerza mayor o caso fortuito, o culpa de las víctimas, ni tampoco el hecho de un tercero, pues no cabe duda que los ejecutores del doble homicidio tenían una relación de dependencia con COOVIPORE LTDA, y a ésta última es imputable la conducta de sus agentes.

Por lo que atañe a la propiedad de las armas de fuego, si bien no obra dentro de este expediente documento formal que acredite esa condición, sí se desprende de la sentencia penal de condena de los coautores, que de las mismas se lucraba COOVIPORE LTDA, quien había tramitado y obtenido permiso de porte del Ministerio de Defensa Nacional. Incluso en el numeral 7° de la parte resolutive de la providencia penal, se ordenó la devolución de las armas de fuego a COOVIPORE LTDA.

Así las cosas, cabe concluir que los medios de convicción que obran en el proceso demuestran de manera incontrovertible que la muerte de SANTIAGO LÓPEZ y RUBÉN SANTIAGO LÓPEZ, fue ejecutada por RODRIGO ÁLVAREZ GUACA y JHON FREDDY OSPINA, mediante el uso indebido o ilegítimo de las armas de fuego de propiedad de la empresa de vigilancia demandada, COOVIPORE LTDA, quien por asumir el riesgo de la actividad o servicio que ejercita debe responder civilmente de los daños que injustificadamente causen sus agentes o dependientes, que en resumen es lo demostrado en este juicio.

Finalmente y en lo que tiene que ver con los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada a última hora cuando describió el traslado de la apelación, relativos a que los ejecutores del doble homicidio no tienen la calidad de dependientes ni subordinados de la cooperativa sino la de asociados o condueños por lo que no le cabe responsabilidad, debe precisar la Sala que los mismos no están llamados a prosperar, pues están basados en circunstancias nuevas que no se expusieron en la contestación ni en los alegatos de conclusión, sino solo hasta describirse el traslado de la apelación cuando ya había culminado el debate procesal. Luego de ser aceptados, equivaldría a sorprender a la contraparte con argumentos nuevos respecto de los que no hubo posibilidad de pronunciarse.

Aunque lo anterior sería suficiente, debe agregar el Tribunal que no cabe duda que contrario a lo alegado, aquellos sí tenían un vínculo laboral y a su vez una relación de dependencia con la demandada, como se consignó en la sentencia

penal, en la parte de identidad del acusado, donde se dejó constancia que la profesión de los homicidas era la de guardas de seguridad de COOVIPORE LTDA; luego por este factor es endilgable su responsabilidad, además por el lucro y el riesgo que conllevan las armas de fuego de que se vale para prestar sus servicios de vigilancia.

En consecuencia, como viene de verse, se impone revocar la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió por prescripción a la cooperativa demandada, para en su lugar declararla civilmente responsable de los perjuicios causados por el doble homicidio cometido por sus dependientes, mediante el uso inapropiado e ilegal de sus armas de fuego.

Sentencia de segunda instancia (2009-030-01) del 3 de julio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE – A ella tiene derecho el cónyuge sobreviviente por la muerte de su esposa/INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LOS HIJOS MENORES – Se extiende hasta los 25 años de edad/INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – De ella deben descontarse las sumas recibidas a título de transacción.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisión 1998-00650-01 del 30 de junio de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto sub examine, el tema de la responsabilidad de la parte demandada en el accidente es un punto pacífico dentro de la litis. Igual acontece con lo que se liquidó a título de daño emergente, que consistió en los gastos en que incurrió el demandante para reparar su moto tras el choque, y que están respaldados en las facturas de venta que se acompañaron con la demanda, por valor de \$1'086.000.00.

Lo que reprocha la apelación es el tema de la liquidación del lucro cesante, tanto pasado como futuro, por cuanto, de un lado, no debió liquidarse sobre un ingreso base de \$2.500.000 que se indicó en la demanda como salario de la occisa; del otro lado, porque tampoco debió incluirse como beneficiario del lucro cesante al cónyuge sobreviviente, por no depender aquél económicamente de la víctima ni tener un grado de invalidez que lo haga acreedor de ayuda monetaria; y finalmente porque los hijos no debieron ser beneficiarios de este rubro hasta los 25 años, sino apenas hasta su mayoría de edad, es decir 18 años.

En lo que tiene que ver con los ingresos de la demandante el Tribunal debe hacer las siguientes precisiones: I) En la primera instancia se practicó prueba pericial para cuantificar el monto de los perjuicios causados con la muerte de la cónyuge, donde se tomó como ingreso base de liquidación la suma de \$2.500.000; de un lado por la manifestación que al respecto se hizo en la demanda, y del otro por la certificación de contador público que se acompañó con el libelo donde consta que los “...*ingresos netos promedio mensual*” de la causante LUCY VISITACIÓN eran en la referida cuantía, fruto de la venta de productos farmacéuticos en el establecimiento de comercio de su propiedad. II) Precisamente en la impugnación la parte condenada inconforme, alega que contrario a lo que revela la demanda y la certificación del contador público, los ingresos de aquella solo eran de \$600.000.00, pues así lo confesó el cónyuge sobreviviente en el interrogatorio de

parte que se le practicó, y donde añadió que los ingresos netos de la droguería, donde trabajaban ambos esposos, eran por \$2.500.000.00.

En este orden de ideas, lo que advierte la Sala del estudio en conjunto de las pruebas practicadas, es que los “*ingresos netos promedio mensual*” certificados por el contador, en la suma de \$2.500.000.00 correspondían a los ingresos netos de la droguería fruto del trabajo mancomunado de los dos cónyuges, quienes unieron sus esfuerzos para formar empresa, y no sólo de uno de ellos, dado que provenían de la venta de productos farmacéuticos del establecimiento de comercio de su propiedad “Drogas Rebaratas”, hecho que fue confirmado por el demandante en el interrogatorio de parte que se efectuara ante el juzgado de primer grado, como lo resalta el censor.

Además, no es de recibo el argumento sobre el ingreso de la occisa limitado a su salario, el cual según el demandante era de \$600.000 mensuales, porque lo cierto, según revelan las probanzas, era que ella, no era una simple asalariada sino una socia que contribuía con su trabajo a obtener un ingreso neto de un establecimiento de comercio, el cual se itera era fruto del emprendimiento y trabajo de la pareja de esposos.

Por tanto, la pérdida sufrida por los demandantes se concreta a la ganancia dejada de percibir por la muerte de su madre y esposa que como socia contribuía en igualdad de condiciones con su esposo a obtener los ingresos netos de la droguería. Así las cosas, debe tenerse la suma de \$1.250.000, como ingreso base para la liquidación de perjuicios, el cual deriva de la división de las ganancias netas de la droguería en dos partes iguales. Ello por cuanto si la víctima fallecida era la administradora y representante legal del establecimiento, como lo refleja el certificado de Cámara y Comercio aportado, debe considerarse que ella no sólo recibía un salario básico, sino que como gestora ejercía una actividad que producía una ganancia que por equidad debe dividirse entre ambos cónyuges.

Por lo anterior, le asiste parcialmente la razón al recurrente, en tanto esta Sala de Decisión considera que si se trata de un establecimiento comercial familiar, lo más prudente es que las ganancias sean divididas entre ambos cónyuges por mitades.

Luego acogiendo la censura, es del caso proceder, como se hará más adelante, a modificar la sentencia apelada para reducir en la mitad las sumas que se liquidaron en el dictamen a título de lucro cesante, tanto pasado como futuro. Para dicho efecto bastará sacar el 50% de las conclusiones que arrojó el dictamen, en consideración a que la metodología aplicada luce acertada a la luz de las normas sobre liquidación de perjuicios, además porque una vez corrido en traslado a las partes frente a él no se formuló objeción alguna.

Sin embargo, la Sala debe aclarar que no le asiste razón al recurrente en cuanto a que el esposo no podía ser beneficiario del lucro cesante que se causó por el deceso de su cónyuge, ni tampoco en que los hijos menores solo deben ser beneficiarios del lucro cesante futuro hasta sus 18 años.

En efecto, frente a que el esposo no puede ser beneficiario del lucro cesante que aparejó la muerte de su esposa, debe resaltar la Sala que contrario a lo que expone la alzada, la falta de uno de los cónyuges, y más aún cuando ambos son productivos, sin duda representa un vacío y a la vez un desequilibrio en las cargas económicas del hogar que el sobreviviente tendrá que suplir. Es lógico que el matrimonio representa un socorro y ayuda mutua entre los contrayentes, además que la supresión repentina del aporte que hacía uno de ellos apareja un faltante

que por rebote agrava la situación económica del otro y que debe ser indemnizado por la vía del lucro cesante, en tanto es cuantificable lo que dejó o dejará de ingresar al hogar conformado.

“En Colombia, la jurisprudencia inicialmente no adoptó un criterio uniforme al respecto y se calculaba el periodo indemnizable hasta los 18, 23 o 25 años si se trataba de personas válidas dependiendo de las condiciones particulares de cada caso. En las providencias recientes se toma como edad hasta la cual se extiende el periodo de dependencia de los hijos, los 25 años, edad en la que se supone termina la formación profesional de los jóvenes. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el particular: “Con todo la duración del periodo indemnizable se extendería desde el 5 de octubre de 1996, cuando ocurrió el fallecimiento de su padre, hasta el (...) fechas en las que cada una de ellas cumpliría 25 años de edad, ya que conforme a la doctrina sentada por esta corporación, a esa edad -25 años- ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo.”

Los anteriores argumentos sellan la suerte adversa de las inconformidades del recurrente frente a la liquidación de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, tanto a favor del cónyuge sobreviviente, como a favor de los hijos menores hasta sus 25 años, luego la sentencia apelada no habrá de ser modificada en este sentido. No obstante, como se precisó líneas atrás, sí habrá lugar a reducirse en un 50% las sumas contenidas en el numeral 4° de la parte resolutive, referente a los perjuicios materiales, para tener como ingreso base de liquidación \$1.250.000 y no \$2.500.000 como lo hizo el perito.

En lo que corresponde a los \$27.000.000 que recibió el demandante JAIME DIEGO CABAL ORDÓÑEZ de manos del propietario de la buseta, baste decir para ordenar debitarlos del total de la indemnización que se decreta, que la acción de responsabilidad civil no puede convertirse en un motivo de enriquecimiento sin causa. En consecuencia, si hay solidaridad entre el propietario del vehículo, la empresa transportadora a la que el mismo esté afiliado y el conductor, las sumas pagadas por uno de ellos desde luego que deberán ser tenidas en cuenta al momento de liquidarse los perjuicios.

Finalmente y pese a que la apelación no fue propuesta por la parte beneficiada con la condena, pero en cumplimiento del deber consignado en el inciso 2° del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, se hace necesario actualizar los rubros hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, a dicha labor se adentrará el Tribunal, actualizando en primer lugar el daño emergente correspondiente a los arreglos de la moto del demandante desde la fecha de las facturas al día 03-jul-2014; y el lucro cesante, desde la fecha en que se allegó la experticia al juzgado, también hasta el día 03-jul-2014. Lo anterior además porque resulta congruente con las pretensiones de la demanda donde se solicitó la indexación de las condenas.

Sentencia de segunda instancia (2010-0184-01) del 3 de julio de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: modifica la sentencia apelada.

VÍA DE HECHO POR DEFECTO PROCESAL – La terminación del proceso ejecutivo por pago no se puede negar porque el representante legal de la sociedad demandante excede sus facultades estatutarias.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 13, 29, 228, 229 y 230; Código de Procedimiento Civil, artículos 6, 71 y 537; Código Civil, artículos 1634, 1635 y 1637.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-543 de 1992 y C-590 de 2005.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso la inconformidad del actor radica en la decisión adoptada por el Juez de instancia, quien negó la solicitud de terminación del proceso ejecutivo mixto, hecha por el representante legal de la sociedad PROBIPA S. A. S., que es la ejecutante en el proceso o sea la acreedora de la obligación que se pretende en la demanda, bajo el argumento de esa actuación excede las facultades estatutarias.

Expone que con esta actuación se viola sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de Justicia, ya que al negar la terminación del proceso, a pesar de que el acreedor (cesionario) expresa que ya le pagaron, y lo hace por intermedio de su representante legal, es ir en contra vía de lo dispuesto en el artículo 537 del C. P. C. y hace más engorrosa la tramitación de un asunto generando perjuicios para ambas partes, como lo demuestra el tener que haber transitado un total de más de 12 meses desde que se presentó el escrito por parte del representante legal de la sociedad demandante, lo cual se hizo en mayo 15 de 2013, como quien dice hace 15 meses.

Previo a abordar el disenso del actor, es preciso determinar la procedencia de la acción de tutela en el caso sub examine, desde su óptica general y específica.

En principio, la intervención del juez constitucional contra un proceso que se encuentra en curso, le está vedada, pues la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo, pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.

Se tiene que el actor agotó todos los recursos contra la actuación presuntamente vulneratoria de sus derechos fundamentales, con lo cual se considera agotado el requisito de subsidiariedad.

Se observa igualmente que se cumple con el requisito de la inmediatez, considerándose prudente el término de aproximadamente un (1) mes y quince (15) días que tardó en solicitar el amparo.

La providencia atacada no se trata de una sentencia de tutela.

Ahora, revisado el trámite surtido, si se observa un defecto de orden procedimental absoluto, que da al traste con el derecho fundamental al debido proceso, al haberse negado la terminación del proceso ejecutivo mixto cuando la parte ejecutante, por intermedio de su representante legal, está expresando que ya la parte ejecutada la canceló el importe de la obligación cobrada y las costas judiciales, violentando lo regulado en el artículo 537 del C. P. C., norma que al ser procesal es, según lo señalado en el artículo 6 del C. P. C., de derecho público y de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando lo indicado en el

artículo 537 Ibídem no da lugar a interpretación ni a opciones por parte del Juez, ya que si se cumple con las exigencias allí previstas la decisión no puede ser otra que terminar el proceso y hacer los ordenamientos allí previstos.

Las exigencias que se prevén en el artículo 537 del Código Adjetivo Civil son:

A. Que la petición se haga antes de rematarse el bien o bienes embargados, secuestrados y avaluados;

B. Que la petición se haga por escrito autentico y proveniente del ejecutante o su apoderado facultado para recibir; y

C. Que en el escrito se acredite el pago de la obligación demandada y las costas.

Si se cumple con tales exigencias, la norma señala que *“el Juez DECLARARÁ TERMINADO EL PROCESO Y DISPONDRÁ LA CANCELACIÓN DE LOS EMBARGOS Y SECUESTROS, SI NO ESTUVIERE EMBARGADO EL REMANENTE”*. Como se observa diáfamanente, no se le da otra opción al Juez.

En el presente caso tenemos:

i. Que en el proceso ejecutivo mixto radicado bajo No. 1999-00350-00, donde es acreedora (ejecutante) la sociedad PROBIPA S. A. S., en su calidad de la cesionaria CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S. A., en contra de la señora MARIANA ARELLANO DE GARCES y de la sociedad AZUCARES Y MIELES ASOCIADAS LTDA EN LIQUIDACIÓN, no se ha hecho remate alguno;

ii. El representante legal de la sociedad PROBIPA S. A. S., que es la acreedora o ejecutante, hace la petición de terminación del proceso por pago total de la obligación cobrada y las costas judiciales antes de rematarse alguno de los bien embargados y secuestrados;

iii. La petición de terminación del proceso por pago total de la obligación cobrada y las costas judiciales se hizo por escrito autentico y proveniente de la ejecutante, como quiera que la hace la persona que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal es el representante legal de la sociedad PROBIPA S. A. S.; y

iv. En el escrito el representante legal de la sociedad PROBIPA S. A. S. manifiesta rotundamente que se la ha hecha a la sociedad que representa el pago de la obligación demandada y las costas, siendo tan explícito que determina la forma como se le canceló.

Ante el cumplimiento de tales exigencias, no le era dable al juez de conocimiento negar la petición bajo argumentos de requerirse autorizaciones que la norma no exige, conllevando de esta forma la violación crasa de las disposiciones legales procedimentales vigentes, ocasionando con ello la procedencia del amparo de tutela por configurarse la causal específica consistente en un defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Y es que la decisión proferida apartándose del procedimiento reglado, vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante.

De lo antes anotado se puede concluir que en el presente caso, SI es procedente la acción de tutela para amparar el derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA (V.), al existir una vía de hecho por defecto procedimental absoluto ante la expedición de los

autos interlocutorios No. 12 de enero 20 de 2014 y No.291 de mayo 28 de 2014, por medio de los cuales niega la terminación del proceso ejecutivo Mixto, promovido por la sociedad PROBIPA S. A. S. contra la sociedad AZUCARES Y MIELES ASOCIADAS LTDA EN LIQUIDACIÓN y MARIANA ARELLANO DE GARCES, radicado al No. 1999-00350-00, en relación a la negativa de dar por terminado el proceso por pago total de la obligación cobrada y las costas judiciales.

Tutela de primera instancia (2014-00316-00) del 8 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: tutela el derecho fundamental al debido proceso.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO – La aclaración o corrección de los linderos no puede hacerse por medio de la prueba testimonial.

Sentencia de segunda instancia (2011-00070-02) del 21 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PROCESOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS – La reliquidación del crédito, como soporte de la demanda, solo es exigible en los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-00135-00) del 22 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: tutela los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – La aprobación del acuerdo de reorganización de la persona natural no comerciante permite solicitar el desembargo de los bienes, pero con la finalidad de enajenarlos.

Tutela de segunda instancia (2014-00146-00) del 26 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Es independiente de la responsabilidad penal.

Sentencia de segunda instancia (2003-00117-01) del 26 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma la sentencia apelada.

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD – El presunto padre biológico puede promoverla en cualquier tiempo/PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD CUANDO LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD ES FRUTO DE UN JUICIO CONTRADICTORIO- No puede afectar a quien tenía razones para no conocer su condición de padre biológico/CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS – Se asigna a personas distintas de los padres cuando estos son inhábiles de manera física o de manera moral.

Sentencia de segunda instancia (2013-00152-01) del 27 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: confirma la sentencia apelada.

PRESCRIPCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – No puede recaer sobre el inmueble que es usado para fines de explotación comercial y no como solución de vivienda.

Sentencia de segunda instancia (2011-00100-01) del 28 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

UNIÓN MARITAL DE HECHO - El decreto de pruebas de oficio es una facultad del juez que no pone en entredicho su imparcialidad/**RECURSO DE APELACIÓN** – Los argumentos deben ser serios y concretos.

Sentencia de segunda instancia (2013-00085-01) del 2 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Culpa exclusiva de la víctima por la caída imprevista e inesperada del vehículo en que viajaba.

Sentencia de segunda instancia (2010-00113-01) del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: confirma la sentencia apelada.

NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS QUE RESUELVEN RECURSOS EN MATERIA TRIBUTARIA - A partir de la introducción de la citación en el correo, el contribuyente tiene diez días para comparecer y recibir la notificación personal.

Sentencia de tutela de segunda instancia (2014-00151-01) del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca la sentencia impugnada.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – El juez debe darle trámite a la solicitud de desacato de tutela.

Sentencia de tutela de primera instancia (2014-00314-00) del 8 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – El estudiante que pretenda la cancelación extemporánea de una asignatura debe probar las circunstancias especiales que justifiquen tal determinación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 69; Estatuto Estudiantil de la Universidad Nacional de Colombia, artículo 15.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-299 de 2006 y T-603 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 CARLOS JOSÉ JIMÉNEZ VIDAL, quien reclama por esta vía la cancelación de una de las asignaturas que matriculó dentro del *pensum* correspondiente al semestre en curso del programa de Ingeniería Agroindustrial, resulta acorde con los postulados constitucionales invocados por aquel, o si por el contrario se advierte la vulneración de los mismos.

Ahora bien, las instituciones de educación superior se encuentran amparadas por el principio de autonomía universitaria que consagra el artículo 69 Superior, en virtud del cual, para el desarrollo de las funciones que le son inherentes, cuentan con un margen discrecionalidad a fin de disponer y determinar las reglas y procedimientos a los que debe someterse toda la comunidad universitaria (estudiantes, docentes y directivas).

Para el caso *sub-examine* resulta necesario entonces enlistar los hechos más relevantes que se advierten en el *dossier*: (i) el accionante CARLOS JOSÉ JIMÉNEZ VIDAL inscribió y matriculó para el primer semestre del año 2014 en el programa académico de Ingeniería Agroindustrial de la Universidad Nacional de Colombia Sede Palmira, la asignatura denominada “*Historia del Empresario – 5001224*”; (ii) en la plataforma web de la institución se indicó que el mencionado curso se desarrollaría los días martes y viernes de 5 de la tarde a 7 de la noche en el salón 50-105/106; (iii) tanto en la tercera, cuarta y quinta semana de clases ante el aula determinada por la universidad para desarrollar la clase se presentó en el horario previamente señalado; sin embargo, en todas las ocasiones el salón se encontraba vacío -según afirma- y sin señal alguna que indicara el lugar donde se estaba llevando a cabo el curso; por ello, en repetidas ocasiones acudió a la Oficina de Registro y Matrícula y a la Oficina de Planeación de la institución con el fin de indagar respecto a la ubicación del salón correspondiente; sin embargo, siempre se le informó que el aula registrada para la clase era la ya conocida por él; (iv) ante lo ocurrido, el accionante decidió cancelar la materia considerando cumplir los requisitos del artículo 15 del Estatuto Estudiantil: con todo, trascurrido un tiempo considerable solicitó la respuesta a su petición en la Secretaría de la Facultad de Ingeniería y Administración sin que fuera posible obtener la misma. Posteriormente en el Departamento de Ingeniería y Administración se le informó verbalmente que su solicitud fue desestimada, pero sin ser notificado de ninguna decisión formal al respecto; (v) en vista de lo anterior acudió -por fuera del término- ante el Consejo de la Facultad para solicitar la cancelación de la materia, justificando su tardanza en que no había recibido notificación alguna respecto de la respuesta a su inicial petición. Dicha solicitud también fue despachada desfavorablemente por ese estamento en atención a que la misma fue presentada después de la mitad del periodo académico. Finalmente obtuvo una calificación de 0.0 en la asignatura Historia del Empresario por inasistencia a la clase, lo cual, consecuentemente redundará en la pérdida de su calidad de estudiante.

Ahora bien. Es importante precisar que si bien es cierto el accionante afirma que solicitó ante el Comité Asesor de su programa académico su petición de cancelar la asignatura Historia del Empresario – 5001224 atendiendo los parámetros del artículo 15 del Estatuto Estudiantil de su *alma mater*, esto es, de manera oportuna, lo cierto es que no existe prueba alguna en el expediente respecto de la entrega de esa solicitud; es más, las atestaciones del actor no son claras en cuanto a la fecha en que elevó la misma, razón por la cual, no puede el Despacho ahora dar por cierto el hecho de que en realidad de verdad el accionante sí requirió en tiempo la cancelación de la asignatura ni tampoco, que existió una tardanza en la

respuesta a dicha petición por parte del ente accionado cuando no se tiene certeza de la veracidad de tal circunstancia.

Seguidamente, resulta indispensable determinar entonces si los motivos aducidos por el estudiante ante el Consejo de la Facultad de Ingeniería y Administración resultan ser válidos para justificar su tardanza en la presentación de la petición de cancelación de la asignatura de Historia del Empresario. A la sazón, solo a partir de la respuesta afirmativa a tal interrogante podría pregonarse la vulneración al derecho al debido proceso del accionante.

El parágrafo 1 del artículo 15 del Estatuto Estudiantil de la Universidad Nacional de Colombia señala: “... Los Consejos de Facultad podrán autorizar cancelaciones posteriores, previa solicitud justificada del estudiante...”.

Sobre los motivos que pueden ser aducidos por un estudiante para la presentación extemporánea de solicitudes ante su institución de educación superior, puede resaltarse lo argumentado por la Corte Constitucional al estudiar un caso de perfiles similares al aquí analizado

Descendiendo al presente caso, se tiene que el señor CARLOS JOSE JIMENEZ VIDAL al solicitar al Consejo de la Facultad la cancelación de la multicitada asignatura indicó como justificación para la extemporaneidad de la misma que “...*pese a consultar en los departamentos destinados a proporcionarme esa información, me fue imposible dar con el salón, y de ahí que se derive mi inconformidad respecto al tiempo transcurrido que supone unos créditos desperdiciados y que nunca pude ver alguna clase, situación la cual puse en conocimiento mediante una carta transcurrida la cuarta semana de clases, sin embargo me encuentro con que mi solicitud fue desestimada...*”.

En este orden de ideas, y partiendo de la premisa de no encontrarse probado que el actor haya presentado con anterioridad otra solicitud de cancelación de la materia Historia del Empresario -cuya definición se encontrara pendiente- considera la Sala que los motivos argüidos por el accionante no justifican su pasividad y falta de diligencia en aras de encontrar una solución a la problemática que dice haber enfrentado. Y es que obsérvese que si bien pudo existir una información equivocada en el portal *web* de la universidad, o por parte de las oficinas de la facultad donde dice haber consultado el accionante, no es entendible como éste optó por dejar pasar los días y las semanas sin realizar ninguna gestión adicional para localizar cuál era el aula en la que se estaba impartiendo el curso matriculado (vgr. ubicar al docente asignado para la materia en el salón de profesores, indagar con sus demás compañeros de curso al respecto) y por el contrario decidió sumar faltas de asistencia durante casi la totalidad del semestre.

Así las cosas, no puede pretender ahora el accionante que su conducta displicente pueda ser premiada ahora a través de este mecanismo excepcional de protección a derechos fundamentales, cuando no existe evidencia alguna de que los mismos le hayan sido vulnerados por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

Tutela de segunda instancia (2014-712) del 8 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

ACCIÓN DE TUTELA – El poder conferido para un proceso judicial no suple el poder especial para intervenir en la tutela.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-550 de 1993 y T-552 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Sin necesidad de adentrarse en el fondo de la solicitud de tutela *subexámine* la Sala encuentra que el fallo proferido por el *a-quo* amerita ser confirmado, pero por las motivaciones que seguidamente se exponen.

La petición de amparo constitucional que dio génesis a la presente actuación fue impetrada por la abogada NANCY MADRID VIVEROS, quien carece de legitimación en la causa para invocar a favor de la señora NUBIA PEREA MAZUERA protección al derecho fundamental al “mínimo vital”, “seguridad social”, entre otros, pues el poder conferido por aquella no es especial para incoar tutela en su nombre, y solo la autoriza para que “... *la represente como apoderado dentro de la reclamación de la pensión de sobreviviente ante COLPENSIONES, en procura de que se me reconozca que tengo pleno y legal derecho a la pensión que recibía el señor LUIS GONZALO ORTÍZ...*”.

Así pues, en todos los casos debe estar debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa, y de no cumplirse con tal exigencia [como cuando no existe poder especial para incoar la tutela, en el caso del apoderamiento judicial] el juez de tutela debe declarar improcedente el amparo.

En éste orden de ideas es palmario que la profesional del derecho que aquí acude a la tutela carece de legitimación en la causa para incoar, bien *motu proprio*, ora a nombre de NUBIA PEREA MAZUERA, la solicitud de amparo constitucional que ocupa la atención del Tribunal, toda vez que (i) no ostenta la calidad de parte o tercero interviniente en el trámite administrativo de reclamación de pensión de sobreviviente; y (ii) partiendo de que la tutela ha sido incoada en favor de la señora NUBIA PEREA MAZUERA, es palmario que dicha togada carece del necesario poder especial para éste efecto, toda vez que el que le fue otorgado no la habilita para incoar una tutela en representación de aquel poderdante pues específicamente no se ha otorgado mandato para tal finalidad.

Sobre este tema la doctrina constitucional ha puntualizado que “...*debe desecharse la hipótesis de que el poder conferido para adelantar un proceso judicial sirve al propósito de intentar la acción de tutela a que pudiese dar lugar ese proceso, por cuanto se trata de actuaciones distintas y, si bien es cierto que la tutela tiene un carácter informal, también lo es que tal informalidad no lleva a presumir la existencia de un poder que no se presentó y que es necesario allegar siempre que se ejerza la acción de tutela a nombre de otro y a título profesional...*”.

En el mismo sentido, la abogada en comentario tampoco ostenta la legitimación para actuar como agente oficiosa de NUBIA PEREA MAZUERA toda vez que ni siquiera mencionó en su solicitud de amparo constitucional que ésta se encuentre imposibilitada para promover la acción de tutela personalmente.

Desde ésta sola perspectiva, entonces, la solicitud de tutela *sub-discussio* deviene improcedente, de lo cual se sigue la confirmación del fallo impugnado.

Tutela de segunda instancia (2014-713) del 8 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

PROCESO EJECUTIVO – El demandado debe demostrar los hechos que sirven de fundamento a sus excepciones/TÍTULOS VALORES SUSCRITOS CON ESPACIOS EN BLANCO – El demandado debe probar cuáles fueron las instrucciones dadas y el abuso del actual tenedor del título al desatenderlas.

Sentencia de segunda instancia (2011-00102-01) del 15 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

BONIFICACIÓN JUDICIAL PARA LOS SERVIDORES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN – Es salario y por tanto sujeta a descuento por concepto de cuota alimentaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 382 de 2013.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995; Consejo de Estado, Sección Segunda, decisión del 22 de octubre de 2009, con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Según fluye del recuento que antecede, el problema jurídico que subyace en la presente casuística constitucional estriba en determinar si la bonificación judicial creada por el Decreto 0382 de 2013 -que el accionante percibe como empleado de la Fiscalía General de la Nación desde el mes de mayo del año 2013- es salario, y como tal, pasible del descuento del 16.66% que por concepto de la cuota alimentaria en favor de la menor hija de aquel se aprobó mediante sentencia judicial proferida antes de la expedición de dicho decreto. Si la respuesta es positiva, ninguna glosa podrá formularse contra el Pagador y la Jueza accionados. En caso contrario, razón le asistirá el accionante al dolerse del proceder de dichos funcionarios.

Una primera aproximación al tema impone memorar que la sentencia por medio de la cual se aprobó la conciliación a la que el accionante y la madre de la menor llegaron el 22-02-2011 dejó claramente definido que el *quantum* de la cuota alimentaria mensual que el primero debía seguir suministrando a su menor hija SOFIA, era “...el equivalente al 16.66% del salario que devenga como empleado de la Fiscalía General de la Nación...”, suma que el alimentante “...autoriza que se le descuenten por nómina...” (folios 6 y 7 cdo.No. 1).

Ahora bien: la BONIFICACION JUDICIAL creada por el Decreto 0382 de 2013 “...para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación...”, no solo se paga a éstos mensualmente (artículo 1) sino que constituye una contraprestación directa al servicio que aquellos prestan al ente investigador. De ahí que independientemente de que la misma solo constituya “...*factor salarial para la*

base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud....”, INDUDABLEMENTE ES SALARIO.

Razones al canto:

A.] El artículo 127 del Código Laboral prescribe CON TOTAL CLARIDAD que “...Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”.

B.] La Corte Constitucional, con apoyo en la Ley y en tratados internacionales como el de la OIT, en reiterados pronunciamientos ha expresado que sin importar el nombre que se le dé a lo que un empleado o funcionario recibe como contraprestación periódica a su trabajo (v.gr. prima, bonificación, etc.), ELLO CONSTITUYE SALARIO.

Apartes pertinentes de algunos de los muchos pronunciamientos que en ese sentido ha emitido esa alta Corporación, son los siguientes:

“...Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarle la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado - sentido restringido y común del vocablo- sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras – entre otras denominaciones -, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado...” (Sentencia C-521/ 95).

El CONSEJO DE ESTADO, por su parte, en un proceso en el cual la entidad demandada sostenía que una parte de la remuneración que la demandante percibía como “...subsidio de transporte y fomento al ahorro...” no era salario, por sentencia del 22 de octubre de 2009 (Sección Segunda, subsección “B”. Consejero Ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE) señaló lo siguiente:

“...“Para la Sala es claro que todo lo que está dirigido a remunerar de manera directa los servicios prestados por el trabajador constituye salario, así se le dé otra denominación o se pretenda modificarle su naturaleza. Los empleados de la Superintendencia Bancaria perciben el salario mensual a través de dos fuentes: la Superintendencia misma y la Caja de Previsión Social, Capresub. Efectivamente cada mes la entidad les paga la asignación básica y la Caja adicionalmente un 42% de esa suma; en otras palabras la asignación mensual está constituida por lo reconocido por estos dos organismos, fuera de otros factores que puedan concurrir en ella...””

Definido, pues, que la BONIFICACION JUDICIAL que el aquí accionante devenga como empleado de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION (Asistente de Fiscal II) es salario, fuerza es concluir que ningún reproche le cabe al PAGADOR DE LA

DIRECCION SECCIONAL ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION por haberlo entendido así, y como consecuencia de ello haber efectivizado la orden judicial de descuento del 16.66% sobre “...el equivalente al 16.66% del salario que devenga como empleado de la Fiscalía General de la Nación...” incluyendo la bonificación judicial que aquel empezó a devengar con posterioridad a la providencia judicial que así lo dispuso, desde luego que ella forma parte integral del salario de aquel.

Prédica que igualmente procede en relación con la JUEZA PRIMERA DE FAMILIA DE TULUA, de quien en puridad hay que decir que nada hay en el proceso que evidencie haberse apartado de los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales enantes transcritos.

Finalmente hay que decir que le asiste razón a la representante del Ministerio Público cuando plantea que si la inconformidad del accionante radica en el *quantum* actual de la cuota alimentaria que debe suministrar a su menor hija, NO ES LA TUTELA el escenario indicado para discutir el punto, pues ciertamente para ese efecto el ordenamiento tiene diseñado un mecanismo ordinario e idóneo, como es el proceso de regulación de cuota alimentaria.

Tutela de primera instancia (2014-808) del 15 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: niega la protección solicitada.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS – En ella cumple una función preponderante establecer la voluntad normativa de las partes/HIPOTECA ABIERTA E INDETERMINADA – La escritura de ampliación no debe exigirse como requisito de la demanda ejecutiva/TÍTULOS VALORES SUSCRITOS CON ESPACIOS EN BLANCO - El demandado debe probar cuáles fueron las instrucciones dadas y el abuso del actual tenedor del título al desatenderlas/ACCIÓN CAMBIARIA – Prescribe a partir del vencimiento de los títulos valores y no de la renovación de la hipoteca/PRESCRIPCIÓN ENTRE DEUDORES SOLIDARIOS – La decretada en favor de uno favorece a los restantes.

Sentencia de segunda instancia (2010-00028-02) del 16 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: revoca la sentencia apelada.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – El incumplimiento acarrea la terminación y no la resolución del contrato/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La terminación unilateral del contrato genera el derecho a la indemnización de tres meses de arrendamiento y no el pago de los cánones restantes/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La buena fe impone a la arrendadora la obligación de comunicar las circunstancias relevantes para la ejecución del contrato/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – La arrendadora incumple sus obligaciones cuando el arrendatario no puede usar el bien para el fin contratado.

Sentencia de segunda instancia (S-136-14) del 18 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz. Decisión: revoca la sentencia apelada.

DESACATO – El término de diez días establecido en la sentencia C-367 de 2014 es para decidir el desacato, no para tramitarlo, y sin omitir el traslado para la oportunidad de pedir y aportar pruebas.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 29 y 86; Código de Procedimiento Civil, artículos 6, 124 y 137; Ley 1285 de 2009, artículo 25.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-367 de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

1.- La señora NEIRA JULIA LEYTON MENESES, promovió incidente de desacato en contra de la NUEVA EPS., aduciendo que la entrega de los medicamentos es tardía y entretanto debe sufrir la interrupción del tratamiento médico con consecuencias en su salud, requiriendo actualmente los medicamentos hidroxiclороquina (plaquinol de 200mg), vitamina D, deflazacort (lantadin 6mg), leniderm crema emoliente, bloqueador solar 50 FPS de 150 ml.

2.- Por auto interlocutorio No.769 de septiembre tres (3) de 2014, se ordenó dar inicio al incidente de desacato en contra del Representante Legal de la NUEVA EPS, doctor JOSE FERNANDO CARDONA URIBE y la Representante Legal Seccional Valle de la NUEVA EPS, doctora BEATRIZ VALLECILLA ORTEGA, a quienes se les notificó y se les corrió traslado por el término un (1) día, para que pidieran o aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer en ejercicio del derecho de contradicción; allí mismo se abrió a pruebas el presente asunto, concediendo el término de un (1) día para su práctica, teniendo como tales los documentos presentados por la incidentalista.

3. Por auto interlocutorio No.791 de septiembre nueve (09) de dos mil catorce (2014), se dispuso sancionar por desacato a los doctores JOSE FERNANDO CARDONA URIBE Y BEATRIZ VALLECILLA ORTEGA, en su calidad de Representante Legal y Representante Legal Seccional Valle de la NUEVA EPS, respectivamente, con arresto de tres (3) días y multa por el valor equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incumplido la Sentencia No. 043 del 19 de junio de 2008, dictada dentro de la Acción de Tutela promovida por la señora NEIRA JULIA LEYTON MENESES.

Se hace necesario e imperativo dejar en claro lo siguiente:

1º. Una interpretación impropia de lo dicho por la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-367 de junio 11 de 2014, pues lo indicado fue que la decisión del incidente debía de ser emitida en el término de que trata el artículo 86 de la Constitución Nacional, o sea en el término de 10 días, más no que la duración del trámite del incidente entre la solicitud y la decisión del incidente de desacato fuera de 10 días; y es lógico que no lo dijera, en primer lugar, porque a diferencia de la tutela el incidente de desacato tiene regulada cada una de sus etapas; en segundo lugar, porque no se puede pretender vulnerar derechos fundamentales so pretexto de hacer cumplir la decisión de tutela, derechos tales como el debido proceso y el derecho de defensa que se afectarían si se inobservan las normas aplicables al trámite de un incidente. Adicionalmente, si se analiza el contenido del inciso cuarto del artículo 86 de la Carta Magna, allí se indica que el término de duración de la primera instancia de la tutela es de 10 días

contados entre la solicitud y su resolución, o sea que abarca todo el trámite, mientras, como ya se dijo anteriormente, el fallo de la Corte Constitucional lo que dijo era que se aplican los días para emitir la decisión (auto interlocutorio), con el fin de que el incidente sea decidido con la prelación de que trata la Carta Magna para el caso de la tutela.

Es bueno resaltar que al ser el desacato un incumplimiento de la sentencia de tutela y al estar amparada la tutela de la prelación que le otorga la Constitución Política, con base en la cual desplaza a los asuntos de la jurisdicción ordinaria para su trámite y fallo, el incidente de desacato tiene que gozar de la misma prelación, pues se busca el amparo de unos derechos fundamentales, circunstancia por la cual, una vez presentada la petición de inicio del incidente de desacato, está (la petición) debe ser adelantada (tramitada) desplazando a los asuntos de la jurisdicción ordinaria y agotar cada una de las etapas previstas para ello, principiando por disponer si se emite o no el auto de admisión del incidente y, en el evento de que se disponga el inicio de incidente, éste, con la prevalencia de que da el ser un incidente constitucional, se surtirá bajo los parámetros de los artículos 137 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, precisando que el auto que decida el incidente debe ser emitido en no más de 10 días contados desde el momento en que se pasa el expediente al Despacho para tal fin; término que, entre otras cosas y en criterio de esta Sala, no era necesario indicarlo pues bastaba con remitirse a lo señalado en el artículo 124 del C. P. C., donde se precisa que el término para dictar un auto interlocutorio, que es el que se debe proferir para fallar un incidente, es de diez (10) días.

Acoger la interpretación que al parecer hizo el Juzgador de Primera Instancia sería, como ya se indicó, atropellar el derecho fundamental al debido proceso y de defensa de las partes omitiendo unas etapas procesales que previamente están señaladas por el legislador, sin que para ello se tenga un soporte distinto a una interpretación, en el criterio de esta Sala, errónea de lo expresado por la Corte Constitucional y dejando de lado lo señalado en el artículo 6 del C. P. C.

Ahora, es sano dejar en claro que ante el incumplimiento en una orden de tutela, el beneficiario del fallo de la tutela tiene varias opciones a seguir a saber:

A. Pedir que se haga el requerimiento de que trata el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el cual no es requisito previo para acudir al incidente de desacato;

B. Pedir que se dé inicio al incidente de desacato, en forma directa y como lo prevé el artículo 52 del citado decreto, para lo cual se acude a lo normado en los artículos 135 y 137 del C. P. C.;

C. Instaurar la acción penal por el presunto delito de fraude a resolución judicial, sin dejar de lado la queja disciplinaria, cuando se trata de un funcionario o empleado público.

Entendido lo anterior, y descendiendo al caso en concreto, tenemos que dentro del trámite incidental, el Juez de conocimiento admitió, por auto No. 769 de septiembre 3 de 2014, el incidente de desacato, disponiendo dar traslado al incidentado por el término de UN (1) DÍA, CERCENANDOLE EL DERECHO DE DEFENSA, YA QUE LA NORMA (ART. 137 DEL C. P. C., NUMERAL 2, ORDENA QUE EL TÉRMINO DEL TRASLADO ES DE TRES (3) DÍAS, SIENDO ÉSTE UN TÉRMINO LEGAL Y NO JUDICIAL, POR LO QUE NO ES DISPONIBLE PARA EL JUEZ REGULARLO. Adicionalmente, decretó, en la misma providencia, las pruebas, sin observar lo indicado en el numeral 2 del artículo 137 del C. P. C., o sea sin esperar

a que transcurriera el término que se consagra de traslado para el incidentado, dentro del cual éste puede pedir o aportar las pruebas que pretenda hacer valer. Por lo tanto, se tenía y se tiene que esperar el vencimiento de dicho término para la preclusión de la etapa del traslado al incidentado, y poder proceder a incorporar (legalizar) las pruebas que requería para fundamentar la decisión de fondo, precisando que una cosa es que siempre se necesita el decretar las pruebas y otra muy distinta que esas pruebas requieran práctica, puesto que en algunas oportunidades basta con las pruebas allegas al expediente en documentos, ante lo cual, una vez decretadas, se puede prescindir el termino probatorio y ejecutoriado el auto que las legaliza se debe proceder a emitir la decisión que corresponda.

Auto 2008-00031-00 (consulta desacato) del 22 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara la nulidad.

AUTO QUE RECHAZA LA DEMANDA POR FALTA DE COMPETENCIA – Es apelable y difiere del auto que decide el conflicto de competencia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículos 85 y 148, 377 y 378.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Examinado el caso a estudio, se tiene que se trata de un proceso de pertenencia (prescripción extraordinaria de dominio de predio rural), instaurado por la señora AMPARO DE JESÚS DIAZ FERNANDEZ contra FERNANDO MAYA RUIZ y demás personas indeterminadas, con el fin de lograr que *“se declare por vía de prescripción extraordinaria que la señora AMPARO DE JESÚS DIAZ DE FERNÁNDEZ, es propietaria del bien inmueble ubicado en el corregimiento La Guayacana, Jurisdicción del Municipio del Águila (Valle), denominado el “CALICHAL” (...). Como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación del registro de propiedad del señor LUIS FERNANDO MAYA RUIZ, anterior propietario del bien inmueble objeto de litigio (...).”*

El Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), rechaza la demanda por falta de competencia, ordenando remitir el expediente al Juez Promiscuo Municipal de El Águila (V). Inconforme con lo anterior, el apoderado judicial interpone recurso de apelación, el cual no es concedido bajo el argumento de que de conformidad con el artículo 148 del CPC, que establece *“Siempre que el Juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción.-... Estas decisiones son inapelables”*, es decisión no es susceptible de alzada.

Así las cosas, esta Sala Singular no comparte el argumento del juez de primera instancia, por los siguientes motivos:

1º. El Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (V) rechaza, de plano, la demanda por falta de competencia, según él, acogándose para tal rechazo a lo previsto en el artículo 85 del Código de los Ritos Civiles;

2º. El artículo 85 del. C. P. C. es contundente y expresa en lo concerniente al rechazo de la demanda y la posibilidad de interponer el recurso de alzada, al decir que *“La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquel que negó su admisión, y se concede en el efecto*

suspensivo”, situación que bastaría para decir que la decisión recurrida en queja fue desacertada, sin embargo continuemos con los restantes argumentos;

3°. El artículo 148 del Código Adjetivo Civil regula el trámite de lo concerniente al conflicto de competencia y la parte donde se refiere a que *“Estas decisiones serán inapelables”* hace referencia a las decisiones que toma el juez que recibe el expediente quien puede, a su vez, declararse incompetente, siendo ésta una decisión, y solicitar el conflicto de competencia, siendo ésta otra decisión. Por lo tanto, la apreciación en la que se apoya el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (V) es equivocada, pues la norma citada (art. 148 del C. P. C.) no indica que el auto que rechaza la demanda no sea apelable sino que las decisiones que se tome en el trámite del conflicto de competencia, en lo concerniente al primer inciso ya explicado, no son susceptibles de apelación.

4°. Adicionalmente, el artículo 148 de la norma procesal civil, regula el procedimiento a seguir en los conflictos de competencia que para el presente caso no podría generarse, como quiera que, tal como lo estatuye la citada normativa *“El juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por su respectivo superior jerárquico o por la Corte Suprema de Justicia”*, de tal manera que siendo el Juez Civil del Circuito de Cartago (Valle) superior del Juez Promiscuo Municipal de El Águila (V), no cabría un eventual conflicto de competencia.

Claro lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 148 del CPC, no se aplica en este caso, es palmario que la norma que ostenta el rechazo de la demanda cuando el Juez considera que no es competente para conocer de la misma, es el artículo 85 del Código Adjetivo Civil, donde se establece que: *“La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquel que negó su admisión, y se concederá en el efecto suspensivo”*. Igualmente, el artículo 351 de la norma procesal civil, en su numeral 1°, determina cuales providencias son apelables y en lo relativo a los autos dice que es recurrible en alzada: *“El que rechaza la demanda, su reforma o adición, o su contestación”*, por lo tanto, sí es procedente la alzada contra el auto No. 0861 de julio 07 de 2014.

De acuerdo a lo anterior, se declara prospero el recurso de queja, al considerarse mal denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto No. 0861 de julio 07 de 2014, dictada por la Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (V), dentro del proceso al que se refiere este asunto; y como consecuencia de ello, en aplicación a lo señalado en el antes indicado en el artículo 85 y 351 No. 1° del C. P. C., se procederá a conceder el recurso de apelación en el efecto suspensivo y se ordenará al Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago (V) que remita a esta Sala el expediente contentivo del expediente relacionado con este asunto.

Auto 2014-00096-01 del 22 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Juan Ramón Pérez Chicué. Decisión: declara próspero el recurso de queja interpuesto.

DESACATO DE TUTELA - El cumplimiento extemporáneo de la orden de tutela, o incluso después de la culminación del trámite, exime de la sanción.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias T-113 de 2005 y T-512 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, entre otras, decisiones de tutela 2012-01552 del 3 de julio de 2012 y 2012-00403-01 del 24 de octubre de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Holgradamente es sabido que el incidente de desacato no tiene como finalidad “sancionar por sancionar”, pues su teleología es la de procurar el cese o terminación de la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales que motivó la orden de amparo.

A la sazón, “...el objeto del incidente no es la imposición de la sanción en sí misma, sino proteger derecho fundamental vulnerado o amenazado. Así, la sanción es concebida como una de las formas a través de las cuales el juez puede lograr el cumplimiento de la sentencia de tutela cuando la persona obligada ha decidido no acatarla....” (Sentencia T-1113 de 2005).

Precisamente por ello, el órgano de cierre constitucional ha precisado que “...en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor ...” (sentencia T-512 de 2011),

En esa misma línea jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31-07-2012, tras reiterar que “...el incidente de desacato no persigue cosa mayor que el cumplimiento del fallo tutelar impartido...” concluyó que “...si bien el petente fue sancionado por hallarse rebeldía en su proceder, también lo es que ante el Juzgado Civil del Circuito de Fundación allegó el auto de 18 de abril de 2012, con base en el cual anunció haber observado el fallo desacatado, providencia que, aun cuando extemporáneamente proferida, debió ser tenida en cuenta por el Despacho querellado a la hora de dictar el proveído de 16 de mayo siguiente, a fin de verificar si la orden que en principio se determinó inobservada dentro del trámite del desacato bajo examen ya se cumplió, habida cuenta que el Juez del Circuito que impartió la orden de protección constitucional, en punto de tal prerrogativa, así como lo establece el inciso final del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, mantiene “la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”. De suerte que al contrario de lo sostenido por el funcionario judicial que conoce del desacato, las actuaciones que, con posterioridad a la imposición de la sanción, se enderecen a denotar que la rebeldía culminó, sí deben ser consideradas ya que, itérase, si el accionante, no obstante extemporáneamente, acató el referido fallo, se pueden dejar sin efecto las sanciones que le fueron impuestas al rebelde, en caso de que el fin perseguido con el trámite del desacato ya se hubiese cumplido...”.

Y en sentencia del 24-10-2012, la alta Corporación precedentemente indicó lo siguiente: “...Ante una situación como la registrada, esto es, cuando “el accionante aun cuando extemporáneamente, acató el referido fallo”, esta Corporación debe imponer la misma solución dispuesta en otras oportunidades para casos de similares características al que ahora se analiza, vale decir, que “...dejará sin efectos las sanciones que le fueron impuestas por el juzgado, pues el fin perseguido con el trámite del desacato ya se cumplió...” (posición igualmente asumida en las sentencias de 21 de septiembre de 2011, exp. 2011-01940-00; 14 de mayo de 2012, exp. 2012-00022-01; 5 de julio de 2012, exp. 2012-01313-00, 31 de julio de 2012, exp. 2012-01547-00, 2012-01548-00, 2012-01549-00 y 2012-01552-00)

A la luz de las clarísimas directrices que vienen de reseñarse, aflora nítido que los juzgados accionados incurrieron en la vulneración denunciada por el señor CORREA QUICENO.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, primeramente, debido a que teniendo aún el expediente en su poder ni siquiera respondió la petición que enderezada a obtener la revocatoria de las sanciones impuestas le formuló la Directora Regional de CAFESALUD EPS-S, a pesar que, según viene de verse, “...las actuaciones que, con posterioridad a la imposición de la sanción se enderecen a denotar que la rebeldía culminó, sí deben ser consideradas...”.

Y el Juzgado Primero Civil Municipal de la misma ciudad, por cuanto a pesar que se pronunció sobre dicho pedimento, decidió desestimarlos con base en consideraciones que desconocen la verdadera naturaleza del incidente de desacato, a la luz de las cuales concluyó que aunque durante el trámite del mismo el accionado cumpla con lo ordenado por el juez constitucional “...no por ello se excluye la posibilidad de aplicar la sanción por desacato...”, y que la sanción “...se impone como consecuencia directa del incumplimiento a una orden de un juez...”, conclusión que, dígame claramente, le atribuye un inaceptable jaez de *vindicta* al incidente de desacato y a las sanciones con las cuales puede culminar éste.

En consecuencia, la Sala dispensará el amparo constitucional incoado.

Sentencia de tutela de primera instancia (T-2014-831) del 23 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso y deja sin efecto la sanción impuesta.

ACCIÓN REIVINDICATORIA – El demandante no tiene que demostrar la posesión previa sobre la cosa/SIMULACIÓN – Relevancia probatoria de los indicios.

Sentencia de segunda instancia (S-2012-00036-01) del 23 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: modifica la sentencia apelada.

CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE EXPROPIACIÓN – La demanda deberá ser presentada dentro de los 2 meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que ordena la expropiación.

Sentencia de segunda instancia (S-20008-0019-01) del 24 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. María Patricia Balanta Medina. Decisión: modifica y confirma la sentencia apelada.

SALA LABORAL:

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL – No es necesario esperar a que culmine el proceso de liquidación de la empresa.

Sentencia 035 del 29 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONCILIACIÓN – Es válida frente a un eventual derecho a la jubilación/PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN – Requisitos.

Sentencia 036 del 30 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

TRABAJADOR DISCAPACITADO – Debe demostrar dicha calidad si pretende la estabilidad laboral reforzada.

Sentencia 038 del 30 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: confirma la sentencia apelada.

SALA PENAL:

SENTENCIA ANTICIPADA – En el acta de formulación de cargos la Fiscalía debe concretar los hechos y las normas en todas sus circunstancias.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 40 y 398.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 13594 del 9 de junio de 2004, 13733 del 13 de febrero de 2003 y 24053 del 6 de mayo de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El cargo formulado por la fiscalía contra el doctor Harold Gamboa Velásquez, fue el de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, según el cual, *“El servidor público que se apropie en provecho propio o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000.) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”.*

Como imputación fáctica contenida en el acta de formulación de cargos aditada el 19 de febrero de 2014, se advierte que la Fiscalía Treinta y Ocho Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., hizo una relación de 206 procesos laborales promovidos por distintos ciudadanos contra Foncolpuertos, los cuales fueron resueltos por el doctor Harold Gamboa Velásquez en su condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, a favor de los demandantes frente a quienes ordenó el pago de determinadas sumas de dinero, decisiones que posteriormente fueron revocadas por algunos Tribunales Superiores de Distrito Judicial, lo que conllevó al reintegro de las cantidades pagadas en cumplimiento de los fallos proferidos por el implicado.

En puridad, la Sala en unidad de criterio, observa la total ausencia de imputación fáctica en contra del Doctor Harold Gamboa Velásquez, por parte de la Fiscalía 38 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá D.C., de suerte, que la incuria y desparpajo del delegado de la Fiscalía fue de tal entidad, que su quehacer se limitó a relacionar doscientos seis (206) procesos laborales adelantados por ciudadanos en contra de FONCOLPUERTOS, en los cuales el procesado habría ordenado

pagos de sumas no determinadas, mientras fungió como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura Valle del Cauca.

Ni siquiera acreditó o demostró con los documentos públicos correspondientes, dígase acuerdo o resolución de nombramiento, acta de posesión, constancia del ejercicio del cargo, la condición de Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura Valle del Cauca; ignorando, que en los delitos de sujeto activo calificado, *“siempre tiene que existir una vinculación del sujeto activo con el objeto material para que se configure el delito de peculado”*.

Tampoco, aportó evidencias, de las cuales se pudiese colegir que efectivamente, el procesado está incurso en infracciones al deber de fidelidad con la administración pública y, que por esa vía socavó el interés patrimonial del Estado, transgrediendo los deberes que le eran exigibles como juez de la República.

El delegado de la Fiscalía, no argumentó y, menos demostró, la relación del sujeto activo con el objeto material del delito del peculado, que no son otros que, los caudales o efectos públicos y, de qué manera determinó la suerte de los mismos, si fue material y/o jurídica, en ejercicio de sus deberes funcionales.

En conclusión, omitió relacionar la conducta guiada por el ánimo de apropiación de los caudales o efectos públicos y, sin el propósito de reintegrarlos, además, de habérselos apoderado para sí o en favor de terceros. Se aprecia total orfandad argumentativa y probatoria sobre la conducta criminal imputada en especial sobre el objeto material del reato.

Con mayor razón omitió referirse y demostrar el tipo subjetivo del delito en cuestión que es eminentemente doloso que exige el conocimiento actualizado de todos y cada uno de los elementos que configuran o estructura el tipo objetivo, en particular las modalidades de actuación criminal encaminadas a entorpecer el servicio público mediante la apropiación de cantidades ciertas de dineros en este caso.

En fin, no adujo y, menos se acreditó, el ánimo de apropiación definitiva de los caudales oficiales, que trazó el servidor público en su propio beneficio o de terceros.

En definitiva, no puede pretender el delegado de la Fiscalía, que el Tribunal usurpe la competencia exclusiva y excluyente del ente acusador y, se dé a la tarea de escudriñar en los doscientos seis (206) procesos laborales los presuntos delitos en los cuales se dice pudo incurrir el procesado, ese quehacer, le corresponde realizarlo exclusivamente el delegado del ente acusador.

En lo que tiene que ver con la imputación jurídica, la fiscalía manifestó que el doctor Harold Gamboa Velásquez había incurrido en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía en concurso homogéneo y sucesivo, conforme a lo consagrado en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, al haber ordenado pagos indebidos a favor de terceros, dineros sobre los cuales tenía el deber de custodia y administración jurídica por razón de sus funciones, con lo que causó detrimento patrimonial del Fondo de Liquidación de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia.

Para la Sala, la fiscalía vulneró el debido proceso, derecho de defensa, contradicción, presunción de inocencia entre otros derechos humanos que le asisten al Doctor Harold Gamboa Velásquez, porque no concretó en el acta de

aceptación de cargos para sentencia anticipada las conductas delictivas que supuestamente él desplegó, en diferentes tiempos, espacios y circunstancias.

Nótese, que se limitó a relacionar o referir los doscientos seis (206) procesos laborales tramitados en el despacho del cual era titular el procesado, sin especificar los cargos, ni expresar ¿en qué consistió en cada caso específico la conducta presuntamente constitutiva de peculado y porqué?.

Olvidó el representante del ente acusador que el delito de peculado exige un sujeto activo calificado, lo cual debe acreditarse, que realiza una conducta consistente en apropiarse para sí o para terceros de los caudales o efectos oficiales con el propósito de apoderarse definitivamente de ellos. Al respecto, no se argumentó y, menos se soportó con evidencias los presuntos apoderamientos de los causales oficiales. Se echa de menos las evidencias, elementos de juicio, soportes objetivos de los cuales se pudiere inferir que el procesado sí cometió tales peculados.

En conclusión, como lo advierte el Tribunal de Cierre de la Justicia Penal, no es suficiente en materia de sentencia anticipada la simple y llana manifestación del presunto implicado de aceptar cuanto delito se le ocurra cargarle la fiscalía, sin argumentación, ni soporte probatorio alguno, que haga visible que, efectivamente, es el autor o partícipe de tales delitos, un simple relato genérico de esa laya resulta inane para efectos penales, en tanto que, aceptaciones de cargos sin soporte objetivo en evidencias que los corrobore carece de relevancia jurídico penal, para acreditar la comisión de los delitos del peculado en este evento.

Así que, la fiscalía estaba en el deber de señalar y acreditar la conducta delictiva de peculado circunstanciada, cometida dentro de cada proceso resuelto por el Doctor Harold Gamboa Velásquez mientras fungió como Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura, debió explicar y acreditar en todos y cada uno de los procesos laborales la ocurrencia de las defraudaciones mediante procedimientos criminales, sesgados o irregulares.

En ese discurrir del discurso debió el delegado de la fiscalía, Verbi gratia, acreditar que: i) la ilicitud usada como artificio consistió en la negativa a surtir el grado jurisdiccional de consulta, ii) se valoró la documentación correspondiente a un trabajador distinto al demandante, iii) se tuvieron en cuenta hechos y pretensiones no debatidas, ni probadas en el juicio, iv) aplicó de forma indebida la convención colectiva, v) acudió a la imposición de sanción por despido, teniendo en cuenta hechos y pretensiones confusas o inexistentes, vi) se concedió pensión de vejez cuando se reclamaba la de jubilación, vii) definió el caso sin pruebas o contravía de lo probado viii) omitió valorar y definir el caso según lo probado, tergiversó la prueba, la supuso para lograr defraudar el patrimonio del Estado, en fin, ix) cualquier otra irregularidad, anomalía o sesgo que le permitiera la apropiación de los recursos oficiales. Pero, eso sí, el señor fiscal debió evidenciar objetivamente la configuración de la conducta punible de peculado por apropiación.

Obsérvese, como la expedición de doscientas seis (206) sentencias a favor de los demandantes, en perjuicio de los intereses patrimoniales de Foncolpuertos y, que esos fallos fueron revocados por algunos Tribunales Superiores de Distrito Judicial del País, no constituye en sí mismo irregularidad alguna, siempre que tales fallos se ajustasen al derecho y a lo probado.

O sea, condenas a la administración, per se, por sí solas, no configuran la conducta punible de peculado por apropiación, como lo pretende hacer ver la fiscalía en el acta de formulación de cargos, en tanto, que es necesario la demostración objetiva, cierta y verificable de los hechos que soportan la imputación fáctica y jurídica, que realice el ente acusador, aspecto que no se cumplió en el presente asunto.

Por consiguiente, no basta para condenar al Doctor Harold Gamboa Velásquez por doscientos seis (206) peculados, que él esté dispuesto a admitir su responsabilidad y, por ende, asumir las consecuencias punitivas que se desprenden del delito de peculado por apropiación a favor de terceros y/o de él, esa razón no resulta suficiente para que la fiscalía omitiera su obligación de realizar la imputación fáctica y jurídica soportada en evidencias como es su deber y, se limitara a hacer una relación de los procesos laborales en los que supuestamente se ordenaron pagos indebidos en perjuicio de los intereses patrimoniales de Foncolpuertos.

Lo más grave e inexplicable, es la omisión de la realización del proceso de adecuación típica, antijurídica y culpable; en tanto, no se desvaloró las conductas presuntamente delictivas, con base en los hechos y las pruebas, no se interpretó las conductas presuntamente desplegadas por el actor y, se fijaron los alcances del dispositivo penal presuntamente violado con todas sus circunstancias y modalidades.

La aceptación de doscientos seis (206) cargos de peculado por apropiación como mínimo, que sin reparos hiciera el procesado Gamboa Velásquez, con la irresponsable anuencia de su abogado defensor y, la actuación notoriamente abusiva del fiscal del caso, en modo alguno, sana la irregular actuación del Fiscal quien olvidó que él, como representante del ente acusador le correspondía formular la acusación en los términos que exige la ley, sin menospreciar los derechos del implicado.

En fin, el fiscal ignoró que el acta contentiva de la diligencia de aceptación de cargos para sentencia anticipada, hace las veces de resolución de acusación, se asimila a ella y, como tal, debe contener todos y cada uno de los supuestos fácticos y jurídicos de la misma, la cual, además deberá, guardar congruencia con la sentencia de condena en contra del acusado.

Por lo tanto, no puede perderse de vista que, el trámite abreviado, de la sentencia anticipada, no excluye el obligado respeto de las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales y, que por eso, previo a concretar los efectos en una sentencia de condena, al juez le corresponde ejercer un control previo sobre la constitucionalidad y legalidad del trámite y, si observa su violación, debe restaurar la legalidad del proceso.

No sobra recordar e insistir, que la libertad como derecho subjetivo corresponde a todo ser humano, en tanto, sólo puede ser restringido en casos excepcionales y, previamente, establecidos en la ley, significa que la regla general es, el imperio de la libertad personal.

De conformidad con las prescripciones de los Artículos 28 y 29 de la Constitución Política, las personas sólo pueden ser privadas de su derecho de libertad, por causas o motivos taxativamente previstos en leyes penales preexistentes. Tal principio y derecho constitucional de la legalidad del delito, procedimiento y de

la pena se erige como el supremo derecho político criminal del Estado Social de Derecho.

La Sala en unidad de criterio y consecuentes con la argumentación expuesta decretará la nulidad del acta de formulación de cargos para sentencia anticipada realizada el 19 de febrero de 2.014, por la Fiscalía Treinta y Ocho Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., para que la misma se rehaga conforme a los parámetros establecidos en los artículos 40 y 398 de la Ley 600 de 2.000, teniendo en cuenta que será tenida como resolución de acusación.

Auto de segunda instancia (2014-00156-01) del 16 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: anula el acta de formulación de cargos.

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES – La valoración del testimonio único de la víctima, de gran importancia en estos casos, debe ser integral y en atención a las demás pruebas del expediente.

Sentencia de segunda instancia (AC-206-14) del 25 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – El diligenciar una letra de cambio en blanco para respaldar las deudas que una persona debió asumir por otra no constituye falsedad en documento privado ni fraude procesal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 28 y 29; Ley 906 de 2004, artículo 332, numeral cuarto.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]Considera la Sala que la causal de preclusión invocada por el fiscal, está plenamente demostrada, ya que la conducta desplegada por la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez, consistente en el diligenciamiento de una letra de cambio que el señor Gabriel Sánchez Delgado firmó en garantía de pago de las múltiples obligaciones que ella tuvo que cubrir por el incumplimiento de su ex compañero, a efectos de iniciar el respectivo proceso ejecutivo, no constituye el delito de fraude procesal ni el de falsedad en documento privado.

Véase, que en la diligencia de interrogatorio de parte, la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez informó a la judicatura de manera clara y detallada los motivos por los cuales el señor Gabriel Sánchez Delgado firmó la letra de cambio en blanco y narró cada una de las obligaciones que ella tuvo que cubrir debido al incumplimiento constante del precitado, deudas que conforme al dictamen pericial contable superan la suma de \$20.000.000.oo.

Las manifestaciones efectuadas por la señora Laura Andrea Duque Gálvez en la diligencia de interrogatorio de parte, fueron reiteradas por los ciudadanos Jesús Eugenio Castaño Rivera, Luz Marina Bravo Carvajal, Patricia Eugenia Ramírez Lozano y José Abraham Loaiza Chaverra, quienes coincidieron en que la precitada fue quien canceló las deudas que Gabriel Sánchez Delgado había adquirido y que garantizaba a través de letras de cambio, títulos valores cuyas copias fueron allegadas a la investigación, sin que se advierta que alguna de ellas hubiera sido

diligenciada por la imputada con el fin de inducir en error al funcionario judicial, como quiera que permanecen tal como fueron suscritas por el deudor.

Esa situación desvirtúa la el argumento del apoderado de la víctima, según el cual la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez, diligenció una letra de cambio firmada para respaldar una deuda adquirida por Gabriel Sánchez Delgado con el señor Jesús Eugenio Castaño Rivera, por una cuantía de \$500.000.00, ya que ese título valor fue allegado por la imputada, quedando demostrado que se trata de documentos diferentes.

Contrario a lo manifestado por el recurrente, considera la Sala que a través de los medios de prueba recaudados y puestos de presente por el fiscal ante la judicatura, se demostró claramente que la suscripción de letra de cambio presentada por Laura Andrea Duque Gálvez dentro del proceso ejecutivo singular iniciado contra Gabriel Sánchez Delgado, se originó en las múltiples obligaciones incumplidas por éste y que ella como codeudora tuvo que cancelar, sin que se pueda dejar de lado que está totalmente desvirtuada la tesis según la cual la imputada usó otro título valor firmado para garantizar otra deuda.

Criticó el impugnante que en el poder conferido por Laura Andrea Duque Gálvez, al igual que en la demanda ejecutiva presentada contra Gabriel Sánchez Delgado, se hubiera indicado que lo pretendido era obtener el pago del título valor firmado por éste en diciembre de 2007, por cuantía de \$20.000.000.00, ya que en su criterio se trata de una afirmación falsa que indujo en error al funcionario judicial al emitir mandamiento de pago contra su representado.

La Sala no comparte la afirmación ni el análisis efectuado por el apoderado de la víctima, ya que así desde la presentación de la demanda se hubiera indicado que la letra de cambio se firmó para respaldar las múltiples obligaciones incumplidas por Gabriel Sánchez Delgado y que Laura Andrea Duque Gálvez tuvo que pagar en calidad de codeudora, tal como se narró de forma detallada en el interrogatorio de parte, la decisión de la Juez Primero Civil Municipal de Tuluá, habría consistido en la emisión del mandamiento de pago a favor de la imputada, tal como ocurrió en la realidad, de donde se infiere que no existió una maniobra fraudulenta para inducir en error a la citada juez, quien incluso al interior del proceso ejecutivo analizó esa situación y consideró que el actuar de la ciudadana Duque Gálvez era permitido por la ley.

De otro lado, no es cierto que dentro del acervo probatorio allegado por el ente acusador, no se hubiera comprendido el interrogatorio de parte rendido dentro del proceso ejecutivo singular, ya que del folio 82 al 86 del cuaderno No. 02 del proceso penal seguido contra Laura Andrea Duque Gálvez, se observa el acta de la referida diligencia, la cual fue analizada por el a-quo al momento de decidir acerca de la preclusión de la acción penal.

Tampoco es cierto que frente a las obligaciones adquiridas por el señor Gabriel Sánchez Delgado no existieran otros títulos valores que respaldaran su pago, como quiera que la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez, entregó copia de las letras de cambio que los acreedores le devolvían una vez pagaba las deudas en las que aparecía como codeudora del precitado, circunstancia que demuestra que efectivamente el documento utilizado por la imputada, se firmó para garantizar el pago de las deudas que constantemente el denunciante incumplía y desvirtúa que al mismo se le hubiera dado un uso fraudulento.

Ahora bien, según el recurrente la fiscalía no investigó la posible configuración del delito de fraude procesal y criticó que no entrevistara a los jueces que conocieron el proceso ejecutivo iniciado contra Gabriel Sánchez Delgado, afirmación que tampoco comparte la Sala, ya que basta leer las decisiones proferidas dentro del asunto civil, cuyas copias fueron aportadas a la investigación penal, para advertir que de ninguna manera fueron inducidos en error, en razón a que el diligenciamiento del título valor por parte de la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez, fue una circunstancia conocida por ellos y analizada en su debido momento, concluyendo que no era un actuar ilícito, sino que la legislación comercial permite ese tipo de negocios.

En conclusión, al estar demostrada la causal de preclusión de la acción penal, relativa a la atipicidad del hecho investigado, como quiera que no se aprecia ninguna conducta desplegada por la ciudadana Laura Andrea Duque Gálvez, que tuviere la virtualidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal. Por consiguiente, constituye un imperativo ético y jurídico confirmar la decisión del a quo.

Auto de segunda instancia (2010-01910-01) del 25 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

ACEPTACIÓN DE CARGOS - La Fiscalía y el juez no pueden inducir en error al procesado ofreciéndole una rebaja de pena que la ley no contempla.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 12, 317, 357, numeral cuarto, 357 y parágrafo del artículo 301.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 25108 del 30 de noviembre de 2006, 36502 del 5 de septiembre de 2011 y 38285 del 11 de julio de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en la audiencia de formulación de imputación celebrada el 2 de noviembre de 2011, ante la Juez Segundo Promiscuo Municipal de Control de Garantías de Florida, la fiscalía le imputó al señor Erick Angello Martínez de la Hoz, la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de transportar – último inciso del artículo 376 del Código Penal-, cuya pena es de 96 a 144 meses de prisión y le informó la posibilidad que tenía de aceptar su responsabilidad, a cambio de beneficios relacionados con rebaja de pena.

Asimismo, le indicó que *“tratándose de asuntos o circunstancias en flagrancia al allanarse a los cargos, la persona tiene derecho a una rebaja de una cuarta parte de la pena posible a imponer en el evento de una condena. Para el caso que nos ocupa, en el que usted está siendo investigado, eventualmente la rebaja le quedaría en 24 meses o 2 años, porque la pena mínima sería de 8 años siguiendo la matemática nos daría 2 años o 24 meses...sin perjuicio de que el honorable juez en su momento si lo tiene a bien aplique la excepción de inconstitucionalidad...”*.

De igual forma, la Juez Segundo Promiscuo Municipal de Control de Garantías de Florida, le explicó una vez más que la posible pena a imponer era de 96 a 144 meses de prisión y que *“si acepta los cargos, si se allana a los cargos, podrá tener una rebaja de una cuarta parte de la pena. Eso haría que la pena mínima establecida desde luego en la ley, no partiese de 8 a 12 años, sino que la rebaja fuese de dos años, es decir, que estaríamos hablando de 6 años a 12 años de prisión, porque la rebaja se aplicaría, por aceptar los cargos...”*

Seguidamente, la juez indagó al señor Erick Angello Martínez de la Hoz acerca de si era su deseo aceptar su responsabilidad frente a los cargos formulados por la fiscalía, a lo cual el precitado respondió afirmativamente, por lo que el asunto fue repartido al Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira, despacho que el 21 de marzo de 2014 remitió el asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA13-10072 del 27 de diciembre de 2013.

Finalmente, el 7 de mayo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la que luego de surtir el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la Juez Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Palmira, condenó al señor Erick Angelo Martínez de la Hoz, por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Al momento de dosificar la pena, la juez señaló que la pena contemplada en el inciso tercero del artículo 376 del Código Penal, era de 96 a 144 meses, quantum sobre el cual tasó los cuartos de la siguiente manera: primer cuarto de 96 a 108 meses y multa de 124 a 468 S.M.L.M.V., el segundo de 108 a 120 meses y multa de 468 a 812 S.M.L.M.V., tercero de 120 a 132 meses y multa de 812 a 1156 S.M.L.M.V. y el último cuarto de 132 a 144 meses de prisión y multa de 1156 a 1500 S.M.L.M.V.

Luego indicó que se movería dentro del primer cuarto y que como el procesado no registraba antecedentes penales, impondría las penas mínimas, es decir, 96 meses y multa de 124 salarios mínimos legales mensuales vigentes, quantum a los que en virtud de la aceptación de cargos por parte del señor Erick Angello Martínez de la Hoz, la juez le rebajó la cuarta parte respecto de la mitad de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en razón a que su captura ocurrió en situación de flagrancia, dejando en definitiva la pena en 84 meses de prisión y multa de 108.5 S.M.L.M.V.

En ese contexto, la dosificación de la pena se atemperó al citado pronunciamiento del Tribunal de Cierre de la Justicia Penal, dado que se ubicó en el primer cuarto, en tanto, la pena oscila entre 96 y 108 meses y multa de 124 a 468 S.M.L.M.V., partió del extremo mínimo 96 meses y 124 S.M.L.M.V. y al tenor de las reglas indicadas se le rebajó el 12.5%, que corresponde a la $\frac{1}{4}$ del 50% de la pena impuesta que se atempera a las reglas y subreglas trazadas para estos eventos.

Sin embargo, el haber ofrecido la rebaja de la cuarta parte de la pena a imponer al señor Erick Angello Martínez de la Hoz en la audiencia de formulación de imputación, constituye una irregularidad sustancial que afecta el derecho fundamental al debido proceso del imputado, ya que no se trata de un descuento contemplado en la ley, que la judicatura no podía conceder.

Para la Sala, la manifestación de voluntad expresada por el procesado Erick Angello Martínez de la Hoz en el devenir de la audiencia de formulación de imputación como persona libre y capaz, constituyó la expresión de su consentimiento errado; pues, su desconocimiento del derecho y en especial del

contenido y alcance del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, según el cual la persona capturada en situación de flagrancia, solo tendrá derecho a un cuarto del beneficio de que trata el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, lo llevó a aceptar su responsabilidad con la seguridad de que la pena a imponer sería de 72 meses, como quiera que al momento de hacer la imputación jurídica, la fiscalía y el juez se equivocaron al ofrecer una rebaja de pena no contemplada en la ley.

Es evidente el error cometido por el fiscal, con la aquiescencia del juez de control de garantías, quien guardó silencio a pesar de la equivocada intervención del ente acusador, al afirmar que de aceptar su responsabilidad, el señor Erick Angello Martínez de la Hoz recibiría una rebaja de la cuarta parte de la pena a imponer, a pesar que el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, consagra que el descuento sería equivalente a la cuarta parte de la rebaja consagrada en el artículo 351 de la misma ley.

Así que, el fiscal inicialmente y el juez de control de garantías, indujeron en error al procesado persona lega en materias jurídico-penales, determinando el análisis y alcance de la declaración de voluntad de admitir los cargos por parte del acusado con base en cifras erradas, pues, cuantitativamente, es bien diferente una pena de 84 meses de prisión que es la legítima, a la ilegal de 72 meses que le prometieron y luego fue incumplida.

El error interfirió la voluntad del procesado de tal manera que le era imposible evitarlo; pues, le resultaba imposible determinar que, tanto, el fiscal como el juez le suministrasen información errada sobre el monto de la rebaja de pena a la cual se haría acreedor.

El eje central del debido proceso estriba en el juego limpio, que por cierto está ausente en este caso, porque el procesado fue inducido en error sobre el monto legal de la que posiblemente se le impondría por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación.

Asimismo, la actitud del defensor resultó confusa, dado que terminó cohonestando con la ilegítima propuesta del fiscal, no obstante advertir la ilegalidad de la propuesta se atemperó a ella, con lo cual contribuyó al error de su cliente lego en derecho, afectándole su efectiva defensa técnica.

En definitiva, el fiscal, juez de control de garantías y defensor interfirieron activa y la última de manera pasiva en el consentimiento del procesado viciándolo; en tanto, es claro que se allanó a los cargos bajo el supuesto que la pena a imponer era de 96 meses de prisión, quantum al que se le rebajaría la cuarta parte, quedando en 72 meses, promesa que por ilegal no podía ser cumplida por la juez de conocimiento, quien a la pena mínima le rebajo la cuarta parte de la mitad, dejándola en definitiva en 84 meses de prisión.

Con el actuar del fiscal y del juez de control de garantías se violó el principio rector de la lealtad previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal que reza: *“ todos los intervinientes en la actuación, sin excepción alguna están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”*.

Verificada la irregularidad sustancial que se concretó en la audiencia de formulación de imputación, en la que se reitera, equivocadamente la fiscalía ofreció una rebaja de pena no establecida en la ley, no queda otra opción que la de decretar la nulidad de la actuación a partir de la aceptación de cargos realizada por el señor Erick Angello Martínez de la Hoz, para que se reconstruya, haciéndole

saber de manera precisa la posible sanción a imponer y la posibilidad de aceptar su responsabilidad a cambio de una rebaja de pena, en los términos del Parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Como consecuencia de la nulidad decretada, la Sala ordenará la libertad del señor Erick Angello Martínez de la Hoz, a quien el 30 de enero de 2012 el Juez Primero Promiscuo Municipal de Florida le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en su contra, por la detención domiciliaria, ya que se configura la causal de libertad consagrada en el numeral 4º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, *“La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos: Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.”*.

La audiencia de formulación de acusación se celebró el 2 de noviembre de 2011, lo que indica que a la fecha, el término consagrado en el numeral transcrito, se encuentra vencido, configurándose la causal de libertad del señor Erick Angello Martínez de la Hoz.

Auto de segunda instancia (2011-01300-01) del 17 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: anula la actuación a partir de la aceptación de cargos.

PERMISO PARA TRABAJO EXTRAMUROS – Es necesario haber cumplido con las cuatro quintas partes de la pena impuesta.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penitenciario y Carcelario, artículos 29A, 79, 80, 82, 146 y 148.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-1510 de 2000; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 31383 del 1 de abril de 2009, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez y 34731 del 9 de agosto de 2011, con ponencia de Javier Zapata Ortiz.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico propuesto radica en determinar si es procedente conceder permiso al señor Jarbison Bedoya Giraldo, para que se movilice entre los municipios del Valle del Cauca, con el fin de ejercer su trabajo como comerciante.

El artículo 29A del Código Penitenciario y Carcelario establece que: *“Ejecutoriada la sentencia que impone la pena de prisión y dispuesta la sustitución por domiciliaria por el juez competente, éste enviará copia de la misma al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, quien señalará, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de reclusión que se encargará de la vigilancia del penado y adoptará entre otras las siguientes medidas:*

(...)

Durante el cumplimiento de la pena el condenado podrá adelantar las labores dirigidas a la integración social que se coordinen con el establecimiento de reclusión a cuyo cargo se encuentran y tendrá derecho a la redención de la pena en los términos establecidos por la presente ley.” (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, el artículo 80 de la Ley 65 de 1993, señala que: *“La Dirección General del Inpec determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena. Fijará los planes y trazará los programas de los trabajos por realizarse...”*.

La expresión *“centro de reclusión”*, del inciso primero de la norma transcrita, fue declarada exequible, mediante la sentencia C-1510 de 2000, en el entendido de que el trabajo pueda realizarse también desde el domicilio del detenido o el penado, cuando ese sea el lugar dispuesto para su privación de la libertad.

De acuerdo a lo anterior, es necesario diferenciar entre el trabajo intramural y el extramural, ya que el primero es aquel que se desarrolla en el respectivo centro de reclusión o en el domicilio en el que se encuentre purgando la pena el condenado beneficiado con prisión domiciliaria, eventos en los que la autorización debe ser emitida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, el cual tiene el deber de elaborar la programación del programa, actividades de control, supervisión y registro del tiempo dedicado por el penado a su actividad redentora, lo cual será constatado por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de acuerdo con lo establecido por el inciso final del artículo 82 de la misma Ley 65 de 1993.

En lo que tiene que ver con el trabajo extramural, señaló el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, que se trata de un beneficio administrativo regulado en el artículo 146 del Código Penitenciario y Carcelario, que no tiene una reglamentación específica, sino que aparece como una forma de redención de pena o como parte de la libertad preparatoria o de la franquicia preparatoria, el cual debe ser reconocido únicamente por el juez de ejecución de penas.

Si bien es cierto, el defensor de Jarbison Bedoya Giraldo, solicitó al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, el reconocimiento de permiso para trabajar, también lo es que, al indicar que requiere movilizarse en los diferentes municipios del País, se debe entender que lo reclamado es un permiso para trabajar extramuros, conforme a lo establecido en los artículos 146 y siguientes del Código Penitenciario y Carcelario, como quiera que no se trata de una actividad a desarrollar en su lugar de domicilio o trabajo, sino en distintas ciudades del territorio nacional.

El artículo 148 de la Ley 65 de 1993 establece que: *“En el tratamiento penitenciario, el condenado que no goce de libertad condicional, de acuerdo con las exigencias del sistema progresivo y quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, se le podrá conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que éstas colaboren con las normas de control establecidas para el efecto.*

En los mismos términos se concederá a los condenados que puedan continuar sus estudios profesionales en universidades oficialmente reconocidas.

El trabajo y el estudio solo podrán realizarse durante el día, debiendo el condenado regresar al centro de reclusión para pernoctar en él. Los días sábados, domingos y festivos, permanecerá en el centro de reclusión.

Antes de concederse la libertad preparatoria el Consejo de Disciplina estudiará cuidadosamente al condenado, cerciorándose de su buena conducta anterior por

lo menos en un lapso apreciable, de su consagración al trabajo y al estudio y de su claro mejoramiento y del proceso de su readaptación social.

La autorización de que trata este artículo, la hará el Consejo de Disciplina, mediante resolución motivada, la cual se enviará al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para su aprobación.

La dirección del respectivo centro de reclusión instituirá un control permanente sobre los condenados que disfruten de este beneficio, bien a través de un oficial de prisiones o del asistente social quien rendirá informes quincenales al respecto.” (Subrayado fuera de texto).

De las pruebas allegadas a la actuación, se extracta que el señor Jarbison Bedoya Giraldo no goza del beneficio de la libertad condicional, ya que al no cumplir con el factor objetivo, le fue negado mediante auto interlocutorio No. 325 del 11 de marzo de 2014 y como quiera que fue condenado a 64 meses de prisión, las cuatro quintas partes equivalen a 51 meses 2 días (4 años, 3 meses, 2 días), los cuales no ha cumplido, ya que si está privado de la libertad desde el 18 de julio de 2011, a la fecha, lleva 3 años 5 días de privación de la libertad.

As las cosas, no es procedente conceder el permiso para trabajar extramuros solicitado por el defensor de Jarbison Bedoya Giraldo, ya que no cumple con uno de los requisitos establecidos en el artículo transcrito, que tiene que ver con el cumplimiento de las cuatro quintas partes de la pena impuesta.

Además, entre los documentos allegados por el defensor del condenado, no se incluyó la autorización expedida por el Consejo de Disciplina, el cual debe estudiar la buena conducta anterior del condenado, su consagración al trabajo y el proceso de readaptación social, previamente al análisis que debe realizar el juez de ejecución de penas, a efectos de determinar si concede o no el permiso para trabajar extramuros, máxime, que conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código Penitenciario y Carcelario, de concederse el citado beneficio, el centro de reclusión encargado de la vigilancia de Jarbison Bedoya Giraldo tendría la obligación de ejercer control sobre el condenado de manera permanente.

De otra parte, en la solicitud elevada por el defensor de Jarbison Bedoya Giraldo no se especificó a que ciudades del País debe desplazarse el precitado, ni con que empresas o personas trabajará en desarrollo de su actividad comercial de venta y compra de prendas de vestir, aspectos que no puede dejar al arbitrio de la judicatura, en razón a que no es posible conceder un permiso para trabajo extramuros de una forma abierta, simplemente permitiendo el desplazamiento a los municipios que deliberadamente se escoja, ya que sería imposible ejercer el control por parte del INPEC.

No se puede dejar de lado, que según el Certificado de Matricula Mercantil expedido por la Cámara de Comercio de Cartago, el establecimiento de comercio denominado “*Sport Shop Las Colinas*”, propiedad de la señora Cristina Gómez Castrillón, cónyuge de Jarbison Bedoya Giraldo, está ubicado en Chiminangos Manzana 6 Casa 5 Piso 2 en el referido municipio, por lo que el peticionario estaba en el deber de explicar clara y detalladamente, porque es necesario el desplazamiento de su representado entre las diferentes ciudades del País o Valle del Cauca, cuales serías las ciudades visitadas por su representado, horario, labores a desarrollar y personas o empresas con las que laboraría.

En conclusión, al no cumplirse con los requisitos establecidos en la ley para conceder permiso de trabajo extramuros, la Sala confirmará el auto impugnado.

Auto de segunda instancia (2011-00720-01) del 25 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manguillo. Decisión: confirma el auto apelado.

TESTIMONIO – Es pertinente su admisión cuando aporta información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar previas a la ejecución del delito.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 357 y 375.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 41127 del 6 de junio de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La defensa se opone a la admisión del testimonio de Oscar Julián Estupiñan Córdoba, solicitado por la fiscalía y admitido por el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá, porque en su sentir, resulta impertinente frente al cargo de falsedad marcaria atribuido a los señores Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo, en la medida que dentro de las circunstancias fácticas y jurídicas enunciadas en el escrito de acusación, no se consignó un móvil para alterar la placa de la motocicleta en la que se movilizaban los acusados, por lo que la declaración ofrecida para demostrar que supuestamente estaban persiguiendo al ciudadano Estupiñan Córdoba con el fin de apoderarse del dinero que recientemente había retirado de una entidad bancaria, no guarda relación con el cargo formulado.

Para la Sala, el testimonio de Oscar Julián Estupiñan Córdoba si ostenta pertinencia, ya que está orientado a demostrar aspectos relevantes en relación con los hechos narrados por la fiscalía en la formulación de acusación, específicamente en lo que tiene que ver con la captura de los acusados y lo sucedido antes de que los uniformados advirtieran la alteración de la placa de la motocicleta en la que se movilizaban los ciudadanos Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo.

Nótese, que en el escrito de acusación presentado por la fiscalía, se indicó que *“a eso de las 16.10 del día 26-06-13, cuando se hallaban en las instalaciones del CAI Chilicote, se les acerca un vehículo de servicio público con una pareja, manifestándoles con voz agitada, que dos personas que se movilizaban en una motocicleta de color azul, viene siguiéndolos y que al parecer estarían armados, quienes pretenderían despojarlos de una fuerte suma de dinero que acababan de retirar de una sucursal bancaria de la ciudad, al mirar hacia la cll. 38 más exactamente en el semáforo, la pareja antes referenciada señalan a las dos personas de la motocicleta en mención, el conductor vestía, un buzo color azul y el tripulante un buzo a rayas rojas, al percatarse estos que son señalados por los ocupantes del vehículo público, estos emprenden la huida en sentido contrario al establecido en la Cll. 38, por lo que inmediatamente se inicia la persecución y, sin perderlos de vista los interceptan en la Cra. 26 con Cll. 40 B exactamente al frente del establecimiento de razón social la rumbera, Barrio El Príncipe, le solicitan un registro personal a los ocupantes del velocípedo y antecedentes a la central de radio, tanto de los ocupantes como de la motocicleta, observan los policías que la placa se encuentra adulterada con pintura, ya que dicha placa es ZLR-70 A, en*

la letra L aparece como si fuese la letra I, por tal motivo se le hacen saber los derechos que tienen como personas capturadas por el delito de falsedad marcaria...” (sic)

Asimismo, en el escrito de acusación se indicó que la persona que informó acerca de la persecución realizada por los señores Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo al parecer con el fin de apoderarse de sus pertenencias, fue el señor Oscar Julián Estupiñán Córdoba, cuya declaración es pertinente y útil para los resultados del proceso, teniendo en cuenta que conoció los detalles de lo ocurrido antes y después de acudir a las autoridades en busca de protección.

Es cierto que el delito imputado en el escrito de acusación a los señores Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo, es el de falsedad marcaria, tipo penal que se configura cuando se falsifica marca, contraseña, signo, firma o rubrica, usados oficialmente para contrastar, identificar o certificar peso, medida, calidad, cantidad, valor o contenido, sin que se requiera de un móvil específico, ya que basta con la simple falsificación, siempre y cuando el sujeto activo sea consciente de la ilegalidad, y a pesar de ese conocimiento decida realizarla.

Es esa misma situación la que permite concluir que cualquier información que se aporte al proceso en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la alteración de la placa de la motocicleta en la que se desplazaban los ciudadanos Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo, así como las causas de esa alteración, resulta pertinente para establecer o desvirtuar la configuración del delito y la responsabilidad de los acusados.

Por lo anterior, las declaraciones en torno a lo ocurrido previamente a la captura, la información dada por el ciudadano a quien supuestamente estaban persiguiendo, el estado en el que se encontraba cuando acudió ante las autoridades y la reacción de los señores Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo, al advertir el señalamiento realizado por el señor Oscar Julián Estupiñán Córdoba, resultan pertinentes frente al objeto de debate.

Ello, porque a pesar de que no se imputó la comisión de otro delito y aunque el de falsedad marcaria no exija la demostración de un móvil específico, sí se relaciona con el objeto de investigación establecer las causas de la alteración de la placa y determinar si la misma se configuró para poder cometer otras conductas ilícitas.

Para la Sala, no existe ninguna razón para inadmitir el testimonio de Oscar Julián Estupiñán Córdoba, máxime, que ha sido convocado para declarar sobre las circunstancias relacionadas con la aprehensión de los acusados, luego de que el precitado los señalara como las personas que lo persiguieron, al darse cuenta que acababa de retirar una cuantiosa suma de dinero de una entidad bancaria, para lo cual también se solicitó el testimonio de los uniformados, frente a los que la defensa no tuvo ningún reparo.

No es cierto que con el testimonio de Oscar Julián Estupiñán Córdoba, la fiscalía pretenda demostrar un hecho aislado, que nada tiene que ver con la conducta imputada, ya que se reitera, fue por la información dada por el referido ciudadano, que la policía advirtió la alteración de la placa de la motocicleta en la que se movilizaban los señores Julián Esteban Callejas Hurtado y Luis Fernando Parra Cogollo, lo que permite concluir que su declaración puede aportar datos relevantes para los resultados del proceso, en el que sería importante más no

indispensable saber si efectivamente esa acción se ejecutó para facilitar la consumación de otro delito.

Por tanto, la Sala confirmará el auto adiado el 13 de mayo de 2014, a través del cual el Juez Tercero Penal del Circuito de Tuluá admitió como prueba de la fiscalía, el testimonio del señor Oscar Julián Estupiñan Córdoba.

Auto de segunda instancia (2013-02278-02-01) del 25 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

RECUSACIÓN – No está comprometida la imparcialidad del juez que realiza el control de legalidad sobre la medida de aseguramiento sin analizar o estudiar la responsabilidad penal del procesado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 99, numerales cuarto y sexto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 32947 del 8 de mayo de 2012, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Descendiendo al caso concreto, se advierte que el 18 de abril de 2012, el apoderado de la parte civil, con fundamento en lo señalado en el artículo 392 de la Ley 600 de 2000, solicitó control de legalidad frente a la decisión de no imponer medida de aseguramiento contra los señores Giovanny Fernando Cadavid Pinilla y Alejandro Antonio Cadavid Pinilla, para que en su lugar se impusiera la medida consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Mediante auto interlocutorio No. 018 del 4 de junio de 2012, la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Buga declaró la improcedencia del amparo a la legalidad sobre la decisión del 31 de enero de 2011, a través de la cual la Fiscalía Ciento Uno de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva contra Giovanny Fernando y Alejandro Antonio Cadavid Pinilla.

En el citado proveído, la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, hizo un resumen de la actuación procesal, se refirió a los argumentos sobre los cuales se solicitó el control de legalidad y a los presentados por los sujetos procesales, para luego analizar el derecho que le asiste a las víctimas de solicitar ese amparo sobre la decisión de la fiscalía de no imponer una medida de aseguramiento.

Seguidamente, la juez estudio los eventos en los que debe imponerse una medida de aseguramiento conforme a los parámetros establecidos en la Ley 600 de 2000 y el control judicial sobre esas medidas restrictivas de la libertad, el cual algunas veces versa únicamente sobre su existencia formal y otras sobre la material, como en el asunto concreto en el que el motivo de inconformidad estaba relacionado con la prueba mínima necesaria para imponerla.

Posteriormente, se refirió a la naturaleza de la prueba indiciaria y consideró que la decisión de la fiscalía de no imponer medida de aseguramiento de detención preventiva contra los señores Giovanni Fernando y Alejandro Antonio Cadavid Pinilla, no fue apresurada, ya que hizo un análisis probatorio detallado que la llevó a concluir que no contaba con la prueba necesaria para determinar responsabilidad.

Para la Sala, el análisis efectuado por la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, al momento de resolver acerca del control de legalidad sobre la decisión de no imponer medida de aseguramiento de detención preventiva contra los señores Giovanni Fernando y Alejandro Antonio Cadavid Pinilla, no afecta su imparcialidad para tramitar la etapa de juzgamiento dentro del asunto seguido contra el señor Jairo Alberto Ruiz Rojas, ya que como quedó plasmado nada estudió o analizó respecto de la responsabilidad de éste.

No se puede olvidar que los argumentos expuestos por la juez tienen que ver única y exclusivamente con el control de legalidad reclamado por el apoderado de las víctimas sobre la no imposición de la medida de aseguramiento, sin que se llegara a alguna conclusión o se hiciera referencia frente a la responsabilidad penal que le pueda asistir al ciudadano Jairo Alberto Ruiz Rojas.

Si bien es cierto, la declaración rendida por la señora Luz Mary Quintero Alzate, es uno de los medios de prueba sobre los cuales la fiscalía sustentó la acusación presentada contra Jairo Alberto Ruiz Rojas, también lo es que, la responsabilidad penal se estudia de manera individual, lo que significa que las conclusiones frente a cada uno de los procesados bien pueden ser distintas, situación que en este momento se desconoce, ya que en el presente asunto, ni siquiera se ha celebrado la audiencia preparatoria.

No se advierte que la valoración plasmada en el auto que declaró la improcedencia del control de legalidad, constituya criterio vinculante respecto de la responsabilidad del señor Jairo Alberto Ruiz Rojas, pues el análisis de los medios de prueba debe hacerlo el funcionario de manera particular dada la situación de cada uno de los enjuiciados, de acuerdo al señalamiento que en su contra hagan los testigos, pues las manifestaciones realizadas en relación con los señores Giovanni Fernando y Alejandro Antonio Cadavid Pinilla, no podrían ser un fundamento para resolver el presente asunto.

En lo que tiene que ver con la causal consagrada en el numeral 6° del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, considera la Sala que no se configura, ya que la participación dentro del proceso, por parte de la doctora María Eugenia Correa Restrepo, obedece a que es quien funge como Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, circunstancia que no puede ser considerada como impedimento para conocer del presente asunto, ya que de ser así, ningún funcionario judicial, podría actuar más de una oportunidad en un mismo proceso.

Por lo anterior, la Sala declarara infundada la recusación presentada por el Fiscal Ciento Uno de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, contra la Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Buga, por no configurarse ninguna de las causales consagradas en el artículo 99 de la Ley 600 de 2000 y dispondrá devolver las diligencias de manera inmediata al citado despacho, para que se continúe con el trámite respectivo.

Auto 2014-00039-01 del 2 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: rechaza la recusación presentada.

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA – Debe tenerse en cuenta el tiempo que el condenado permaneció en detención preventiva.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 37, numeral tercero y artículo 88, numeral cuarto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 33722 del 26 de mayo de 2010 y 40708 del 24 de abril de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si el tiempo que el condenado estuvo privado de la libertad antes de proferirse la sentencia, debe tenerse en cuenta a efectos de determinar la prescripción de la pena y de ser así, ii) establecer si frente a la sanción impuesta contra el señor Fabio Rubiano Salgado ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

El numeral 4º del artículo 88 de la Ley 599 de 2000, consagra la prescripción como una de las causas de extinción de la sanción penal y el artículo 89 de la misma ley, establece que la pena privativa de la libertad, *“prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.”*

Si en casos en que el condenado evade el cumplimiento de la sanción penal, el término de prescripción equivale al tiempo que le falte por ejecutar, tal como ocurrió en los casos citados en precedencia, lo lógico es que lo mismo ocurra en asuntos como éste, en el que por haberse concedido la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el procesado recobró su libertad y posteriormente en virtud de un recurso de apelación el beneficio le fue revocado, emitiéndose orden de captura en su contra.

De acuerdo a lo anterior, razón le asiste a la representante del Ministerio Público, en el sentido que el término de prescripción de la sanción penal en el presente caso, equivale al tiempo que faltaba por ejecutar, teniendo en cuenta que en el transcurso del proceso el señor Fabio Rubiano Salgado estuvo privado de la libertad, hasta que en primera instancia le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena, beneficio que luego revocó la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Es pertinente tener en cuenta que según el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, *“La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.”* (Subrayado fuera de texto); disposición legal lo que ratifica la tesis según la cual, al momento de determinar el término de prescripción de la sanción penal, se debe tener en cuenta el tiempo que el procesado ha permanecido en detención preventiva, como quiera que en últimas, hace parte de la pena que la judicatura determine.

Conforme a lo señalado en el auto interlocutorio 457 del 24 de abril de 2014, proferido por el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, el señor Fabio Rubiano Salgado estuvo privado de la libertad desde el 25

de marzo de 2000 hasta el 21 de julio de 2001, es decir, un año, 3 meses 26 días, siendo condenado posteriormente a 11 años 3 meses, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, faltándole por purgar 9 años, 11 meses 4 días, al restarle el tiempo que permaneció en detención preventiva.

Ahora bien, la sentencia de segunda instancia quedó ejecutoriada el 4 de junio de 2002, cuando venció el término para interponer el recurso extraordinario de casación, fecha desde la cual empezó a correr el término de prescripción de la sanción penal, que en este caso equivale a 9 años 11 meses 4 días, teniendo en cuenta el tiempo que el señor Fabio Rubiano Salgado estuvo en detención preventiva, lapso de tiempo que al haberse emitido condena en su contra, se debe computar como parte cumplida de la pena.

Así las cosas, se tiene que desde el 4 de junio de 2002 al 3 de febrero de 2013, fecha en la que fue capturado nuevamente el señor Fabio Rubiano Salgado, trascurrieron 10 años 8 meses, término que sobrepasa el tiempo que le faltaba por ejecutar, el cual equivalía a 9 años 11 meses 4 días, circunstancia que permite concluir que cuando el condenado fue aprehendido la última vez, la sanción impuesta en su contra, se encontraba prescrita.

En consecuencia, la Sala revocará el numeral segundo de la parte resolutive del auto interlocutorio No. 456 del 24 de abril de 2014, para en su lugar declarar la extinción de la sanción penal impuesta al ciudadano Fabio Rubiano Salgado, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción y dispondrá su libertad inmediata.

Auto de segunda instancia (2000-00125-01) del 28 de julio de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: decreta la extinción de la pena.

REVOCATORIA DE PRISIÓN DOMICILIARIA – El sentenciado con permiso para trabajar debe informar al juez sobre su desplazamiento a otra ciudad para la práctica de exámenes médicos.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 65 de 1993, artículo 29A.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde en esta ocasión a la Sala determinar, si los argumentos expuestos por el recurrente, resultan suficientes para derruir la revocatoria del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria del señor Luis Carlos Arias Espinosa dispuesta por el señor Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga.

Si bien el funcionario judicial, sustentó la revocatoria de la prisión domiciliaria de acuerdo a lo establecido de manera concreta en los artículos 1º y 2º de la ley 750 de 2002 (obligaciones y causales de revocatoria de la prisión), toda vez que dicho sustituto se le concedió por ostentar la calidad de “Cabeza de Familia”, lo cierto es que la Corporación considera que de acuerdo a los hechos expuestos, la norma infringida por el señor Arias Espinosa tiene su fundamento en lo establecido en el inciso final artículo 29 A, de la ley 65 de 1993, que establece:

“Artículo 29 A.- Adicionado. Decre.2636 de 2004, art. 8°. Ejecutoriada la sentencia que impone la pena de prisión y dispuesta su sustitución por prisión domiciliaria por el juez competente, éste enviará copia de la misma al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, quien señalará, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de reclusión que se encargará de la vigilancia del penado y adoptará entre otras las siguientes medidas:

1.- (...)

En caso de salida de la residencia o morada, sin autorización judicial, desarrollo de actividades delictivas o incumplimiento de las obligaciones inherentes a este pena, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, dará inmediato aviso al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para efectos de su revocatoria.

En el *sub examine* conforme con los argumentos expuestos por el recurrente, la Sala al igual que el funcionario judicial considera que la explicación ofrecida por el togado no tiene asidero lógico alguno. Veamos:

En efecto, el señor Luis Carlos Arias Espinosa contaba con dos permisos para trabajar, uno en el día y otro hasta la madrugada, pero fue precisamente para adelantar sus “labores” que le fue otorgado dicho beneficio, el cual debía ejecutar en la ciudad de Buga, no en otra, por ello, su obligación era informar al señor Juez que se desplazaría a otra municipalidad a realizarse el examen médico, el cual según la fórmula, no tenía la presunta premura que alegó el togado, además extraño resulta para esta sede que un procedimiento médico de poca complejidad –colonoscopia-, deba ser practicado en la ciudad de Cali, sin que se evidencie prueba de su remisión, bien sea de parte de su EPS, o del mismo galeno que la ordenó, o, al menos una constancia de la existencia de una cita ya programada para la práctica del mismo, esto si se tiene en cuenta que el sentenciado, cuenta con el servicio médico contratado por el INPEC, a través de la EPS CAPRECOM, pues no indicó que contara con uno diferente a este.

Y es que de existir la urgencia que señalo el apoderado judicial, porqué razón, no se aportó, por ejemplo, la historia clínica del sentenciado con la cual se podría haber conocido las razones que conllevaron al galeno a ordenar dentro de un término apremiante la práctica del examen médico, y que dicha circunstancia “tan grave” le impidió informar al despacho del Juez Segundo su traslado el día 27 de junio a la ciudad de Cali. Sin embargo, como se itera, los argumentos del togado no cuentan con elementos de juicio que le permitan a la Sala establecer que en verdad, entre una circunstancia tan apremiante pudo el señor Arias Espinosa olvidar dar aviso a la autoridad judicial.

Menos aceptable es aún, pretender hacer creer a la Sala, que el sentenciado al tener permisos de trabajo tan lapsos “creyó que no tenía ninguna restricción a su libertad”, cuando es conocedor que tiene impuesta una sentencia de 19 años de prisión, por los delitos de Tráfico de estupefacientes agravado en concurso con Concierto para delinquir. La prisión domiciliaria pese a purgarse en lugar de domicilio continuaba siendo su lugar de reclusión, por lo tanto su libertad, aun contando con la vehemencia del permiso para trabajo, estaba restringida.

Dicho sustituto no es un premio ni mucho menos una boleta de libertad, es un mecanismo que le permite a quienes son objeto de la sanción punitiva del Estado, purgar en su domicilio una condena, previo al cumplimiento de los requisitos establecidos específicos por la ley.

En este caso, el señor Luis Carlos incumplió con su obligación de informar su situación ante el despacho que vigila su pena, razón suficiente para que Sala confirme sin dubitación alguna la decisión proferida por el juez de primer nivel.

Auto de segunda instancia (P-032-14) del 4 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

PRISIÓN DOMICILIARIA – El tráfico de estupefacientes fue excluido por la Ley 1709 de 2014 del otorgamiento de subrogados y beneficios penales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 38B y 68A.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, decisión Ac-184-14, con ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con el planteamiento del apelante, debe la Sala resolver, si para efecto de conceder la prisión domiciliaria a la sentenciada, resultaba trascendente determinar la existencia del arraigo de Yaneth Patricia Pérez Jaramillo. Superado lo anterior, establecer conforme lo demanda el artículo 38 B del Código Penal, si resulta procedente la concesión del mecanismo sustitutivo.

Sin mayores disquisiciones debe la Sala indicarle a las Partes y al señor Juez de conocimiento, que en el caso de la especie, resultaba totalmente innecesario el análisis frente a la demostración del arraigo familiar de la sentenciada, en tanto que, previo a ello, debía efectuarse el análisis del cumplimiento de los numerales 1º y 2º del artículo 38B, esto es, la concreción del factor objetivo determinado por el legislador, consistente en, que la pena mínima impuesta en la ley por el delito no supere los ocho años de prisión y que la conducta por la cual fue sentenciada la señora Yaneth Patricia no se encuentre entre aquellas incluidas en el artículo 68 A.

Luego entonces, erró el Aquo, al proceder a verificar la existencia o no del arraigo de la procesada, pues como se itera debió analizar el cumplimiento de los dos primeros presupuestos exigidos.

Ahora bien, descendiendo a la procedencia o no de la concesión de la prisión domiciliaria, debe la Sala adentrarse en el estudio de los requisitos exigidos en el artículo 38B modificados por la ley 1709 de 2014.

Frente a casos ya similares al aquí expuesto, esta misma Sala en decisión AC-189-14 y otros ha señalado que:

“El artículo 38 B de la ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, estableció los siguientes requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria:

“Artículo 38 B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1.- Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2.- Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la ley 599 de 2000.

3.- Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

(....)”

En ese sentido, al efectuar el análisis de los requisitos objetivos, entiéndase el cumplimiento de lo rituado en los numerales 1º y 2º de la norma en comento, la Sala encuentra que frente al primero de ellos, no admite duda alguna que el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de acuerdo con la imputación fáctica y jurídica señalada en los antecedentes, (inciso 2º del artículo 376 del C.P.), la pena de prisión mínima impuesta por el legislador es de cinco años y cuatro meses de prisión, lo cual no logra superar el guarismo determinado frente a la primera exigencia.

En lo que respecta al numeral 2º que regula el instituto deprecado por el togado, esto es que no se haya dictado sentencia por uno de los delitos que se encuentre incluido en el artículo 68A, debe entrar a establecerse si el Tráfico de estupefacientes bajo sus distintas modalidades se encuentra o no inmerso en dicha precepto legal.

“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...”

(...)”

Bajo los parámetros antes señalados, es claro que no se satisface el segundo de los presupuestos, pues el señor (...) fue condenado por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de ahí entonces la improcedencia del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria en virtud de la nueva ley 1709 de 2014, deprecada por la Defensa.

Corolario de lo expuesto, al incumplirse con las primeras exigencias legales para la concesión del sustituto, el juez de primer nivel queda relevado de efectuar el análisis sobre las condiciones sociales o familiares del sentenciado, pues previo a ello, debe en forma estricta el cumplimiento del presupuesto objetivo de la norma en comento”.

En el sub examine, la señora YANETH PATRICIA PEREZ JARAMILLO, fue sentenciada por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, circunstancia que impide la concesión de la prisión domiciliaria elevada por la Defensa de la condenada por expresa prohibición legal, lo cual de contera inhabilita al funcionario judicial a adentrarse en el estudio del requisito de la existencia del arraigo.

En conclusión, la Corporación confirmará la sentencia en lo que fue objeto de recurso.

Sentencia de segunda instancia (AC-203-14) del 4 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

DEMORA EN LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN – No tiene aplicación en los casos de allanamiento a los cargos ni supone la libertad del procesado o la nulidad de la actuación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 175, 293 y 294.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 29002 del 31 de marzo de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Le corresponde a la Sala establecer si la pretermisión de los términos señalados en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 y sus consecuencias, son aplicables en el procedimiento abreviado por vía de allanamiento al cargo. De ser así, si por la transgresión de ese término, habría lugar a la libertad inmediata de los acusados y a la anulación de ese acto unilateral de aceptación de responsabilidad penal.

Consagra el artículo 175 de la ley 906 de 2004:

*“El término del que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.
El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados.
(...)”*

A su vez el artículo 294 del mismo Estatuto, consagra:

*“Artículo 294. Vencimiento del término. Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.
En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días contados a partir del momento en que se le asigne el caso.
El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.
Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata y la Defensa o el*

Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento.”

En el caso que concita la atención de la Sala, la Defensa pretende que las consecuencias a la pretermisión de tales términos se aplique igualmente para los asuntos tramitados bajo el procedimiento abreviado en virtud del allanamiento al cargo por parte de los imputados, ante la demora de la Fiscalía de presentar el escrito de acusación posterior a ese acto unilateral de voluntad de aceptación de la responsabilidad penal. Siendo ese plazo una forma propia del juicio se vulneró la garantía fundamental del debido proceso y por ende debe darse, aseguran, no sólo la libertad de los acusados sino también la invalidación de dicho allanamiento.

Al revisar los antecedentes procesales es un hecho cierto que ante la comunicación realizada por la Fiscalía a los diferentes imputados de la conducta con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar que luego calificara con la denominación jurídica de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, delito descrito en el artículo 376 tercer inciso del Código Penal, que comporta pena de prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión además de la multa respectiva, los imputados HECTOR FABIO MORENO SAA y LUISA FERNANDA ARIZA MURILLO, de manera informada, espontánea y voluntaria, aceptaron dicho cargo, bajo todas las garantías verificadas por el Juez de control de garantías, quien accedió a un receso solicitado por el defensor del momento, para asesorarlos e informarlos luego de lo cual, denotaron un consentimiento libre ante los interrogantes realizados por el juzgador, después de escucharles que se allanaban a los cargos.

Si bien el legislador, de manera desafortunada a través de una reforma, incluyó en la ley, una práctica perniciosa de algunos fiscales y jueces de presentar y exigir escrito de acusación en los asuntos donde el imputado había aceptado cargos pese a que la misma norma predica que *“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación...”* el transcurso del tiempo para que el ente acusador lo haga, no tiene como consecuencia la libertad del acusado, pues la misma se causa cuando el procesado no ha renunciado a la presunción de inocencia, a su derecho a no autoincriminarse a que se le venza en un juicio público, oral, contradictorio.

Por lo tanto, distinto de lo señalado por los recurrentes si es ésta una diferencia entre el procedimiento abreviado y el ordinario. En el segundo, la administración de justicia tiene unos plazos perentorios para terminar la investigación, cumplir con la acusación e iniciar el juicio oral, respecto de aquél que tiene incólume la presunción de inocencia. No así de quien se ha allanado al cargo con plenas garantías verificadas en principio por el juez constitucional, en aceptación de su responsabilidad penal, restando individualizar la pena para dictar sentencia condenatoria con la rebaja legal de la misma, a efecto de continuar descontándola, pues recordemos que para ello cuenta el tiempo que ha durado en detención preventiva.

De la lectura del artículo 175, donde se integran para fijar los términos, los actos de la audiencia preparatoria y del juicio oral, se establece con claridad que dicha disposición en concordancia con la del artículo 294, ambas de la Ley 906 de 2004, está creada para el procedimiento penal ordinario, situación que resulta lógica, pues por reprochable que sea el incumplimiento del término dentro del procedimiento abreviado para consolidar la sentencia condenatoria de quien ha

aceptado la responsabilidad penal, sería un contrasentido otorgarle la libertad, cuando ese tiempo igualmente le sirve para descontar la pena de prisión que se le impondrá por vía anticipada gracias a su consentimiento.

Por consiguiente, así el artículo 293 haya incluido este escrito de acusación, adicional al efecto –equivalente- que ya tiene la mera aceptación de cargos de la imputación realizada por el Fiscal, no obstante la morosidad en la presentación de dicho escrito, pues transcurrieron nueve (9) meses para que el Fiscal plasmara en un formato o protocolo, lo ocurrido en la audiencia de formulación de imputación, ello no tiene efectos en la libertad ya también denegada a través de otras instancias a la defensa antes de esta audiencia, ni mucho menos invalida la aceptación pues no vicia el consentimiento manifestado para allanarse en forma consciente, voluntaria y espontánea.

Empero, si da lugar a una acción disciplinaria pues distinto a lo que ocurre con el juez de conocimiento, dicho acto no requería de mayor elaboración, pues no demanda un análisis de elementos materiales probatorios ni de nada distinto a lo ya formulado en el respectivo acto procesal. Igualmente, concerniente a la demora del Juez de conocimiento en fijar la fecha de realización de la audiencia de individualización de pena y sentencia, es de conocimiento público, la congestión en los despachos judiciales del Circuito de Palmira, al punto que han sido beneficiados por el programa de descongestión adelantado por el Consejo Superior de la Judicatura. Quedaría ya por establecer si en la misma proporción, la misma le asistía a ese despacho fiscal para tardar 9 meses en presentar el protocolo respectivo, en contravía de la celeridad y eficacia del procedimiento a seguir en contraprestación al tiempo economizado por los acusados a la administración de justicia, al aceptar los cargos, aparejado a la filosofía del sistema procesal acusatorio. Dicha actividad le corresponderá a la autoridad competente, a la cual se le compulsarán las copias relacionadas.

En definitiva entonces, razón tuvo la funcionaria judicial de la primera instancia en denegar la nulidad solicitada pues pese a la irregularidad consistente en la mora para la presentación del escrito de acusación y la audiencia por parte del Juez de conocimiento, la misma no comporta ni libertad de los acusados ni invalidación de la aceptación del cargo.

La última pretensión citada, sería viable sólo en el caso de que la Defensa demuestre que durante el desarrollo de la audiencia de formulación de imputación y concretamente en el punto de aceptación del cargo, se le vulneraron a los vinculados garantías fundamentales, tal como lo precisó la Corte Suprema en la providencia en la cual varió su postura inicial en materia de retractación. Señaló:

“De ahí entonces que una interpretación razonable de la segunda parte del inciso primero del artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, modificadorio del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, apunta a entender que la retractación allí regulada sólo procede si se evidencia que el allanamiento o el acuerdo no obedecieron a un acto voluntario, libre y espontáneo *o que en desarrollo de esos actos se vulneraron las garantías fundamentales.*” (Destaca la Sala).

En este asunto, si bien falta la verificación por parte de la Jueza de conocimiento por medio de preguntas hacia los allanados, al ser uno de los argumentos de la sustentación del recurso, la Sala revisó el correspondiente audio y da cuenta que al menos de lo registrado en la audiencia preliminar, es improcedente concebir

vulneración a garantía fundamental alguna y el paso del tiempo para llevar a cabo dicho acto y la individualización de pena y sentencia, per se, no genera la transgresión acusada. Se confirmará entonces el proveído.

Auto de segunda instancia (AC-272-14) del 8 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

PRUEBA SOBREVINIENTE – No lo es aquella cuyo desconocimiento obedece a la deficiente investigación de la fiscalía.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 344.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 30645 del 4 de marzo de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico planteado radica en determinar si se cumplen los presupuestos señalados en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, para admitir la introducción de elementos materiales probatorios no descubiertos, ni pedidos en la audiencia preparatoria.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en desarrollo de la audiencia de juicio oral celebrada el 8 de julio del presente año, la fiscalía solicitó como prueba sobrevenida, el testimonio de Brayan Torres Torres, quien al parecer en ocasiones también conducía el vehículo de placas CPO 559, el cual se vio involucrado en el accidente ocurrido el 23 de diciembre de 2012, argumentando que conoció ese medio de prueba por información suministrada por el apoderado de las víctimas, profesional del derecho que llegó al proceso después de celebrarse la audiencia preparatoria.

Luego de escuchar a la defensa, la juez de primera instancia inadmitió el testimonio de Brayan Torres Torres, al considerar que no se cumplen los presupuestos establecidos en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, decisión que comparte la Sala por las siguientes razones:

Para la Sala, el argumento según el cual, el testimonio de Brayan Torres Torres es una prueba sobrevenida, al conocerse por la fiscalía después de la audiencia preparatoria, gracias a información suministrada por el nuevo apoderado de las víctimas, no justifica que el ente acusador sorprenda a la defensa con un medio de prueba no descubierto, ni solicitado en el momento procesal oportuno, ya que su desconocimiento obedeció a la falta de investigación de la fiscalía.

Si desde el inicio de la investigación se conoció que el vehículo involucrado en el accidente, estaba vinculado a una empresa de transporte, por desordenada que pudiera ser, era deber de la fiscalía, buscar toda la información relacionada con el automotor, máxime, que aparentemente existía duda acerca del buen estado de funcionamiento del mismo.

Llama la atención de la Sala, que sólo por información del nuevo apoderado de la víctima, la fiscalía se entere de que el vehículo en ocasiones también era

conducido por Brayan Torres Torres, circunstancia que de haberse desplegado la suficiente labor investigativa, habría sido conocida por el ente acusador de manera oportuna, sin sorprender a la defensa con medios de prueba hallados en desarrollo del juicio oral.

Además, la fiscalía no explicó claramente porque la víctima omitió poner de presente ese medio de prueba de manera oportuna, si en realidad lo consideraba de tanta trascendencia, siendo inadmisibile que en el juicio, se pretenda introducir en calidad de prueba sobreviniente, los resultados de la labor investigativa de cada uno de los abogados que en el transcurso del proceso, represente los intereses de la parte afectada.

Tampoco se explicó cómo fue que el apoderado de la víctima obtuvo esa información y porque tan sólo se enteró de la existencia de otro conductor, en desarrollo del juicio oral, como para establecer que en realidad se dan los presupuestos del inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Según la Fiscal Décima Seccional de Buga, no tenía por qué intuir que el vehículo involucrado en el accidente, era conducido por personas distintas a Eric Julián Navas Vásquez, ya que éste manifestó que él era el único que lo manejaba y a pesar de involucrar a los sujetos que viajaban en el automotor, conductor y lesionados, nunca tuvo información de un tercero que pudiera relatar acerca de las condiciones de funcionamiento del carro.

Para la Sala, la explicación dada por la representante del ente acusador no es lógica ni atendible, ya que si desde el inicio de la investigación se supo que el vehículo de placas CPO 559 pertenecía a un tercero distinto a Eric Julián Navas Vásquez, era deber de la fiscalía indagar acerca de las personas que tenían contacto con el automotor y establecer con certeza quien era el encargado del mantenimiento y revisión del mismo, dado que existía duda acerca de su buen estado de funcionamiento.

No puede pretender la fiscalía suplir las falencias de su investigación, a través de medios de prueba no advertidos por descuido, ya que de haberse profundizado un poco más en el aspecto relacionado con el estado de funcionamiento del carro, habría conocido sí realmente Eric Julián Navas Vásquez, era el único conductor y sí éste era el encargado de su mantenimiento, o en caso contrario, conocería la identidad de las demás personas que tenían a cargo el manejo del automotor.

De otro lado, es pertinente resaltar que cuando la fiscalía presenta acusación contra un ciudadano, se entiende que ha realizado suficientes labores de investigación con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia del individuo vinculado a un proceso penal y que al solicitarse una prueba sobreviniente, es decir, encontrada en desarrollo del juicio oral, ésta debe ser de gran relevancia, ya que con su admisión se afecta el derecho de defensa del acusado, en razón a que por no habersele descubierto el medio de prueba en el momento procesal oportuno, la posibilidad para encontrar elementos que le ayuden a desvirtuar los aportados en su contra, se ve disminuida.

En el presente asunto, no se cumplió con la argumentación requerida para admitir los medios de prueba descubiertos en desarrollo del juicio oral, ya que la fiscal no argumentó porque los elementos materiales admitidos en la preparatoria no eran suficientes para demostrar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado, por lo que la decisión de primera instancia será confirmada en su integridad.

Auto de segunda instancia (2012-02399-01) del 6 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manguillo. Decisión: confirma el auto apelado.

PRUEBA SOBREVINIENTE – No tiene tal condición el dictamen sobre la inimputabilidad no discutida en el proceso.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 344 y 452.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 39948 del 21 de noviembre de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Conforme a las disertaciones de la recurrente, le corresponde a esta Corporación decidir si procede la solicitud de la Defensa, en cuanto a la prueba sobrevenida de un nuevo informe pericial, base de la opinión del testimonio que rendiría en el juicio oral el perito psiquiatra que realizó la valoración al procesado, como prueba en el proceso disciplinario adelantado en su contra.

Es importante destacar el momento procesal de la prueba sobrevenida: “durante el desarrollo del juicio oral” y en el caso en concreto la verdad sea dicha, apenas fue instalado de acuerdo con las palabras de la funcionaria judicial que lo disciplina; sin que se diera lugar ni siquiera a la presentación de la teoría del caso de la Fiscalía.

Lo anterior tiene significancia porque las estipulaciones no han ingresado al juicio oral y tratándose del anuncio realizado en la audiencia preparatoria se dijo únicamente que se estipulaba “...el testimonio de la doctora Mariela del Rosario Gómez Berrío, psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Montería- Córdoba, quien realizó entrevista y valoración al acusado Diego Fernando Montero Hernández, y ...damos por probado el estado mental del señor Montero al momento de ejecutar la conducta...”

Para la fecha, se desconoce el contenido del diagnóstico sobre el cual no existirá ninguna controversia entre las Partes durante el juicio oral, el cual tiene relación según los comentarios precedentes a “la prueba de inimputabilidad del acusado”, respecto de la cual no habrá discusión según lo dijo en su intervención la delegada de la Fiscalía. Empero, si el enjuiciado para la fecha del acontecimiento, no pudo comprender la antijuridicidad del mismo ni autodeterminarse de acuerdo con esa valoración, habría que revisar una vez ingrese la estipulación si se determinó la clase trastorno mental que padece, si es permanente o transitorio, este último con o sin base patológica, aspecto que tiene incidencia sobre la procedencia o no de una medida de seguridad y de la modalidad a imponer en el caso de que sea sancionado como inimputable.

El recurrente, dejó de concretar si había falencia en ese punto en el elemento estipulado, sin señalar tampoco como lo superaba el informe pericial suscrito por un segundo perito. Se limitó a referirse a la incapacidad laboral fijada por el perito con apoyo en una junta médica, como si su reubicación laboral reemplazara el estudio psiquiátrico acerca de la clasificación del trastorno mental, necesaria, al

momento de determinar la medida de seguridad a imponer, dispuesta en los artículos 70 a 75 del Código Penal.

Si ese es el interés que persigue la Defensa según parece advertirse de su sustentación, habrá que esperar el desarrollo del juicio oral en lo atinente a la prueba estipulada “sobre el estado mental del acusado” según los términos en que fue anunciada, para especificar más adelante, si insiste en, “...las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento”. Dicha significancia, en la medida que el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, parece estar consagrado únicamente para quienes se les anuncia pena de prisión y según lo dispuesto en el artículo 452 ibidem, en el anuncio del sentido del fallo, el juez debe disponer provisionalmente la medida de seguridad apropiada, mientras se profiere el fallo respectivo. Es decir que no habría otra oportunidad para establecer la clase de trastorno dentro de la clasificación legal, distinta a la del Juicio oral.

En ese sentido, hoy se dispone la confirmación de la providencia recurrida.

Auto de segunda instancia (AC-284-14) del 19 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

DECRETO DE LA PRUEBA PERICIAL – Es posible así se encuentre pendiente su realización a la fecha de la audiencia preparatoria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 413 a 415.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 37130 del 3 de julio de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Le corresponde a esta sección de la Sala Penal, establecer si es procedente o no el decreto de la prueba pericial, consistente en un cotejo de voces del procesado, cuando a la fecha de la audiencia preparatoria, se encuentra pendiente su realización.

Por lo tanto, la legalidad de la prueba pericial, demanda en su producción a nivel permisivo, que el descubrimiento del informe técnico contentivo de la base de la opinión pericial se realice mínimo con cinco (5) días de anticipación a la fecha de la audiencia donde se va a practicar. Esto es excepcional, pues la regla general es que en la audiencia preparatoria, a la Defensa por lo menos, ya le hayan sido descubiertos todos los elementos materiales probatorios: documentos, entrevistas, informes de investigadores, entre otros, so pena de ser rechazadas sus solicitudes para convertirse en medio de conocimiento en el juicio oral.

Lo anterior, no puede obedecer sólo a un capricho del legislador en el diseño de la solicitud y práctica de pruebas en el nuevo sistema procesal. Su razonabilidad abarca la experiencia en la práctica judicial de la demora que tienen muchas de las pericias, por la insuficiencia de dependencias públicas a quienes les puedan

ser encargadas. Sin ir más allá todos conocemos la congestión en el plano de las pericias siquiátricas, por ejemplo. De ahí que en la elaboración de las reglas de producción probatoria haya permitido que el informe contentivo de la base de la opinión pericial, pueda entregarse a la otra parte con sólo unos días de anticipación a su práctica. Si comporta o no una desventaja en la planeación de la teoría del caso de la contraparte, argumentos de este talante servirán para criticar la ley y propender por una reforma pero no para exigirle a quien va a hacer uso de este medio, que cuente con el informe para la fecha de la audiencia preparatoria. O lo que es más: que ya se le haya fijado fecha para la elaboración del examen respectivo por parte del perito, a nivel de ejemplo, entre otras, pues sería hacerle modificaciones a la ley, al demandar situaciones no exigidas por el ordenamiento positivo.

Si ese conocimiento para la Parte a quien afecta la pericia, puede hacerse con cinco (5) días de anticipación a su práctica, ¿cuál sería la incidencia relevante del hecho de no haberse practicado el estudio por lo menos para la fecha de la audiencia preparatoria, al punto que el experto hace su labor de campo cuando ya ha iniciado el juicio oral? Ninguna, porque así lo perfiló el legislador, previó que en muchos asuntos por la insuficiencia de peritos en nuestro territorio patrio y ante los apretados términos entre las audiencias intermedias del juicio oral, así pudiera suceder, de modo que facilitó ese descubrimiento en uno más amplio, como el consignado en el artículo 415 de la Ley 906 de 2004.

Importa, que desde la audiencia de formulación de acusación, se le haya enterado a la contraparte de la intención de llevar al juicio oral a un experto sobre determinada materia que rendirá un dictamen sobre un tema específico que guarda relación con los hechos o circunstancias relacionadas con la discusión jurídica sobre responsabilidad penal.

Lo anterior, se hizo en el caso concreto, pues la queja de la Defensa se centra en que aún no se realiza el trámite para el cotejo de voces ante el juez de control de garantías; no respecto a haber sido sorprendida en relación con la prueba pericial cuyo decreto petitionó la Fiscalía. El punto, asidero del cuestionamiento de la admisión de la prueba, no tiene la trascendencia que quiere darle, basta con que el informe pericial esté listo con cinco días de anticipación a la audiencia donde se va a practicar el peritazgo a través de la declaración del experto y pueda cumplir con su traslado a la Defensa durante este lapso de tiempo.

La contradicción ejercida por la censora, a través del contenido del artículo 414 de la Ley 906 de 2004, obedece a una lectura descontextualizada del capítulo de la Prueba Pericial (Parte III) pues dicha disposición es concordante con la anterior, la del artículo 413, que le da continuidad al precepto. La misma, señala que: *“Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito.”* Por ese motivo es que el artículo 414 establece: *“Si el juez admite el informe presentado por la parte....”*. Ninguna contradicción ofrece con la del artículo 415, fundamento legal de la providencia de la A-quo.

Si bien, los jueces de la república deben velar por la lealtad procesal, de manera que a nivel de la prueba pericial no se oculte el informe cuando ya se tiene para la fecha de la audiencia de formulación de acusación y/o de la preparatoria, un tiempo mayor que le permitirá al contradictor revisar la estrategia para refutarla, o por otro lado que remita la persona o el elemento objeto de la evaluación por ese perito en forma tardía, con el propósito de debilitar la igualdad de armas, con

el otro sujeto procesal, lo cierto es que en el caso concreto, el señor Fiscal, además de darle a conocer desde la formulación de acusación de que haría uso de una pericia consistente en un cotejo de voces de su defendido, explicó que la demora ha estado en que primero debió someterse a estudio el material consistente en audios para determinar si era apto para el cotejo, como afirmativamente se le respondió. Esto no ha sido desvirtuado, por tanto tampoco se aprecia una conducta contraria a uno de los principios que rigen el procedimiento que deba ser sancionada con la inadmisión de la prueba.

Así las cosas, se confirmará el proveído impugnado.

Auto de segunda instancia (AC-291-14) del 20 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

INASISTENCIA ALIMENTARIA – Prescripción de la acción penal.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 77 y 292 Y 332, numeral primero; Código Penal, artículos 83 y 86; Ley 890 de 2004, artículo 6.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 24300 del 23 de marzo de 2006 y 38467 del 14 de agosto de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Descendiendo al asunto objeto de análisis encontramos que el artículo 292 del código de procedimiento penal establece la interrupción de la prescripción de la acción penal, donde estipula que esta se interrumpe con la formulación de la imputación, además señala que producida esta interrupción del término prescriptivo, este comenzara a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del código penal el cual establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual del máximo de la pena fijada por la ley.

Tratándose de la Ley 906 de 2004, el anterior término se interrumpe con la formulación de imputación, en los términos del artículo 86 *ejusdem*. A partir de este instante, comienza a correr otro plazo para que el Estado resuelva definitivamente la situación jurídica del procesado, “*por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83*”, pero nunca inferior a tres (3) ni superior a diez (10) años.

El delito por el cual fue imputado y acusado el señor GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ MEJÍA, es el de Inasistencia alimentaria establecido en el art 233 del código penal el cual trae inmerso una pena de prisión mínima de 32 meses y máxima de 72 y multa de 20 a 37.5 smmv.

En ese sentido, si la formulación de imputación se adelantó el día 18 de agosto de 2010, a partir de ese momento, empezó a correr el término de prescripción (3 años), y bajo dicha condición, si la pena máxima para el delito de Inasistencia alimentaria inclusive con el incremento de la ley 890 de 2004, es de 72 meses de prisión y la mitad de aquel 36, la acción penal cesó desde el 18 de agosto de 2013, esto es cuando la actuación aún se encontraba en práctica de pruebas, conforme se puede observar en los antecedentes y por lógica razón al 17 de julio del año

2014 fecha para la cual se había emitido la respectiva sentencia de condena ya había transcurrido casi un año de la prescripción de la acción penal.

Verificado entonces el aspecto objetivo de la normativa reseñada, lo que no admite ningún otro tipo de interpretación, pues basta que se realicen los presupuestos establecidos en ella para reconocer la prescripción de la acción penal, como sucede en el caso bajo estudio, en donde además no se ha producido renuncia a dicho fenómeno, no obstante contar con esa prerrogativa una vez se notifique este proveído —Art. 78 párrafo, *ídem*—, lo más lógico para la Sala es aplicar el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal con base en la prescripción de la acción penal, decretando la extinción de la acción penal a favor del señor GUSTAVO ADOLFO MARTINEZ MEJIA por el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA .

En consecuencia, se dispondrá la PRECLUSIÓN de la investigación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

Finalmente, debe la Sala disponer que por la Secretaría se compulsen las copias correspondientes para ser remitidas a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para lo de su competencia, con el fin que se investigue a los Funcionarios que hayan dirigido la etapa de juicio oral en términos de vigencia de la acción penal a fin de determinar quién o quienes han podido incurrir en falta disciplinaria.

Auto de segunda instancia (AC-291-14) del 20 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la prescripción de la acción penal.

LEGÍTIMA DEFENSA – No es viable su reconocimiento en los casos de riña/TENTATIVA DE HOMICIDIO – La fiscalía no demostró la intención de matar o que la herida ocasionada fuera mortal.

Sentencia de segunda instancia (AC-296-14) del 20 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria de manera parcial.

DECISIÓN QUE NIEGA LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – Solo es apelable por la Fiscalía/PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – No es procedente su declaración cuando la tarea investigativa de la Fiscalía en torno a la culpa exclusiva de la víctima es deficiente y descuidada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 332 y 334.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 40128 del 14 de noviembre de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la controversia planteada le corresponde a la Sala establecer: (i) el interés jurídico para recurrir por parte de la Defensa y (ii) si la Fiscalía acreditó con los elementos materiales aportados en la audiencia la procedencia de la preclusión de la instrucción a favor del indiciado, por atipicidad de la conducta.

En primer lugar, debemos señalar la improcedencia de la concesión del recurso de alzada para la Defensa, por cuanto en este momento procesal, cuando la acción penal le corresponde adelantarla a la Fiscalía, únicamente su delegado puede pretender la preclusión de la instrucción, de manera que otro tanto ocurre con el interés para recurrir su negativa por parte del juez de conocimiento.

Por consiguiente, la Sala tendrá en cuenta el alegato de la Defensa como si lo hubiera hecho en el turno de –No recurrente- por cuanto el Juez A quo debió negarle el recurso y por ese sendero, el Tribunal se abstendrá de desatarlo.

Es una premisa cierta a nivel jurídico, que dado el efecto de “cosa juzgada” previsto en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 que tiene la decisión de precluir la instrucción por cualquiera de las causales consagradas en el artículo 332 ibidem, debe existir rigurosidad en el aporte de los elementos materiales probatorios que acrediten la causal invocada.

En este caso, se señaló por parte de la Fiscalía, la atipicidad de la conducta del indiciado CLEMENTE LEONEL PATIÑO PANTOJA quien se comportó conforme a la expectativa que se tiene de la conducta de un ciudadano que ejecuta una acción de riesgo, como lo es, la conducción de un automotor, y si el mismo se estrelló contra la motocicleta maniobrada por el señor CARLOS ELIAS ROJAS ARANGO esto se debió a una elevación del riesgo de parte de este último quien infringió el deber de cuidado al vulnerar normas de tránsito, pues conducía en estado de embriaguez y sin precaución puso en marcha su vehículo; esto apoyado en el informe de accidente de tránsito y en el de laboratorio de toxicología.

Empero, siendo para el A-quo insuficiente, en la medida que la investigación no muestra un esfuerzo en la tarea pesquisidora más allá de las actividades inmediatas a episodios de esta naturaleza y ante la manifestación de la víctima, compañera permanente del sujeto pasivo de la muerte violenta, de contar con dos testigos presenciales, siendo su hija y su sobrino, el delegado del ente acusador ataca la postura, como una sanción a la pasividad de la víctima por no haberse acercado a la Fiscalía con los mencionados deponentes.

Desatinado es el argumento del Censor cuando es a la Fiscalía a quien le corresponde conforme lo demanda la Constitución Nacional en su artículo 250 adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento. No es una potestad, es una obligación. Por lo tanto, la omisión de la compañera permanente del obitado, lejos está demostrar la exclusiva culpa de aquél en el insuceso que le costó la vida; por el contrario denota el mínimo esfuerzo del ente acusador en cumplir con su misión.

El señor Fiscal delegado se atuvo a los resultados de los actos urgentes adelantados por la policía nacional y la policía judicial y dejó de realizar una labor de verificación de la hipótesis consignada por el gendarme que elaboró el informe del accidente de tránsito, así también el nexo de determinación entre el estado de alicoramiento del ofendido con el impacto de su motocicleta con el tracto camión, suceso por el cual se produjeron las lesiones mortales. Las adoptó como hechos ciertos, irrefutables, para fundar la atipicidad de la conducta del indiciado, sin

enseñar un solo elemento material probatorio a su favor obtenido a través del investigativo direccionado por él. Si bien es cierto, las entrevistas únicamente se le toman a quienes contribuyan en el esclarecimiento de los hechos, por lo menos tenía que contar con un informe de investigador de campo donde certificara las labores adelantadas para averiguar por testigos presenciales del hecho con los resultados negativos. No se trata como lo dijo de que en “la carpeta, no se tiene conocimiento que hubiese testigos”; el Fiscal es quien construye la investigación a través del programa metodológico, no quien revisa una carpeta como si por arte de magia allí llegaran los elementos materiales probatorios. Aunque no tiene por qué aportar el dibujo de ejecución de su labor, si fuera cierto que dirigió la misma a verificar las hipótesis a favor del indiciado, habría obtenido respuestas de sus investigadores a través de los protocolos respectivos, de los cuales se denota total ausencia entre los aportados, en la respectiva audiencia.

El agente que elaboró el informe de tránsito, no fue testigo presencial, ni anterior, ni concomitante a los hechos. Su descripción gráfica de la escena del crimen no llega a soportar con la contundencia necesaria para la decisión que se persigue, que la colisión de la motocicleta con el tracto camión se debió exclusivamente a la infracción al deber objetivo de cuidado por parte del conductor de la primera. Por eso, la causa atinente a su comportamiento la señala dentro del acápite de “hipótesis”, acepción que tiene como significados: *“Proposición que resulta de una observación o de una inducción y que debe ser verificada”* y *“Suposición que se establece como base de una investigación que puede confirmar o negar su validez”*. Ni siquiera se intentó a través de una entrevista a este funcionario, hallar la seriedad de su proposición, porque al revisar el croquis llama la atención que no haya hecho diferencia entre la motocicleta como objeto hallado al lado del occiso y su recorrido. La “convención” usada, hace referencia a “motocicleta”; entonces igualmente podría ser que la ubicación de la misma estuviera después del impacto, entre una vía alterna y la principal y no que fuera ese su recorrido como se afirmó unánimemente por la Fiscalía y la Defensa. En el último caso, tendría para el efecto pretendido en esta audiencia que su autor le explicara cuáles fueron los vestigios o señales encontradas para así determinarlo. En ese mismo sentido, indispensable era identificar a nivel investigativo “la ventana de la muerte” consistente en el último sitio y las últimas personas que vieron con vida al señor ROJAS ARANGO para reconstruir su actividad inmediata al accidente de tránsito y el destino del que provenía y al cual se dirigía.

La nula información al respecto, comprueba que el ente investigador nunca se preocupó por enfilar la labor de sus agentes de policía judicial a entrevistar a su compañera permanente, de haberlo hecho, como era su obligación –de investigar– habría obtenido la información aportada por ella ante el juez de conocimiento. Es paradójico que las consecuencias de su desatención a la mística del ejercicio de su función, deba pagarla la víctima, viendo negado su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, así la primera termine un día, por confirmar la hipótesis en la que se quiere fundar una preclusión de la investigación. Si así es, se habrá logrado obtener a ciencia cierta o con la mayor aproximación a la realidad de lo ocurrido de acuerdo con las tareas de reconstrucción del suceso.

La embriaguez, que no obedece necesariamente al grado de etanol en el organismo de un individuo, *per se*, no comprueba la culpa exclusiva de la víctima; igual quien conduzca en ese estado puede ser víctima de la infracción al deber de cuidado de otro, quien eleve mayormente el riesgo permitido y determine el resultado lesivo del bien jurídico. La teoría de la imputación objetiva si bien prescinde de un nexo de causalidad, naturalístico, comprobado en la física como el único posible para imputar la conducta típica, no renuncia del todo pues

demanda una relación de determinación entre ese comportamiento que vulnera objetivamente el deber de cuidado y el resultado relevante penalmente.

De ahí, que si los dos elementos materiales probatorios alegados por la Fiscalía permiten mantener en estado de indagación este proceso sin avanzar a la imputación, no alcanzan para soportar la atipicidad de la conducta del señor CLEMENTE LEONEL PATIÑO PANTOJA para precluir la instrucción a su favor.

En consecuencia, será confirmada la providencia recurrida.

Auto de segunda instancia (AC-285-14) del 22 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – El procesado, y no las víctimas, puede invocar el principio de favorabilidad/DELITOS CONTRA LOS MENORES DE EDAD – El artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no los convierte en conductas imprescriptibles.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 6, 176, 189, 205 y 213; Ley 1098 de 2006, artículo 199; Ley 906 de 2004, artículo 189.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 29168 del 8 de mayo de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]El principio de favorabilidad consagrado en el artículo 6º, norma rectora de la Ley 600 de 2000 que consagra a su vez el principio de legalidad, señala:

“Art. 6º. Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.
La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

Es claro entonces que dicho principio surgido de la consagración del de legalidad, está destinado al sujeto pasivo de la acción penal que no es otro que el procesado. Por lo menos, jamás en un derecho penal liberal se podrá invocar para la víctima en perjuicio de quien es perseguido penalmente por el Estado, la retroactividad de la ley desfavorable en procura de la protección de las víctimas.

Si la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal seguida en contra del señor DAYRON ORLANDO LOPERA RIOS es la Ley 600 de 2000, para nada puede aplicarse una ley posterior como es la 906 de 2004, invocando un principio de favorabilidad para la víctima en perjuicio de la situación del procesado; para el caso concretamente respecto del tiempo en que su condición jurídica permanece sub júdice por la ausencia de una sentencia en firme, de tal forma que cumplida la prescripción por la que le corresponde el derecho a que se termine la acción penal adelantada en su contra y se le precluya la instrucción, se le niegue por la aplicación de una disposición posterior favorable a los intereses de las víctimas.

Si se contrapone dicha favorabilidad para el procesado, primará su interés respecto de la aplicación de la norma permisiva que lo protege.

Por tanto, se les niega en detrimento de la prescripción de la acción penal cursada en contra del procesado, la aplicación del artículo 189 de la Ley 906 de 2004 que establece la suspensión del término prescriptivo a partir del proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

La imprescriptibilidad de los delitos donde exista un sujeto pasivo –víctima-, menor de edad.-

A este punto se quiere llegar, cuando se solicita la aplicación del inciso 1º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que reza según uno de los recurrentes: “Se prohíbe conceder cualquier beneficio a un indiciado, imputado, acusado o condenado, cuando se trata de delitos cometidos contra un menor de edad o adolescente,...con la sola excepción de los beneficios por colaboración eficaz”

Lo anterior es totalmente torticero desde la confrontación con la norma citada, pues la misma en su inciso 1º, ordena:

“Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”

En consecuencia, nos encontramos frente a un concurso homogéneo de delitos de homicidio culposo y la exigencia es el dolo, según se señala en el mismo inciso 1º invocado por el disidente. En segundo lugar, la prescripción de la acción penal, no es un beneficio o subrogado judicial o administrativo, es un derecho que tiene el procesado y una sanción para el Estado por no finiquitar en el tiempo señalado por el legislador la persecución penal con una sentencia definitiva.

La honorable Corte Suprema de Justicia, al respecto ha señalado:

“De aceptarse la tesis del apoderado de la parte civil, por vía jurisprudencial, se establecería en Colombia la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de los delitos contra la *libertad, integridad y formación sexuales*, siempre que la víctima sea un menor de edad; hipótesis que es incompatible con el sistema normativo vigente.

El apoderado de la parte civil habla en nombre de los niños que han padecido abusos sexuales, en general, con la esperanza de que la acción penal no prescriba. Aquél modo de sustentar el recurso, enseña una postura personal del profesional del derecho con relación a la manera cómo debiera tratarse la cuestión y plantea su expectativa de que la ley futura implemente la imprescriptibilidad de ese género de delitos.

Una pretensión de ese talante, que no se restringe al caso particular, sino que se extiende hacia el tema de los delitos sexuales

indistintamente, desconoce la naturaleza del recurso de reposición, el alcance y límites de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal; y también pasa por alto que una decisión de tal significado corresponde al legislador o al propio constituyente

5. El delito de *desaparición forzada de personas*, estructura un caso excepcional que materializa la evolución de las instituciones jurídicas hacia imprescriptibilidad, en consideración a los derechos de las víctimas, a la verdad a la justicia y a la reparación.

(....).

Se constata así, que sólo en virtud de los tratados internacionales y por voluntad del legislador, la *desaparición forzada de personas* es un delito que, por excepción a la regla prevista en el artículo 28 Superior, genera una acción penal imprescriptible.

Sin embargo, tampoco se ha generado una imprescriptibilidad absoluta. Obsérvese que la constitucionalidad de la norma que establece la imprescriptibilidad de la acción penal para el delito de *desaparición forzada de personas*, presupone que los implicados no hayan sido vinculados al proceso penal, porque todavía no se conoce su identidad, caso en el cual es razonable que de manera intemporal el Estado pueda abrir o iniciar la investigación cuando haya mérito”.

Por consiguiente, el Tribunal no repondrá la decisión impugnada.

Auto (P-027-14) del 25 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: no concede la reposición solicitada.

PREACUERDOS – No es contrario al principio de la legalidad acordar la tentativa de homicidio cuando no es posible, ante la acumulación de causas, determinar si la muerte fue ocasionada por la acción del procesado o por la negligente atención médica.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]Siendo clara la ilustración suministrada por el médico legista, doctor JUAN MANUEL ARANGO BUITRAGO, acerca del hallazgo encontrado al momento de realizar la necropsia consistente en el alejamiento de los médicos del hospital San José de la norma básica de atención de paciente con herida penetrante a tórax, que como en el caso de la víctima debió ser entubada con premura, sometida a cirugía y reemplazado el líquido venoso, sin que ninguno de estos procedimientos se hiciera, falleciendo después de siete (7) horas de la primera atención médica como consecuencia de la anemia aguda originada por la lesión propinada con arma blanca, la discusión objeto del problema jurídico planteado por la abogada recurrente resulta inane, pues corresponde a la calificación jurídica que fijó el derrotero de la etapa del juicio.

En efecto, la solución brindada por el Juez de la primera instancia, avalando la postura de la Fiscalía, responde a un criterio naturalístico y no normativo, propio de la solución bajo una teoría del delito anterior, consagrada en el Código Penal de 1980, sin advertir la evolución en el tema, evidenciada en la disposición del artículo 9º del actual estatuto, la Ley 599 de 2000, a partir de la cual se desarrolla positivamente la teoría de la imputación objetiva en nuestro derecho penal, cuando se dijo por el legislador: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”

Dicha teoría, es aplicable a los delitos ejecutados bajo modalidades de conducta (acción u omisión) dolosa o culposa. Esto, porque el nexo de determinación entre la conducta y su resultado se estudia dentro de la tipicidad objetiva, para luego pasar al tipo subjetivo y establecer si el sujeto agente obró con dolo, culpa o preterintención.

La situación fáctica planteada donde hubo varias lesiones suficientemente graves de forma que resultaron idóneas para causar la muerte del señor JAMES ARANA tal como se diagnostica en la necropsia cuando se consignó como causa básica de muerte: “*Anemia aguda por herida vascular por arma cortopunzante*”, donde concurrió una falta de salvamento por parte del personal médico que asumió voluntariamente la protección del bien jurídico de su vida, requiere de determinar el índice de elevación del riesgo jurídicamente desaprobado causado con ambas conductas; pero cuando no es posible establecer a nivel de certeza cuál de ellos se concretó en el resultado muerte, por lo menos quien creó el riesgo jurídicamente desaprobado, como fuera el primer autor, debe responder a título de tentativa de homicidio.

En este asunto, está visto, según la opinión del legista, que de haberse cumplido el protocolo para las heridas penetrantes a tórax, habría existido posibilidad de salvamento de la vida del señor James Arana, sin que pueda asegurarlo en términos de certeza ni otorgarle matemáticamente un grado a esa factibilidad. Las heridas dijo, eran igualmente potencialmente mortales. Es decir, con la capacidad para producir la muerte, pero el tiempo de siete horas desperdiciado en la tarea médica por la omisión del tratamiento según el protocolo, le negó una probabilidad de vida.

La aplicación de la teoría de la “*causalidad cumulativa*”, al caso en concreto le daría el visto bueno a la calificación jurídica de la conducta otorgada por la fiscalía en grado de conato y no de delito consumado, por lo menos para el primer autor del riesgo jurídicamente desaprobado, el que ocasionó la lesión que al no ser “frenada” su potencial mortalidad, produjo el resultado contra la vida. .

Desde esta perspectiva, el primer riesgo jurídicamente desaprobado como fueron las heridas propinadas, *per se*, no necesariamente produjeron su muerte cuando fue llevado a una institución hospitalaria y estuvo allí por 7 horas, donde se falló en la atención médica prevista para el tipo de lesión. De forma, que si bien fueron potencialmente mortales de haber sido intervenido quirúrgicamente, reemplazada la pérdida venosa, habría tenido oportunidad de sobrevivir, en otras palabras no existe elemento material probatorio que señale como aún de haberle sido prestada la atención médica necesaria, de todas formas habría fallecido, o viceversa, es decir que la muerte tuvo lugar exclusivamente por la negligencia médica, porque de haber aplicado el protocolo correcto, habría sobrevivido.

Por tanto, no basta la intención de matar y la idoneidad de las lesiones, (cuando nuestro Derecho Penal privilegia el valor del resultado sobre el desvalor de la acción), para endilgarle al creador del primer riesgo jurídicamente desaprobado la consecuencia de la muerte pese a la grave omisión médica en su labor de salvamento, por profesionales que asumieron voluntariamente la protección de la vida, obteniendo la condición de “garantes”.

Por ello, normativamente, resulta proporcional dejar el cargo en el grado de Tentativa, tal como lo dijo el juzgador resolviendo la incertidumbre a favor del procesado. Aunque exista un “occiso”, el último elemento de la tentativa en el cual se afinsa la crítica de la recurrente, tiene fundamento en un análisis valorativo

de la concausa sobreviniente, al no lograrse una respuesta en la causalidad naturalística, de si el señor JAMES ARANA de todas maneras iba o no a fallecer pese a la omisión médica. Si así fuera, la disidente tendría razón pero el ente acusador, a pesar de hallarse el proceso en la etapa del juicio, no logró dilucidarlo con certeza. Siendo además que la calificación jurídica de la conducta investigada, le corresponde al ente acusador, al no ser caprichosa, ni abiertamente contraria a la juridicidad, debe ser respetada por el Juez de conocimiento.

Todo lo anterior, para explicarle a la recurrente por consideración a la víctima, que la denominación jurídica base del preacuerdo no es alejada per se, del principio de legalidad.

Sin embargo, es relevante para la solución del caso, tener en cuenta el antecedente procesal dejado de indicar por el Juzgador, pero constatado por la Sala al solicitar los registros de las audiencias preliminares y demás que denotaran el estado del proceso para la fecha en que se presentó el preacuerdo.

Por tal sendero, encontramos que desde la formulación de la imputación, la Fiscalía manejó la misma tesis y así se la comunicó a los procesados para endilgarles el cargo de Homicidio agravado únicamente por el numeral 7°, circunstancia que apoyó fácticamente por el número de atacantes, la actuación de cada uno de ellos y el no hallarse armada la víctima, pero en grado de TENTATIVA por la posterior omisión del garante, importante también para la obtención del resultado.

Posteriormente, hubo acusación, que se concretó en la audiencia de formulación de la misma, celebrada el 22 de noviembre de 2013. En ese acto, otro delegado de la Fiscalía, insistió en esa calificación jurídica, HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, le aumentó la circunstancia específica de agravación de haber obrado por motivo abyecto o fútil pues la agresión dijo, se desencadenó de una discusión familiar (con la misma generalidad se refirieron fácticamente, en la formulación de imputación) y la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 7° del artículo 58, como es: *“ejecutar la conducta con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima”*.

Con la formulación de acusación por ese cargo, de continuar por el procedimiento ordinario, la condena tampoco podría solicitarse o dictarse por un delito de mayor entidad, en este caso consumado. Ello en razón de la congruencia entre acusación y sentencia que bajo el desarrollo jurisprudencial se ha optado por un sistema normativo, donde debe corresponder además del hecho, la calificación jurídica por la cual se convocó al juicio, cuya variación únicamente es posible en favor del procesado.

Así, tratándose de un preacuerdo celebrado con posterioridad a la acusación, improcedente es la tesis de la censora, incluso de tener razón, en gracia de discusión, como ya lo vimos, de pretender que la negociación entre la Fiscalía y el procesado parta de un cargo de mayor entidad jurídica a aquel por el cual fue acusado.

Con la anterior sindéresis, se concluye en la legalidad del preacuerdo. Sus términos no soslayan un doble beneficio. Se eliminó básicamente una circunstancia de agravación aunque formalmente fueran dos, de carácter específico, pero la del móvil abyecto o fútil no tiene asidero probatorio. Igual,

tendría que ser así para una real degradación del cargo, por eliminación de tales condiciones agravantes conforme a una de las formas legales del preacuerdo.

En cuanto a las circunstancias de mayor punibilidad, en la medida que son importantes para el sistema de cuartos, al haber sido pactada la pena, plus permitido a las partes dentro de la negociación, el mismo no debe ser aplicado. Por consiguiente no tiñe de ilegalidad, la misma.

Estima la Sala conveniente traer a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia, radicado, 41.683 del 13 de noviembre de 2013, donde ratifica su línea jurisprudencial acerca de la procedencia del sistema de cuartos para el juzgador, sólo en los casos en que en el preacuerdo no se halle contentivo el monto de la pena a imponer. En esa medida, la circunstancia de mayor punibilidad únicamente tiene incidencia en ese método legal, pues no modifica los extremos punitivos del cargo; así que al ser pactada la pena, ninguna relevancia tiene para desconocer la legalidad del preacuerdo.

Auto de segunda instancia (AC-277-14) del 28 de agosto de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

IMPEDIMENTO – La imparcialidad del juez no se compromete por anular el sentido del fallo de carácter absolutorio.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 56, numeral sexto.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 36009 del 23 de marzo de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

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

La causal de impedimento invocada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, es la consagrada en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, según la cual configura impedimento: *“Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso...”*

Descendiendo al caso concreto, se advierte que a través de auto interlocutorio No. 022 del 27 de febrero de 2014, el doctor Alfonso González López, Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, decretó la nulidad del sentido de fallo de carácter absolutorio emitido por el juez ante quien se tramitó el juicio al considerar que: *“Dilucidada la facultad que ostenta este funcionario de conformidad con los precedentes jurisprudenciales acotados para decretar la nulidad de la diligencia de emisión de sentido de fallo y debiéndose fundamentar jurídicamente dicha decisión se observa que si bien es cierto la actividad probatoria en el debate público, en especial en lo que hace referencia a los testimonios vertidos en el decurso del juicio, pues fueron solo dos (2) el de la*

víctima y uno de los agentes captores, se observa que la apreciación realizada someramente por el juzgador de entonces, no guarda relación con la verdad procesal esgrimida y construida a lo largo de las desconcentradas sesiones del juicio oral realizadas, concluye este operador jurídico que se han vulnerado de manera abierta los derechos fundamentales de acceso a la justicia de la víctima, quien vio truncada su pretensión de que la justicia emitiera una sentencia condenatoria contra quien a viva voz en juicio señaló como el agresor que le causara lesiones mortales en su humanidad y que su exposición guarda relación clara, coherente y precisa con la forma y los aspectos temporoespaciales en los que fue aprehendido en flagrancia el señor OSCAR MARINO MURILLO TOLIMAN.

El comportamiento temerario que desplegó el representante de la defensa en su turno para interrogar en el decurso del juicio a la víctima, dejan un sin sabor evidente, pues avasalló de manera incisiva los derechos y garantías fundamentales del señor ALVARO SANCHEZ BECERRA cuando este quería aclararle las respuestas otorgadas, y que decir de la postura asumida por el director del proceso cuando hace uso de la excepcional facultad para interrogar en sede de juicio, rebasando los límites del Juez en un proceso de corte acusatorio y relegando su interrogatorio a los proscritos fines del interrogatorio en el sistema inquisitivo, cuando inquiere al testigo víctima a que aclare una supuesta contradicción presentada entre su testimonio y la entrevista admitida como referencia para impugnar credibilidad.

A juicio del suscrito Juez dentro del plenario haciendo uso de la dogmática se evidencian elementos de prueba suficientes para efectivamente proferir un fallo totalmente contrario al sentido otorgado por el anterior titular de este Despacho, razón por la cual con fundamento en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 se declara la nulidad del sentido de fallo emitido en diligencia de audiencia pública de juicio oral el día 28 de noviembre de 2013...”

Según el juez, el anterior análisis en virtud del cual decretó la nulidad del sentido de fallo de carácter absolutorio emitido el 28 de noviembre de 2013 por el anterior titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, a favor del señor Oscar Marino Murillo Tolimán, constituyen causal de impedimento que le impide continuar conociendo del asunto, afirmación que no comparte la Sala por las siguientes razones:

Desde antes de que el doctor Alfonso González López asumiera la dirección del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, el asunto seguido contra el señor Oscar Marino Murillo Tolimán se encontraba pendiente de la emisión de la sentencia absolutoria a favor del acusado, en consideración a que desde el 28 de noviembre de 2013, la persona que fungía como titular de ese despacho, emitió ese sentido de fallo, por lo que la actuación del nuevo funcionario judicial se limitaría a la lectura de la respectiva sentencia absolutoria o al decreto de la nulidad en caso de no compartir los argumentos del anterior juez, tal como lo hizo mediante auto del 27 de febrero de 2014.

Basta leer los argumentos consignados en el auto del 27 de febrero de 2014, para entender que la nulidad del sentido de fallo emitido por el anterior funcionario judicial, se basó en el hecho de no compartir la decisión absolutoria a favor de Oscar Marino Murillo Tolimán, contra quien emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, el cual está pendiente de ser desarrollado mediante una sentencia que deberá ser leída en presencia de las partes.

No comprende la Sala, como es que si la nulidad del sentido de fallo de carácter absolutorio se adoptó precisamente por no compartirse el análisis efectuado por el anterior juez y tener el convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad del señor Oscar Marino Murillo

Tolimán, lo cual necesariamente implicaba el estudio de las pruebas practicadas e introducidas al juicio oral, pretenda ahora el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá apartarse del asunto, en el que sólo está pendiente que desarrolle su sentido de fallo condenatorio emitido contra el acusado a través de auto del 27 de febrero de 2014.

Es que no era otra la función que debía desempeñar el nuevo juez, en el entendido que ya se había culminado el debate probatorio, se presentaron alegatos finales e incluso se había proferido sentido de fallo de carácter absolutorio, siendo la siguiente etapa procesal, la lectura del fallo a favor del acusado, pero ante la llegada de otro funcionario judicial, que realizó un nuevo análisis del caudal probatorio, el rumbo de la actuación cambio, para proferirse sentido de fallo de carácter condenatorio contra Oscar Marino Murillo Tolimán.

Así las cosas, es incomprensible que en el momento en el que se encuentra la actuación seguida contra Oscar Marino Murillo Tolimán, el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, se declare impedido para emitir la respectiva sentencia, a pesar que el 27 de febrero de 2014 anunció que sería de carácter condenatorio, máxime, que no existe otra actuación pendiente de realizar por parte del funcionario judicial, cuya imparcialidad no se ve afectada por la nulidad decretada en la citada fecha.

De acogerse la teoría planteada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá, se tendría que afirmar que en ningún caso, el juez que emite el sentido de fallo, está facultado para desarrollar posteriormente la sentencia definitiva, ya que estaría incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 6º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, según la cual es causal de impedimento que el funcionario judicial hubiera participado dentro del proceso.

Es de resaltar que la nulidad decretada y el sentido de fallo de carácter condenatorio emitido por el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá contra el señor Oscar Marino Murillo Tolimán, constituyen actuaciones propias del ejercicio de sus funciones, cuyo conocimiento y análisis no configuran ninguna causal de impedimento, por lo que las diligencias le serán remitidas para que emita la decisión que en derecho corresponda.

Auto 2012-00586-02 del 27 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: declara infundado el impedimento.

LEGÍTIMA DEFENSA – No pueda alegarla quien propicia la agresión/TENTATIVA DE HOMICIDIO – Circunstancias que permiten inferir la intención de causar la muerte.

Sentencia de segunda instancia (AC-259-14) del 27 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia condenatoria de manera parcial.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La condición de farmacodependiente, que deber ser probada, no autoriza a portar cantidades superiores a la dosis personal.

Sentencia de segunda instancia (AC-315-14) del 1 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: revoca la sentencia absolutoria.

PREACUERDOS – El juez no puede acogerlos cuando eliminan una circunstancia específica de agravación y degradan, además, sin fundamentación alguna la calidad de autor a cómplice.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 42, 179, 293, 351 y 456.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre otras, 15835 del 17 de julio de 2008, 29979 del 27 de octubre de 2008, 27759 del 12 de septiembre de 2007, 26128 del 12 de septiembre de 2007, 25108 del 30 de noviembre de 2006 y 27218 del 16 de mayo de 2007.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Tribunal se encuentra habilitado para revisar y decidir la alzada, en virtud de los factores objetivo, funcional y territorial que determinan la competencia, y por expresa autorización del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Sería del caso resolver de fondo el asunto, de no ser porque se incurrió en insalvable irregularidad, que amerita la declaratoria de nulidad de la actuación, tal como se procederá.

Los supuestos de hecho y de derecho que concitan el debate se sintetizan de la siguiente manera:

El 19 de abril al parecer de 2.014, en una ciudad indeterminada, se infiere del Valle del Cauca, aproximadamente, a las 4:20 no se sabe si del día o de la noche, los integrantes de la patrulla de vigilancia Móvil -2, son informados por unos turistas - no identificados - que fueron víctimas de un hurto por dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta RX; diez minutos después, en el Barrio Obrero carrera 7ª con calle 8ª, de la ciudad desconocida, observan a dos sujetos transitar en la motocicleta RX de placas FOG82A, quienes al percatarse de la presencia de los uniformados emprenden la huida; pero, observan que el parrillero lanzó un arma de fuego al césped la cual es recuperada y son capturados en el acto.

El parrillero que se deshizo del arma, un revólver marca LLAMA SCORPION Números externo IM679Q e interno 776, empuñadura anatómica, color cromado, que había sido hurtado al señor César Augusto Salcedo Orozco en la ciudad de Manizales, correspondió al señor Jhon Edward Muriel Lenis.

Por consiguiente, en la audiencia correspondiente se le imputó al señor Muriel Lenis la coautoría del delito previsto en el Código Penal, Libro II, Título XII, Capítulo III, Artículo 365 modificado por el Artículo 19 de la Ley 1453/11, agravado por la utilización de medios motorizados, lo cual conllevaría a la duplicación de la pena que oscila entre nueve (9) y doce (12) años. Cargo que no aceptó.

Sobre tales supuestos fácticos y jurídicos, las partes acordaron degradar el cargo de coautor a cómplice y, la imposición de una pena de cincuenta y ocho punto cinco (58,5) meses de prisión.

Pues bien, al rompe se aprecia que el acuerdo en mención transgredió derechos y garantías fundamentales, porque su construcción implicó inexorablemente la

violación flagrante del debido proceso y de la legalidad del delito y de la pena; en tanto, concurren irregularidades sustanciales específicas no subsanables, las cuales socavan las bases estructurales del debido proceso constitucional, así que, la única opción, es acudir al mecanismo extremo de la declaratoria de nulidad, ante la presencia de tales anomalías que son del siguiente tenor:

- i) No se estableció el sitio de ocurrencia de los hechos penalmente relevantes, con lo cual no se determinó con certeza la competencia territorial y funcional.
- ii) El acuerdo violó la Ley Procesal Penal, en tanto, el Artículo 351 inciso primero establece: *“si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo...”*. Y, en el presente caso, se acordó eliminar la causal específica de agravación punitiva consistente en utilizar medios motorizados, que duplicaba la pena.
- iii) Sin embargo, en contravía de la norma mencionada en el párrafo anterior, las partes acordaron, además, degradar la participación criminal de autoría a complicidad en la comisión del delito; esto es, se desconoció su facticidad, o lo que es lo mismo, imaginaron que tal delito no lo cometió un autor, sino que fue obra de un cómplice, otorgándole una rebaja muy significativa adicional.
- iv) Asimismo, por vía del acuerdo se posibilitó la rebaja de la pena, más allá del límite permitido, a un monto ilegal, en tanto, desbordó el sistema de cuartos para situarla por debajo de la pena mínima prevista en la ley para el delito.
- v) Por último, se emitió una sentencia condenatoria carente sustancialmente de motivación.

Es menester que en cada proceso penal, el juzgador tenga certeza del lugar donde sucedió el crimen, de cara a determinar la competencia territorial para efecto del juzgamiento, pues, la misma no se intuye, presume o adivina, debe estar determinada fidedignamente en el pliego de cargos o acusación que es la carta de navegación inexorable del proceso penal o lo que es lo mismo la acusación, *“...Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación...”* dispone el Artículo 293 de la Ley 906/04.

En esa medida la hoja de ruta a seguir sobre el particular, la trazó los artículos 42 y siguientes de la Ley 906/04, de manera que, lo primero que debió verificar la fiscal y el juez, fue el sitio exacto donde sucedió el reato a fin de establecer si concurría en el juzgador la competencia por el factor territorial y funcional, dado que no se avizoran los factores de competencia por el factor subjetivo o por conexidad.

Si bien es cierto, la nulidad por incompetencia del juez, no se aprecia de conformidad a los supuestos de hecho que trae el Artículo 456 de la Ley 906/04; ello no obsta, para que se enmiende tal yerro y se precise el lugar de ocurrencia del delito.

En el sub-júdice, se violaron las garantías fundamentales en aspectos sustanciales como el debido proceso y la legalidad del delito y de las penas como pasa a demostrarse:

En primer término, el acuerdo violó el Artículo 351 inciso primero del Código de Procedimiento Penal que establece: *“si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo...”*.

Así que, al quitarle la agravante específica concurrente que duplicaba la pena inicial que es de nueve (9) a doce (12) años, por – utilizar medios motorizados -, (Art. 365 Numeral 1º C.P.) de hecho conllevó a la reducción de la pena en la mitad y, por consiguiente, se erigió en la única rebaja compensatoria por el acuerdo permitido por la ley.

Hasta allí, se transitó por los senderos del debido proceso; pero, como el festín de rebajas continuó, inexorablemente, franqueó los límites de la legalidad, para situarse en el campo de la ilegalidad con vulneración diamantina del debido proceso.

Regresando al caso que concita la atención de la Sala, es preciso afirmar que las irregularidades sustanciales que socavaron las bases estructurales del debido proceso, se presentaron en la audiencia de legalización del preacuerdo. Por consiguiente, se impone invalidar la actuación a partir de esa actuación violadora de los derechos y garantías fundamentales aludidas, de suerte tal que lo que se anula no es la sentencia, sino una decisión interlocutoria.

“Acerca de la competencia del Tribunal, el principio de limitación del recurso de apelación, la prohibición de reforma peyorativa y la prohibición de *ne bis in ídem*., enseñó el Tribunal de Cierre de la Justicia Penal.

“En apoyo de la tesis del libelista, argumentó –sin razón- el Ministerio Público que la competencia del Tribunal es limitada en virtud del recurso de apelación de un fallo producto del preacuerdo (se refirió al del 31 de marzo de 2006); sostuvo que no podía cuestionarlo porque no tenía competencia para ello en virtud de que el defensor fue único impugnante y sin embargo, en contravía de la prohibición de reforma peyorativa declaró parcialmente nulo el preacuerdo y ordenó restablecer el proceso.

Se responde:

En vigencia de los anteriores códigos de procedimiento penal (Artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 204 de la Ley 600 de 2000) existían disposiciones explícitas orientadas a regular la limitación del superior orientada a que es la impugnación la que fija los parámetros del debate en el pronunciamiento del *ad quem*, sin que se pudiera desmejorar la situación de apelantes únicos.

El nuevo ordenamiento no reprodujo aquellas disposiciones; el artículo 179 de la Ley 906 no consagra expresamente aquel tipo de limitación. En todo caso, tanto en la legislación anterior, como ahora en el novedoso sistema de enjuiciamiento ha existido una innegable tensión en esa materia (Legalidad vs. Principio de limitación), que tiene su núcleo en el artículo 31 de la Carta Política que consagra el principio de la doble instancia y la prohibición de reforma peyorativa.

En relación con la conducta contra la vida, en estricto sentido no ha habido *reforma en peor*, sencillamente porque se anuló la sentencia por lesiones y se dispuso rehacer el procedimiento. Sin embargo, lo que no puede soslayar la Sala es el hecho de que el funcionario judicial, tanto como los intervinientes en el proceso siempre tienen un referente ineludible en el papel que cumplen en el proceso penal: La Constitución y la Ley.

Desde esa perspectiva, la Sala participa del pensamiento de que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos y

garantías fundamentales; por ello el inciso cuarto del artículo 351 establece la salvedad:

“...Los preacuerdos... obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales”.

De ninguna manera puede entenderse –*por sí*- la declaración de nulidad del preacuerdo o la declaratoria de nulidad del proceso penal por errónea adecuación típica (que es lo que aquí sucedió) como una reforma peyorativa; no obstante cabe la discusión de que se trate de “*una verdad a medias*” porque de todos modos se anula la imputación (lesiones personales) y se procesará de nuevo por una conducta que reviste mayor gravedad (homicidio imperfecto).

La declaración de nulidad de una imputación consensuada (lesiones personales) obliga a rehacer el proceso pero de ninguna manera ata la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción del rito.

En síntesis, la declaración de nulidad del preacuerdo sobre los términos de la imputación (art. 350), o de la aceptación misma de la imputación por consenso (arts. 351 inc. 1, 352, 356 núm. 5, 367) no impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (Vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal) porque, en todo caso lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente “garantizar a plenitud el derecho al debido proceso” sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado – tribunal) funge como sede de control *constitucional y legal*, bien que se trámite por el sistema ordinario o por el sistema de imputación preacordada”.

En definitiva, se aprecia que el juez acogió el preacuerdo en el sentido de eliminarle una causal específica de agravación punitiva consistente en cometer el reato usando un medio motorizado, causal que duplica la pena del delito.

Luego, desconoció el derecho y principio fundamental de la legalidad del delito y de la pena al desconocer la tipicidad estricta del reato imputado a título de coautor, al mutar la autoría en complicidad, sin fundamentos argumentativos, probatorios, fácticos y jurídicos, que posibilite tal degradación, con lo cual reconoció la ilegal segunda rebaja.

La tercera reducción punitiva al margen de la ley se concretó en la reducción de la pena en virtud del preacuerdo.

Adicionalmente, se presenta nulidad de la sentencia por precariedad y contradicción insuperable en motivación de la misma; efectivamente, la motivación consta de siete (7) párrafos, en el primero se dio por establecido que los elementos materiales probatorios son “auténticos, fidedignos y demostrativos de la responsabilidad del procesado”, no fueron objetados por la defensa, “adquieren plena capacidad demostrativa en tanto son aceptados por él y su defensa... todos confirmantes de la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego” agravado.

Si tal era la realidad acreditada debió improbar el preacuerdo por ilegalidad del mismo, pues, si consideró que el procesado fungió como autor de un porte ilegal de armas de defensa personal agravado, no se entiende, porque le quitó la circunstancia específica de agravación punitiva y además, degradó la forma de participación criminal de autoría a complicidad, violando de paso el debido proceso y la legalidad del delito y de la pena.

Los restantes seis (6) párrafos de la lacónica sentencia no se refieren en concreto a los hechos materia del proceso, sino a ideas fragmentarias genéricas sobre el delito en mención, de suerte tal que en puridad no existió motivación. Al respecto, enseñó la Corte:

“...estima pertinente la Sala traer a colación lo que desde antaño viene refiriendo en torno del deber de motivación de las providencias judiciales y sus efectos. Esto, entonces, se dijo:

“De manera reiterada, ha dicho la Sala que los defectos de motivación de la sentencia, con efectos invalidantes, pueden consistir en:

i) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan el fallo.

ii) Motivación incompleta o deficiente, que ocurre cuando la precaria sustentación impide saber cuál es el sustento de la decisión o no analiza sus fundamentos fácticos o jurídicos.

iii) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente, cuando la providencia contiene conceptos o argumentos que se excluyen entre sí, de manera que finalmente se ignora el sentido de la motivación, o cuando las razones expuestas en la parte motiva no explican la decisión contenida en la resolutive.

iv) Motivación sofística, aparente o falsa, cuando no está respaldada en la verdad probada en el proceso.”

Como en estricto sentido, no es la precaria argumentación expuesta por el a quo en siete (7) cortos párrafos, el motivo de la nulidad de la sentencia, sino que los mismos no se refieren a los elementos, características, estructura, naturaleza penal y la forma de participación en la conducta delictiva que se le carga al procesado, se trata de comentarios genéricos que no guardan ninguna relación directa o indirecta con los hechos que motivaron el proceso además, es de advertir que no se están exigiendo pródigas motivaciones, porque como lo manifiesta la Corte: “...no es la profusión en el discurso un parámetro que por sí mismo determine la suficiente o insuficiente motivación”, sino que los argumentos guarden relación con los supuestos de hecho y de derecho del caso concreto que aquí se echan de menos.

De otro lado, se aclara que en el presente asunto no se configura la causal de libertad establecida en el numeral 4º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, ya que según el párrafo del mismo precepto, “En los numerales 4º y 5º se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad...”

Auto de segunda instancia (2014-00023-01) del 2 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: anula la actuación a partir de la aprobación del preacuerdo.

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES – El juez penal no puede condenar por suma superior a la solicitada.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículos 94 y 97.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 34816 del 7 de marzo de 2012 y 38430 del 20 de noviembre de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si se incurrió en algún error al momento de tasar los perjuicios materiales y morales pedidos y demostrados dentro del proceso penal seguido contra Paula Andrea Quintero Chica, por la conducta punible de hurto agravado.

El artículo 94 de la Ley 599 de 2000, establece que: *“La conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.”*

Por su parte, el artículo 97 de la misma ley, señala que: *“En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.”*

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.”

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en el capítulo denominado *“estimación de los perjuicios”* de la demanda de constitución en parte civil, el abogado estimó los perjuicios materiales de la siguiente manera:

“1. Tratándose de delitos contra el patrimonio económico los cometidos por la sindicada, la suma que hurtó la misma, asciende a \$52.471.680.00 CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROSCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS MCTE.

2. El valor de los cheques hurtados, dinero invertido en auditoria e investigaciones, dinero que canceló AGROMUNDO LTDA., en la apertura de cuentas por parte de la sindicada para la comisión del ilícito y demás transacciones bancarias, estimado todo lo anterior en la suma de \$4.000.000.00 CUATRO MILLONES DE PESOS.

Con lo anterior estimo los perjuicios ocasionados a mi poderdante en la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROSCIENTOS SETENMTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS MCTE \$56.471.680.00.”

La anterior cuantía no fue aumentada durante el transcurso del proceso penal seguido contra la señora Paula Andrea Quintero Chica, ni se indicó en la demanda de constitución en parte civil que la pretensión indemnizatoria incluía los perjuicios que se llegaren a demostrar, sino que se limitó a la suma concreta de \$56.471.680.00, valor al que fue condenada la procesada.

Tal como lo ha señalado el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, al momento de tasar los perjuicios materiales y morales originados de la comisión de alguna conducta punible, el juez está limitado por la pretensión elevada por parte del perjudicado, sin que tenga la facultad de condenar por una cuantía

superior a la pedida, tal como ocurrió en el presente caso, en el que a pesar de estar acreditado según el Informe Pericial Contable que el detrimento patrimonial sufrido por Agromundo Ltda., como consecuencia del delito cometido por Paula Andrea Quintero Chica ascendió a \$311.416.795, solo se podía condenar por la suma fijada en la demanda, es decir, \$56.471.680.00.

De acuerdo a lo anterior, tampoco le asiste razón al apelante al pretender que la sentencia de primera instancia sea modificada en el sentido de condenar a la señora Paula Andrea Quintero Chica, al pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que de la revisión de la demanda de constitución en parte civil, se extracta que la indemnización por ese concepto ni siquiera fue incluida como pretensión de los perjudicados, ni fue adicionada posteriormente durante el trámite del proceso penal seguido contra la precitada.

Fue solo al momento de sustentar el recurso de apelación que el representante de la parte civil, pidió que la señora Paula Andrea Quintero Chica fuera condenada al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, argumentando que los esposos Edwar Alberto Franco Ceballos y Miriam Jiménez Quintero sufrieron moralmente las consecuencias del delito ejecutado por la precitada, al verse comprometidos con los proveedores y sus continuos cobros jurídicos, además de la angustia por ver afectada la educación de sus hijos, sin que al momento de constituirse en parte civil, ni en el trascurso del proceso, hubiera elevado alguna pretensión al respecto.

El silencio del representante de la parte civil frente a la indemnización de los perjuicios morales al parecer causado con la conducta punible en la que incurrió Paula Andrea Quintero Chica, impedía a la juez emitir condena por ese concepto, tal como ocurrió en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada en su integridad.

Sentencia de segunda instancia (2012-00078-01) del 2 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

COAUTORÍA – Aunque no haya realizado disparos en contra de las víctimas, es responsable penalmente quien presta seguridad a los cabecillas de la toma guerrillera.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Convenio III de Ginebra; Ley 454 de 2000 y Ley 833 de 2003.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 19213 del 2 de julio de 2008, 23438 del 2 de julio de 2008, 31085 del 8 de julio de 2009 y 39870 del 27 de noviembre de 2013.

TESIS DE LA DECISIÓN:

[...]Con relación al compromiso penal de la encartada en la comisión de los delitos por los cuales fue acusada, sobre los que no existe discrepancia de ninguna índole; en tanto, a juicio de la defensa tales injustos penales están plenamente

acreditados, en cambio no ocurre lo mismo, con la responsabilidad penal, tópico que cuestionó en la apelación.

Para responder los cuestionamientos del recurrente partimos de la prueba cardinal que enarboló la defensa cual es la declaración de la procesada que renunció al derecho de guardar silencio.

En ejercicio de ese derecho la procesada Gloria Patricia Ramírez Basto confesó su ingreso a las filas de las FARC, en las cuales permaneció durante siete (7) años, operando en las montañas de los circuitos de Buga y Tuluá, luego, fue trasladada a la Columna Móvil Gabriel Galvis a Florida, Palmira y Pradera áreas limítrofes con el Departamento del Cauca, donde ofició como enfermera, radista y encargada en otras ocasiones de la computación; en ese discurrir con 15 días de anticipación le informaron de la toma y combate que se haría en el sitio El Arenillo, correspondiéndole desplazarse al sitio “Los Parapentes” donde les prestó guardia a sus comandantes en especial a Leonel Páez con quien tenía una relación sentimental.

Sea lo primero denotar que estamos ante un clásico caso de coautoría impropia o por división del trabajo: *“la coautoría impropia se edifica sobre tres requisitos, es decir, la existencia de un acuerdo común, la división de tareas y la esencialidad del aporte”*.

Obsérvese, que el argumento axial del recurrente se soporta en la ausencia de participación activa de la señora Gloria Patricia Ramírez Basto en el ataque a la estación de El Arenillo, que se trató de una guerrillera rasa, que no tenía la competencia para planear y ejecutar un ataque de esa naturaleza, en el momento del combate se halló en un sitio distante prestándoles seguridad a quienes dirigieron la toma.

Pues bien, nótese cómo cada guerrillero individual y autónomamente, no tenía ni tendría la opción de realizar un ataque de la naturaleza del registrado a la estación policial de El Arenillo en la comprensión municipal de Palmira Valle. Sin embargo, con una rigurosa planificación de mucho tiempo atrás, con una división de tareas específicas en el espacio, tiempo y circunstancias de consuno se podía doblar de entrada a los escasos policías presentes en aquel lugar.

Para significar, la importancia del aporte de cada guerrillero en el propósito de vencer a sus adversarios, sin que se pueda menospreciar el aporte de cada uno en el logro del resultado final esperado y propuesto de común acuerdo con antelación.

La procesada como amante del Comandante Leonel Páez, director de la emboscada, no sólo conocía con antelación el propósito de eliminación de los uniformados, el hurto de sus pertenencias, los métodos ajenos al derecho de la guerra que usarían, sino además, que era de la confianza absoluta de los comandantes del ataque, tenía como responsabilidad garantizar la integridad física de los mismos y, si eventualmente, acudía el Ejército en ayuda de las víctimas, evitar que lo hicieran, a la vez, garantizar el éxito y la huida de sus compañeros.

Por consiguiente, la circunstancia que se encontró en un sitio estratégico distante desde dónde se dirigió la toma prestando seguridad a quienes tenían el dominio absoluto de la agresión la sitúa en el mismo rango dada la importancia de su aporte específico, sin el cual no habría sido factible la realización de los delitos,

porque los comandantes no habrían concurrido a ese espacio sin que les garantizaran su seguridad y también los que ejecutaron la toma no lo habrían hecho en la forma que lo realizaron dado que el Ejército podía sorprenderlos y aniquilarlos dado que no gozarían de anillos de seguridad.

Así que, el alegato según el cual la señora Ramírez Basto, no realizó disparos en contra de las víctimas resulta inane, dado que, ella siempre estuvo presta a disparar según las exigencias que su rol en el combate le imponían.

En conclusión, los señores: Milton Forero Mendoza, Mario Peñalosa Wilches, William Usuaga Usuaga y José Ricardo Ramírez, uniformados que sobrevivieron al ataque de “El Arenillo”, así como Víctor Julio Ramírez, Eliseo Herreño Sedano, Leider Dussan Castañeda, Jorge Obando Ipia, Heidi Dianey Trochez Bubu, Franco Collo Menza y, la señora Gloria Patricia Ramírez Basto, demostraron:

- i) Que la señora Gloria Patricia Ramírez Basto, integró las filas de la Columna Móvil Gabriel Galvis de las FARC y, como tal participó en la toma de la estación policial El Arenillo en Palmira Valle del Cauca.
- ii) Que con 15 días de anticipación conocía los pormenores de la toma guerrillera, tenía conocimiento que se proponían segar las vidas de quienes estuviesen en el momento del ataque en ese espacio.
- iii) En la ejecución del plan criminal la señora Ramírez Basto le correspondió asumir el cuidado personal de los comandantes que desde el sitio El Parapente dirigían el ataque y eventualmente, tenía la misión repeler la reacción eventual del Ejército y, de esa manera garantizar el éxito del ataque y la seguridad de sus superiores.
- iv) Igualmente, sabía y quería la utilización de armas de destrucción masiva como cilindros bomba, granadas de fragmentación, uso de armas de largo y corto alcance que imposibilitaría en grado sumo que salvaran la vida los uniformados presentes en esa estación policial.
- v) Su aporte al resultado criminal planeado y acordado se logró por la integración a otros aportes realizados en connivencia con el realizado por la acusada.
- vi) No era necesario, que la acusada estuviese presente en el sitio de la toma disparando a los policías como lo exige el recurrente; pues, sería lo mismo que afirmar la inculpabilidad del Comandante Leonel Páez, pues, él tampoco, se encontró en el sitio de la toma guerrillera, ni realizó ningún disparo a los policías. Sin embargo, dirigió la toma que la procesa garantizó, aseguró y posibilitó al prestar guardia a los comandantes, su amante en especial para que pudiese dirigir el ataque.
- vii) No se puede, mirar la actuación de la señora Ramírez Basto de una manera descontextualizada, es preciso observar su aporte como parte del engranaje general, de la obra colectiva y mancomunada de los subversivos, que en unidad de criterio, se propusieron segar las vidas de los uniformados y hurtar sus pertenencias cometido que efectivamente lograron.

Sean suficientes las anteriores consideraciones para impartirle la condigna confirmación a la sentencia recurrida, advirtiendo que no se atienden las solicitudes del Ministerio Público no recurrente, sobre la compulsación de copias para que se investigue a los Comandantes de la Policía y del Ejército por presunta omisión de sus deberes, dado que no se cuenta a juicio de la Sala con los elementos de juicio ponderados para hacerlo, si así lo considera y tiene elementos de juicio que no conoce la Sala está dentro de su rol funcional el deber de hacerlo.

Sentencia de segunda instancia (2012-00022-03) del 3 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma la sentencia apelada.

CONCURSO DE DELITOS – La dosificación de la pena parte del delito de mayor gravedad/CONGRUENCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA – El juez no puede omitir la circunstancia de agravación incluida en la formulación de imputación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 31; Ley 906 de 2004, artículo 296.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 29002 del 31 de marzo de 2008 y 25304 del 16 de abril de 2008.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El artículo 31 del Código Penal Colombiano, establece: *El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 890 de 2004... El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Como se pudo verificar, es clara la disposición contenida en el artículo precitado, para efecto de la tasación de la pena en caso de concurso de delitos, evento en el cual se demanda, partir de la pena más grave. Veamos:

El Hurto calificado (art. 240 inciso 1º), tiene una pena de 8 a 16 años, agravado por el numeral 10 del artículo 241 incrementa la sanción referida de la mitad a las tres cuartas partes, quedando de 12 a 28 años, extremos a los cuales se les aplica lo establecido en el 27 del C.P. –tentativa-, generando unos nuevos límites punitivos (se reduce el mínimo a la mitad y el máximo a las tres cuartas partes) para una pena de 6 a 21 años de prisión, mismo quantum al que se le disminuye las dos porciones contempladas en el artículo 268 del C.P.,(una tercera parte a la mitad por ser la cuantía inferior a un smlmv), arrojando finalmente los nuevos extremos punitivos para el delito referido de 3 a 15 años y 9 meses de prisión.

En cuanto al delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (art. 365), se tiene que la pena es de 9 a 12 años de prisión, quantum al cual debe hacerle el incremento establecido en el inciso 2º ibídem debido a la circunstancia de agravación (la pena se duplica), arrojando en definitiva una sanción de 18 el mínimo a 24 años el extremo máximo.

Por esta potísima razón, fincada en el –principio de legalidad- no es posible acceder a la petición de la defensa, de partir del delito del Hurto calificado y agravado, atenuado, en grado de tentativa para dosificar la pena, por cuanto este delito como se puede ver comporta una pena menor y los cargos aceptados por

los procesados incluyen la conducta punible de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones tipificado en el artículo 365 ibídem que tiene una pena de 9 a 12 años, agravado por el numeral quinto del mismo artículo, siendo esta, la pena más alta y la que debe servir como base para la tasación de la pena definitiva.

De acceder a lo peticionado por la defensa, la decisión de primera instancia se tornaría ilegal y traería como consecuencia la declaratoria de nulidad, por vulnerar el mandato del artículo 31 del Código Penal, tópico analizado en precedencia.

La Sala detecta que pese a que la Fiscalía formuló la imputación por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado por la coautoría, en concurso con hurto calificado y agravado en grado de Tentativa, con circunstancia de atenuación, la Juez Aquo al momento de dictar la sentencia omitió hacer pronunciamiento respecto del agravante del delito del porte de armas, situación que afecta el principio de congruencia que rige el proceso penal, pues el Juez de conocimiento debe condenar por los delitos por los cuales la fiscalía acusó, que en tratándose de un procedimiento abreviado son los hechos y los delitos formulados en la imputación, los cuales aceptaron los procesados, y no los consagrados en el posterior escrito, demandado por el legislador en el artículo 296 de la Ley 906 de 2004, modificado en tal sentido por el artículo 69 de la ley 1453 de 2011.

Pues bien en el presente caso, la funcionaria judicial de primera instancia, omitió la revisión del audio de la audiencia preliminar donde se aceptaron los cargos, como le correspondía para cuidar de la congruencia y se rigió por el escrito presentado con posterioridad al allanamiento por el ente acusador donde por simple olvido, su delegado dejó de plasmar la circunstancia de agravación pues ninguna referencia hizo a una modificación en ese sentido en cumplimiento del principio de legalidad, conforme a elementos materiales probatorios recaudados con posterioridad a las audiencias concentradas.

Sería del caso anular para el restablecimiento de dicha congruencia, a no ser porque se atentaría contra el principio de la no reformatio in pejus, pues al ser la defensa el único apelante cuando ante el yerro del señor Fiscal, el representante del Ministerio Público debió estar atento a dicha irregularidad, no podría la judicatura aprovecharse de la ocasión brindada por el único alzadista para anular a efecto de que se dicte una sentencia por el delito contra la seguridad pública con la circunstancia de agravación que le duplicaría la pena. Aunado a lo anterior está el límite de la competencia funcional trazada por el punto objeto de disidencia.

En conclusión, pese al yerro comprobado en materia de la calificación jurídica del delito más grave cometido contra la seguridad pública, imputado a los procesados con una circunstancia específica de agravación ya mencionada, la Sala se abstendrá de anular para buscar la corrección en respeto al principio anterior, por ser la Defensa, apelante único. Por consiguiente, sólo es posible confirmar la sentencia en los términos en que fuera dictada, en tanto favorece a los procesados.

Sentencia de segunda instancia (AC-086-14) del 4 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma la sentencia apelada.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – La responsabilidad

debe ser demostrada más allá de toda duda.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 381.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 32863 del 3 de febrero de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el sub examine, la crítica del recurrente se funda en la falta de prueba testimonial que señale de manera directa al señor John Jairo Aguirre Otálvaro como la persona que transportaba o llevaba consigo la sustancia de estupefaciente, hallada debajo del asiento que aquél ocupaba en el bus de la empresa Arauca, pues a las testigos aportadas por la Fiscalía, únicamente les consta la circunstancia de la captura, sin que logren desvirtuar sus descargos, generándose una duda insuperable acerca de si fue o no, el autor del reato cometido contra la Salud Pública.

La prueba de cargo recaudada en el plenario, constituida como sustento probatorio de la condena se dio por los testimonios de las señoras Amanda Ortiz Romero, Luz Dary Ortiz Agudelo y Diana Liceth Castellanos Ortiz, quienes según el Aquo fueron consistentes en afirmar que el estupefaciente hallado estaba debajo del asiento del acusado.

En efecto, dos de las deponentes señalaron que debajo del asiento donde iba en el bus el procesado, fue hallado un paquete en una bolsa de color negro. Dicha bolsa fue bajada del bus, luego regresada por el mismo agente que realizó el hallazgo, para ser abierta y encontrar una sustancia que de acuerdo con el olor, era marihuana, tal como lo confirmaron las pruebas de PIPH y de Laboratorio.

La Fiscalía en pro de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, consideró que los testimonios de las tres mujeres resultaban suficientes a efecto de obtener una sentencia de condena. Pero contrario a la argumentación sostenida por el Aquo y a lo estimado en su momento por el ente instructor, ninguna de las tres deponentes, son testigos de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudo llegar a ese sitio la sustancia de estupefaciente que se dice, fue hallada por el agente del orden en un bus de servicio intermunicipal.

Por ello, a efecto de establecer si en verdad el señor Aguirre Otalvaro, transportó dicha sustancia, por lo menos debió ofrecer el testimonio del conductor del automotor, quien podría haber hecho algún tipo de manifestación sobre lo que pudo haber llevado consigo ese día el acusado, quien dijo aquel pudo ver que no subió sino su pequeño maletín, pero en sede de audiencia de juicio oral, la Fiscalía desistió del mismo.

Si el bus de servicio intermunicipal de la Empresa Arauca provenía de una ciudad diferente aquella en que lo abordó Jhon Jairo Aguirre, la investigación debió partir de esa circunstancia. No existe en el proceso prueba que desvirtúe lo dicho por el acusado quien negó ser la persona que la subió al bus para transportarla y si bien existieron ciertos momentos que jugaron en su contra como por ejemplo, el hecho de haber sido el único que se bajó del bus pues entendió que así lo debía

hacer, dicha condición no resulta suficiente para construir a partir de ahí una inferencia que permita establecer con certeza, su responsabilidad, es más el procesado inclusive es consistente con las deponentes cuando afirmaron que él ya se hallaba en el bus cuando aquellas se subieron, en estado de adormilamiento y ninguna detectó en ese instante el paquete localizado por el gendarme debajo del puesto por él ocupado.

Pero hay más, dentro del estricto orden de legalidad y persuasión de la prueba recopilada en este juicio. Veamos:

- El agente del orden que realizó el hallazgo, no asistió al juicio oral y era el único que podía certificar que la bolsa incautada fue la misma que remitió a la prueba preliminar cuyo resultado fue positivo para marihuana, si bien el informe de PIPH y el de laboratorio fueron estipulados, era necesario interrogar al agente de la policía RENZO LACHE por su papel protagónico en el operativo, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley 906 de 2004, respecto a la certificación de la cadena de custodia. Señala el mandato legal: *“La policía judicial y los peritos certificarán la cadena de custodia. La certificación es la afirmación de que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la policía judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado.”*

Lo anterior, resulta relevante en el caso sub exámine por la versión de la testigo de cargo, la señora LUZ DARY ORTIZ AGUDELO quien al unísono con su progenitora y su sobrina desvirtúan la declaración del único agente de la policía, JOHN ALEJANDRO CARRILLO cuando tal parece que al conocer de la imposibilidad de que su compañero RENZO LACHE acudiera al juicio, pretendió dar fe de las condiciones relevantes de la flagrancia cuando la verdad según estas féminas es que no estuvo presente en el instante del hallazgo, ni de la incautación y ello coincide con lo que dijo el patrullero en la entrevista, misma que le sirviera a la Defensa para impugnarle credibilidad.

Si el Juzgador le dio total credibilidad a esta deponente, en tal sendero, debió destacar su dicho, acerca de que hallada una bolsa negra debajo del asiento vecino al que ocupaba su progenitora por el agente de la policía ausente en el juicio oral, aquél la bajó y después volvió a subir con una de igual característica, para romperla ahora sí, abrirla con guantes y declarar el hallazgo de la marihuana. ¿Cuánto tiempo de solución de continuidad existió entre esos dos momentos? ¿qué hizo con esa bolsa, a donde la llevó? ¿es la misma que volvió a subir y que abrió delante de estas dos pasajeras?

Las partes acordaron dar por cierto el resultado de las pruebas de PIPH y de Laboratorio únicamente; por tanto le correspondía a la Fiscalía, certificar la cadena de custodia hasta que llegaron donde los respectivos expertos y si en otros casos no tiene relevancia en materia de la persuasión en cuanto a la autenticidad del objeto material del delito, en este sí, justamente por la versión de la señora LUZ DARY ORTIZ AGUDELO.

- Desde otra perspectiva, quienes son las testigos de cargo? Hacen parte de una familia compuesta por cinco (5) miembros que se subieron al bus en el municipio de Tuluá y se repartieron por su interior. Primero, Diana Lizeth, se sentó al lado del procesado para después cederle el puesto a su madre e irse a sentar más adelante por el mismo lado. La hermana y el sobrino

atrás de la señora. Quien puede asegurar que ese paquete no era de ellos? Y aprovechando que el señor venía dormido, al detenerse el rodante por la señal de la policía, lo corrieron hacia ese lado? O incluso lo colocó un tercero que se hallaba en un puesto desde el cual podía vigilar que el ocasional ocupante de la silla, no se fuera a bajar con el mismo?

Al plenario nunca se aportó el álbum fotográfico donde se denotaran las características que impedían según ellas, (porque al señor agente nada se le puede creer por la razón antes brindada), que de atrás hacia adelante era imposible pasar un paquete, sin embargo, la misma testigo declara como fue de atrás hacia adelante que lo percibió el patrullero, según ella, a través de una hendidura. Aun así ¿acaso no podían pasarlo de un lado a otro de la silla? Recordemos que una de sus miembros se hallaba sentada al lado de él, y antes lo estuvo su hija.

Las anteriores disertaciones respaldan la falta de certeza respecto de la autenticidad del objeto material del ilícito contra la salud pública y de la persona en quien se radica la autoría de la conducta.

Por el contrario el señor Juez, luego de hacer el recuento de las pruebas, le da credibilidad al agente de la policía y a las deponentes sin realizar un estudio de los aspectos concretos de tales testimonios, sin justificar siquiera la contradicción del gendarme y la desautorización que en la misma línea hicieron de su versión las damas testigos; sin detenerse a sopesar las otras inferencias a partir de la oportunidad que también a ellas les asistía para ejecutar el reato. Terminó haciendo uso de afirmaciones indefinidas y de frases de cajón para concederles la fuerza probatoria propia del requisito del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 en contra del acusado, cuando la verdad es que a todas luces debe desatenderse la declaración del patrullero y la de las féminas no tiene tal contundencia por lo antes visto.

Igualmente puso a decir la prueba, lo que no enseña, como que el señor JOHN JAIRO AGUIRRE OTALVARO, se puso de pie y -se asustó- por la presencia de la fuerza pública. Lo primero está probado pero lo segundo no. Si bien como ya se dijo, el haberse levantado de su silla para salir del rodante, es una premisa cierta de la cual se puede inferir con cierto grado de probabilidad de que era él quien transportaba ese alijo, también es cierto que desde un análisis ex ante, dado el estado de adormilamiento que describen las señoras se hallaba el procesado a la hora en el que el bus se detuvo, el permiso solicitado para la requisa de pasajeros y de las bodegas, el procedimiento narrado por el patrullero usual, de hacerlos bajar para que presencien lo segundo, este haya decidido salir de su puesto.

En todo caso, si la segunda alternativa tiene menor fuerza que la primera inferencia de responsabilidad, por sí sola, no alcanza a edificar la certeza necesaria para una condena, mucho menos cuando el resto de pruebas permiten denotar otros defectos y posibilidades probatorias a favor del encausado.

Confluye entonces la Sala, a la protección de la presunción de inocencia del vinculado, pues la Fiscalía no logró desvirtuarla, razón por la cual, dicha duda, insuperable a través de la racionalidad, permite revocar la sentencia condenatoria para en su lugar absolver al señor JOHN JAIRO AGUIRRE OTALVARO del cargo acusado.

Sentencia de segunda instancia (AC-485-13) del 4 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca la sentencia condenatoria.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – En la etapa del juicio la defensa solo puede solicitarla por la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por la inexistencia del hecho investigado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículo 332, parágrafo y numerales primero y tercero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La acción penal, entendida como el deber de investigar y acusar hasta conseguir una sanción para los autores o partícipes responsables de una infracción penal, es ejercida por la Fiscalía General de la Nación, quien vincula a un ciudadano al proceso penal a través de la formulación de la imputación y durante la etapa instructiva, así como la preliminar, únicamente ella puede acudir ante el juez de conocimiento a procurar su archivo bajo efecto de cosa juzgada, a través de la figura de la preclusión de la instrucción.

Esta facultad exclusiva de la Fiscalía en las fases de indagación y de investigación se desprende lógicamente de su condición de “titular de la acción penal”, cuando se configura alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor denota con claridad la limitación para la defensa o cualquier otro interviniente cuando inicia por señalar: “Art.332.- El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:”

Únicamente en la etapa del juicio, tal posibilidad surge para la Defensa como igualmente para el Ministerio Público cuando según el Parágrafo, sobrevienen “...las causales contempladas en los numerales 1º y 3º...” de la norma citada; a ellas igualmente se limita la pretensión de la Fiscalía pues como es obvio, cualquiera otra de las allí contempladas, requiere un juicio de valor que debe ser agotado después de la práctica de pruebas del juicio oral, fase convocada por el ente acusador después de haber recaudado elementos materiales probatorios, a través de los cuales con probabilidad de verdad acusa al imputado como presunto autor o partícipe de una conducta punible. Tales serían: (2) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; (4) Atipicidad del hecho investigado; (5) Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; y (6) Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Por lo tanto, le correspondía al Juez A-quo verificar, antes de darle trámite a la audiencia que la solicitud de preclusión de la instrucción solicitada por la Defensa en la etapa del juicio, fuera únicamente por una de las dos siguientes causales: (1) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y (3) Inexistencia del hecho investigado.

Ninguna de las dos fue la precisada y sustentada por la abogada del enjuiciado. Por lo tanto, el juez de conocimiento debió abstenerse de entrar en valoraciones de elementos materiales probatorios, respecto de la responsabilidad penal del procesado, relativo a si los aportados por la Fiscalía (que tampoco debió hacerlo su delegado) y los entregados por la Defensa, mantenían “la probabilidad de verdad” de haber sido MARIO SOTO CARDENAS presunto coautor o partícipe del

delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, tal como lo argumentó en la decisión recurrida.

De ahí, la actuación seguida de declararse impedido para seguir tramitando el juicio, cuando de haber confrontado la argumentación de la togada con las causales legales permitidas para una pretensión de esta naturaleza, la hubiera despachado desfavorablemente por falta de legitimidad de la Defensa, pues sus asertos se dirigieron a un análisis de responsabilidad penal de su representado y en tal yerro cayó el juzgador al valorar como “pruebas” que no los son, elementos materiales probatorios con los cuales dicha Parte pretendió sustentar las causales (5) Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y (4) Atipicidad del hecho investigado.

En efecto, la Defensa lejos estuvo de alegar la causal primera permitida para ella en este estadio procesal, como es la *“imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”*, las mismas son fenómenos objetivos: prescripción, muerte del procesado, caducidad de la acción penal, oblación, desistimiento, pago de la obligación, entre otras, no mencionadas por la profesional del derecho. Perseguir el reconocimiento probatorio de ausencia de responsabilidad penal por falta de cualquiera de la negación de las categorías dogmáticas del delito: tipicidad (en la que se incluye la prueba o no de la intervención del imputado en el hecho investigado y la falta de Dolo que elimina el tipo subjetivo); antijuridicidad y culpabilidad (causales de exclusión previstas en el artículo 32 del Código Penal) corresponde a las demás causales del artículo 332 para nada pueden refundirse en la primera, punto sobre el cual ninguna duda existe, pues el Derecho Penal siempre ha enseñado como origen de la imposibilidad de continuar o de iniciar la acción penal, las situaciones previstas en el artículo 82 del Código Penal, ninguna invocada en este asunto.

La tercera, siendo la “inexistencia del hecho”, significa la negación en el mundo fenoménico del suceso, episodio, evento que revista las características de una conducta punible. Para el caso concreto, la Defensa en su argumentación siempre partió de aceptar que el 8 de febrero de 2014, a eso de las 9:45 horas, el señor MARIO SOTO CARDENAS se desplazaba en un tracto camión conducido por HEULER ORLANDO SANCLEMENTE GONZALEZ, en cuyo interior encontraron la sustancia estupefaciente, consistente en 131.940 gramos de marihuana, tal como está descrito en el escrito de acusación. Se dirigió a partir de su reconocimiento fue a tratar de convencer al juzgador de que el acusado no tuvo participación alguna en el transporte de la misma y si viajaba en el mismo automotor, desconocía la existencia de la misma, por tanto faltaría el elemento cognitivo del Dolo, tesis propias de las causales 4ª y 5ª del precepto legal.

En consecuencia, carecía la Defensa de legitimidad para solicitar la preclusión de la instrucción por las causales del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 que argumentó. Es en ese sentido que se confirmará la providencia recurrida, en tanto negarle dicha pretensión pero por una vía diferente a incursionar en análisis de cualquiera de los presupuestos de la responsabilidad penal.

Auto de segunda instancia (AC-352-14) del 4 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: confirma el auto apelado.

RECURSO DE QUEJA – No procede contra el auto que decreta la prescripción de la acción penal en la segunda instancia.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículos 189 y 195.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 11 de diciembre de 2003 y 34720 del 1 de diciembre de 2010.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Demanda el artículo 195 de la Ley 600 de 2000, que:

“Artículo 195.- Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.”

Bajo el precepto normativo señalado y conforme se dejó sentado en la providencia del 25 de agosto del año que avanza, la Sala reiterará al togado lo señalado en esa oportunidad para efecto de resolver la procedencia del recurso de queja.

“..... por tratarse de impugnación a una decisión de prescripción de la acción penal ocurrida en la segunda instancia tal como lo dispone el artículo 176 en concordancia con el artículo 189, ambas, de la Ley 600 de 2000 que rige el procedimiento de este asunto, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación.

“Art. 176.- Providencias que deben notificarse.- (...) En segunda instancia se notificarán las siguientes providencias: la que decreta la prescripción de la acción o de la pena cuando ello no haya sido objeto del recurso, (...)

Las providencias de sustanciación no enunciadas o no previstas de manera especial serán de cumplimiento inmediato y contra ella no procede recurso alguno.”

“Art. 189.- Reposición. Salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse, contra las interlocutorias de primera o única instancia y contra las que declaran la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia cuando ello no fuere objeto del recurso.”

La segunda instancia, conoció de este asunto en virtud de la impugnación contra la sentencia condenatoria y demás decisiones que afectaban civilmente a los terceros vinculados. Posteriormente, en término de ejecutoria del proveído del segundo nivel, ante el cumplimiento del término de la prescripción de la acción penal, hubo la necesidad de decretar dicho fenómeno y de contera la preclusión por la imposibilidad de continuar con la misma. Por tal razón se le enseñó a los sujetos procesales la impugnación a través del recurso horizontal.

En consecuencia, desde ya se advierte que no hay lugar al recurso de apelación solicitado por los abogados disidentes, en subsidio del de reposición”.

Pretende entonces el abogado que se conceda el recurso de queja, pues en su sentir, -insiste-, que siendo el auto que decretó la prescripción interlocutorio y de primera instancia, procede entonces el recurso vertical.

En ese sentido son dos los aspectos concretos que debe la Sala recordarle al ilustre togado:

La decisión interlocutoria que decretó la prescripción fue proferida en sede de segunda instancia y no en primera como lo exige el artículo 195 ibídem, así como tampoco, esta sección de la Sala Penal, al proferir dicho proveído hizo las veces de juez de primer nivel como lo considera erróneamente el profesional del derecho. El asunto fue tramitado y resuelto el recurso de apelación contra la sentencia que encontró penalmente responsable al señor Dayron Lopera Ríos. Hallándose en término de ejecutoria la decisión del Ad-quem sobrevino el fenómeno de la prescripción, el cual no varía la condición de la actuación en segundo nivel, de forma tal que la misma ley consagró a nivel de excepción el recurso de reposición para dicho auto, razón por la cual, lo dispuso de esa manera expresa. Si se tratara de una providencia interlocutoria de primera instancia, ninguna necesidad había tenido de mencionarla en forma diferenciada en el artículo 189 de la ley 600 de 2000.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 ibídem contra la decisión interlocutoria que decreta la prescripción solo procede el recurso de reposición, pues se itera se profirió en este caso, en sede de segunda instancia. Así las cosas, al no encontrarse contemplada por la ley adjetiva la facultad de recurrir en apelación el auto que ordena cesar el procedimiento por la prescripción de la acción penal, resulta totalmente improcedente la concesión del recurso de queja.

Siguiendo las líneas expuestas, la Sala declara la improcedencia del recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial de las víctimas doctor Jesús N. Jory Valencia, contra la decisión del 15 de julio del año que avanza decidida por esta sección de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, porque se itera, conforme al artículo 189 de la ley 600 de 2000, contra esa decisión no procede el recurso de apelación únicamente el de reposición.

Auto(P-027-14) del 8 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: deniega el recurso de queja.

PRUEBA SOBREVINIENTE – No tiene tal categoría la grabación de escaso valor probatorio cuyo desconocimiento obedeció a la falta de investigación y desidia del defensor y del acusado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 344, 373 y 376.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 30645 del 4 de marzo de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico planteado radica en determinar si se cumplen los presupuestos señalados en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, para admitir la introducción de elementos materiales probatorios no descubiertos, ni pedidos en la audiencia preparatoria.

El citado precepto, señala que: *“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio o evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”*

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en desarrollo de la audiencia de juicio oral celebrada el 21 de julio del presente año, la defensa solicitó que se admitiera como prueba sobreviniente, la grabación de unas conversaciones sostenidas al parecer entre Diego Torres Núñez y la señora Leydi Johana González, quien supuestamente hizo manifestaciones de tipo sexual y pretendió extorsionar al precitado, haciéndole exigencias de tipo monetario, afirmando que no fue solicitada en la audiencia preparatoria, ya que a pesar de existir desde marzo de 2013, se había extraviado en el teléfono celular del acusado, siendo encontrada recientemente a través de una aplicación descargada por un técnico.

Luego de escuchar a la representante del ente acusador, la juez de primera instancia inadmitió la introducción de las grabaciones reclamadas por el defensor del acusado, al considerar que se trataba de una evidencia de escaso valor probatorio, ya que a la misma no se le realizó el respectivo cotejo de voces que permitiera autenticarla, ni sería introducida a través del señor Diego Torres Núñez, quien rendiría un testimonio directo frente a la conversación sostenida con quien dijo ser Leydi Johana González, decisión que comparte la Sala por las siguientes razones:

Para la Sala, el argumento según el cual, la grabación es una prueba sobreviniente, al conocerse por la defensa después de la audiencia preparatoria, gracias al procedimiento efectuado por un técnico, el cual permitió hallar la conversación grabada en el celular de Diego Torres Núñez, no justifica que se sorprenda a la fiscalía con un medio de prueba no descubierto, ni solicitado en el momento procesal oportuno, ya que su desconocimiento obedeció a la falta de investigación y desidia del defensor y el mismo acusado.

Si desde marzo de 2013 existía la grabación en la que supuestamente Leydi Johana González hizo manifestaciones de tipo sexual y exigencias económicas a Diego Torres Núñez, no se entiende cómo es que el defensor omitió ponerla de presente en la audiencia preparatoria, o al menos enunciarla y explicar que estaba en proceso de extracción del celular desde el que se había realizado, procedimiento que no fue claramente explicado por el peticionario, lo cual era necesario si se tiene en cuenta que tardó más de un año en conocerse el contenido de la conversación, lapso de tiempo que resulta excesivo, ya que ante la gravedad de la misma, en la que incluso se pudo haber incurrido en el delito de extorsión, habida cuenta la exigencia de tipo económico, lo lógico era que de inmediato la grabación hubiera sido entregada a las autoridades, circunstancia que no ocurrió y que tampoco fue debidamente justificada por la defensa.

De otro lado, desde la misma petición se advierte que el medio de prueba carece de relevancia para los resultados del proceso, ya que si bien es cierto, es posible la introducción del medio de prueba a través del investigador, también lo es que, la credibilidad que se le puede dar al mismo es mínima, en consideración a que el testimonio de otra persona, no garantiza la identidad de quienes participaron en la conversación al parecer grabada desde el celular de Diego Torres Núñez.

Es cierto que el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal establece que los hechos o circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico, pero no se puede desconocer que el artículo 376 del mismo estatuto, señala que toda prueba pertinente es admisible salvo que exista la probabilidad de que exhiba escaso valor probatorio, como sucede con la supuesta grabación que la defensa pretende introducir a través de una tercera persona que no participó en la conversación.

No es posible que a través del testimonio de una tercera persona, que no participó en la comunicación supuestamente grabada, se tenga certeza de la identidad de las personas que dialogaron en marzo de 2013, a través del teléfono celular de Diego Torres Núñez, como para concluir que se trata de un elemento material probatorio muy significativo que debiera ser descubierto, tal como lo exige el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

No se puede desconocer que la admisión de la prueba sobreviniente es una circunstancia excepcional, en la que el juez debe analizar si la relevancia y trascendencia del medio de prueba pedido luego de terminar la audiencia preparatoria, justifica causar un perjuicio a la integridad del juicio oral y sorprender a la representante del ente acusador con evidencia que no se descubrió en el momento procesal oportuno.

Tampoco se puede dejar de lado, que desde el escrito de acusación, la fiscalía anunció y descubrió que introduciría el Formato Único de Noticia Criminal acreditado por Leydi Johana González Tobón, información que le permitía a la defensa planear su estrategia y solicitar oportunamente los medios de prueba que usaría para refutar la versión de la referida testigo, en lugar de esperar a que ésta rindiera su declaración, para poner de presente una evidencia que según sus argumentos, le permite contradecir las afirmaciones de la precitada.

En el presente asunto, además de no tratarse de una prueba sobreviniente, no se cumplió con la argumentación requerida para admitir los medios de prueba descubiertos en desarrollo del juicio oral, por lo que la decisión de primera instancia será confirmada en su integridad.

Auto de segunda instancia (2012-00810-01) del 9 de septiembre de 2014, con ponencia del Dr. Álvaro Augusto Navia Manquillo. Decisión: confirma el auto apelado.

RECURSO DE APELACIÓN – Es necesario exponer, de manera adecuada y seria, las razones que llevan a refutar la decisión.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 600 de 2000, artículo 194.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 38137 del 9 de septiembre de 2012.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala se ocupará de denotar el yerro de la primera instancia al conceder el recurso de apelación cuando la defensa realizó un remedo de sustentación que equivale a no haber cumplido con dicho requisito; por tanto procedía la declaratoria de desierto. En consecuencia la Sala así lo declarará y se abstendrá de conocerlo.

Demanda el artículo 194 de la Ley 600 de 2000:

Art.194.- Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cuatro (4) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes...”

Al respecto existe línea jurisprudencial desde la plena vigencia de este sistema procesal mixto, sobre la obligación del recurrente de controvertir los argumentos del sentenciador, de manera que explique fáctica, jurídica y probatoriamente el yerro estimado por el cual disiente de la providencia. No se trata de asistirle únicamente el interés jurídico para recurrir porque es a su representado a quien le afecta la decisión adoptada. Es indispensable que el sujeto procesal explique en qué consiste la oposición, trabe el debate dialéctico con las razones del A-quo, para que se entienda que ha cumplido con el requisito legal de la sustentación. Esto, además, porque opera el principio de limitación para la segunda instancia, conforme al punto debatido.

Descendiendo al caso materia de estudio, encontramos que el recurrente en el memorial presentado en tiempo oportuno, intenta la sustentación a través de los siguientes párrafos, los cuales se transcribirán para que confrontados con los argumentos de la funcionaria del primer nivel, consignados en los antecedentes de esta providencia, se evidencie la deficiente e inadecuada controversia, que hace nulo el ejercicio impugnatorio. Veamos:

Dijo el defensor del acusado, luego de referirse en los acápites numerados como primero y segundo a meros antecedentes procesales, lo siguiente:

“Tercero: Según lo expuesto en el procedimiento y determinado en las pruebas arimadas al plenario, las conductas imputadas y determinadas como base de la incriminación penal, de acuerdo al principio de concordancia, no desvirtúan la presunción de inocencia de mi representado y la señora MONICA ANDREA SANCHEZ, es así como no existe la certeza de la participación activa de los acusados en el injusto; ya que si se observa señores Magistrados, lo establecido por los testigos y la prueba grafología (sic) no tienen el peso requerido para tal fin.

Cuarto: En relación con los valores determinados en las declaraciones de renta, las cuales son prueba inconcusa de responsabilidad de la aquem, no existe medio técnico contable que determine si dichos valores fueron diferentes a los reales que debieron ser insertados en los mismos; no existe probanza alguna que con

claridad meridiana exponga que el sello plasmado fraudulentamente en los formularios, haya sido generado o falsificado por los condenados, lo que ha de arrojar ante la duda, la aplicación de la misma como piso de exoneración de cargos a los encartados.”

Las anteriores son afirmaciones vagas sin un análisis razonable tendiente a desvirtuar los asertos de la señora jueza acerca de la credibilidad conferida al denunciante por cuanto su dicho fue corroborado por la prueba grafológica, que demostró la falsedad como el medio de engaño para desapropiar a la víctima de varias sumas de dinero con el convencimiento de que se dirigían a la Dian, cuando la verdad era que iba a las arcas particulares del contador y su secretaria. ¿ A cuales testigos quiere demeritar la defensa? ¿Por qué lo dicho por los deponentes y la prueba pericial sobre varios documentos no tiene el peso requerido para conseguir la certeza de la responsabilidad penal de los procesados? Se quedó el censor en la mera afirmación pero nunca desarrolló la misma como le correspondía para denotar en qué consistió el defecto y su trascendencia en el estudio probatorio consignado en la sentencia.

El argumento que expuso a continuación, ninguna relación tiene con los que soportan el juicio de responsabilidad en el proveído impugnado. Así ellos no hayan falsificado sellos, en la sentencia se pregonaba la demostración de las falsificaciones de las firmas de tales declaraciones tributarias, y al respecto nada dice la Defensa, como tampoco de la adulteración de la insignia RECIBIDO SIN PAGO a RECIBIDO CON PAGO que supuestamente le servía a los infractores para convencer a su víctima de que lo habían realizado y continuar con su desmedro económico.

En dicho memorial está ausente la crítica a los medios de conocimiento que le sirvieron a la A-quo para llegar a un juicio de responsabilidad penal. Ni siquiera aboga por un yerro en la desestimación de las versiones de descargo, como que si existe el señor SANTIAGO ESCOBAR PERALTA, tampoco controvierte las manifestaciones del denunciante ni la prueba pericial contable del perito adscrito al C.T.I.

Para terminar en el numeral “Quinto” excogita en forma ininteligible, sin ningún hilo conductor a la oposición que debía hacer de la motivación de la sentencia condenatoria. Así, en conclusión, la Defensa aparentó haber sustentado el recurso cuando lejos estuvo de hacerlo y sin ningún reparo sobre tan ostensible defecto, la señora jueza concedió el recurso.

Ahora bien, en relación con la solicitud de prescripción de la acción penal por el delito de Estafa, tampoco hace una petición seria, teniendo en cuenta la interrupción de la prescripción de la acción penal, cuyo término de 8 años no se cumplió hasta la fecha en que quedó en firme la resolución de acusación, luego de lo cual vuelve a correr por cinco (5) años, el mínimo previsto en el artículo 86 del Código Penal que operaría en Diciembre 21 de 2015.

En tales condiciones se declara desierto el recurso pero contra esta decisión no existe recurso ni de reposición porque el mismo debió interponerse ante la primera instancia y de acuerdo con la irregular concesión del recurso llegó hasta el superior funcional, que da cuenta de ello.

Auto de segunda instancia (P-092-13) del 11 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: declara desierta la apelación interpuesta.

PREACUERDOS EN LOS CASOS DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES – Pueden incluir la prisión domiciliaria en favor de la madre del recién nacido y son obligatorios para el juez cuando no violan el principio de legalidad u otros derechos fundamentales.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 314, numeral tercero, 351 y 461; Código Penal, artículo 68A.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 43523 del 7 de mayo de 2014.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De acuerdo con la disidencia planteada por los recurrentes, concierne a la segunda instancia únicamente lo relacionado con la prisión domiciliaria por la causal 3ª del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 que fue motivo del preacuerdo, a efecto de revisar si tal pacto desconoce o quebranta garantías fundamentales.

Demanda el numeral 3º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004:

“Art. 314.- La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

(...)

3.- Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.”

Consagra a su vez el artículo 461 del mismo estatuto, lo siguiente:

“Art.-461.- El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.”

Descendiendo al caso en concreto, sea lo primero señalar que dentro de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía no obra el registro civil de nacimiento de dicho menor hijo de la acusada LUZ ELENA SALGADO RAMIREZ. Se infiere que en efecto, aún no cumple los 6 meses de edad pues para la fecha de la captura -5 de marzo de 2014- según la historia clínica 66962212 del Hospital Departamental Centenario de Sevilla, tenía un embarazo a término de 38 semanas, por lo tanto su nacimiento fue posterior a esa data, razón por la cual hasta la fecha se encuentra en detención domiciliaria. Así, los sujetos procesales se refirieron a una edad de 4 meses, sin aportar la evidencia documental o de otra naturaleza para afincarla.

Empero, la Sala partirá de ese supuesto para abordar el tema de si el acuerdo entre las Partes, el cual lleva incluido la concesión de tal subrogado, que se alega en procura del bienestar del recién nacido y solo hasta su edad de seis meses, da lugar a considerar si se aplica o no el precepto del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 que establece:

“Art.351.- (...) Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

Una de esas garantías es el principio de legalidad, el cual no se encuentra vulnerado con dicha concesión pues si bien el artículo 68A incluyó dentro de las prohibiciones a *“los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”* a continuación, exoneró de esta prohibición a *“...la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.”*

El punto medular de la discusión para aceptar o no el preacuerdo, se queda en las consideraciones de las Partes en contra de la Jueza A-quo respecto a la manera como se debe resolver la tensión entre la protección a la comunidad por el ilícito realizado por la acusada desde una casa de habitación relativo a la conducta de conservar y vender sustancia estupefaciente y el bienestar del recién nacido a quien se le procure desde su propio domicilio y no en un establecimiento carcelario el período mínimo de lactancia importante para su salud.

Lo anterior, refleja claramente la potestad entregada a las Partes, sobre todo en el desarrollo de la jurisprudencia de que además de degradar el cargo u optar por la rebaja punitiva conforme a la aceptación del mismo, dentro de esa negociación se pueda establecer el quantum punitivo y los subrogados sin dejárselos a la discrecionalidad reglada de la judicatura. La justicia es aplicada por seres humanos quienes en temas como éste, propios de un juicio de ponderación en busca de la aplicación del principio de proporcionalidad pueden llegar a conclusiones diferentes, precisamente porque cada juzgador conforme a su vivencias personales y profesionales pueden tener juicios de valor distintos y completamente opuestos sobre la manera de resolver ese tipo de tensiones entre derechos.

Por consiguiente, si el acuerdo sobre el subrogado se encuentra dentro del marco de la legalidad y no transgrede ningún otro derecho fundamental, el juez de la República debe acallar su criterio sobre el tema para darle paso al respeto a dicho pacto, sin que sea posible entonces improbarlo.

Corolario de lo anterior, es que si en este asunto, la prisión domiciliaria para la acusada, ha sido preacordada con fundamento en el numeral 3º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 mismo que se exonera de la prohibición del artículo 68 A, y que cumple con el factor objetivo (respecto del cual deberá la señora Jueza requerir el elemento material probatorio anunciado por la Fiscalía, para ser aportado por la Defensa) como es la edad del descendiente de la acusada, menor de seis (6) meses de edad, evento por el cual está amparada actualmente por la detención domiciliaria, el preacuerdo en dichos términos debe ser atendido por la judicatura, sin que primen sus especiales consideraciones acerca de resolver la mencionada tensión de derechos a favor de la protección de la comunidad.

En consecuencia, se revocará la decisión recurrida para que en su lugar prosiga la funcionaria del primer nivel, con el trámite respectivo del Preacuerdo.

Auto de segunda instancia (AC-346-14) del 12 de septiembre de 2014, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: revoca el auto apelado.

Dr. Álvaro Augusto Navia Manguillo
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, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.