



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 10

2018





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

Vicepresidenta Dra. Gloria Montoya Echeverry

SALA CIVIL

Presidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

Vicepresidente Dr. Homero Mora Insuasty

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Franklin Ignacio Torres Cabrera

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

Vicepresidente Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

SALA PENAL

Presidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

Vicepresidente Dra. Socorro Mora Insuasty

SALA ESPECIALIZADA

RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN

DE TIERRAS.

Presidente Dr. Carlos Alberto Trochez Rosales

Vicepresidenta Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Con la colaboración de la
Pontificia Universidad Javeriana Cali.
Facultad de Derecho.
Consultorio Jurídico

María Andrea Santacruz Otero María Catalina Díaz Gómez
Sara Mora Cabrera Manuela Vanegas Prada.
María Angélica García Gereda

FUNCIONES DEL RELATOR

El Relator deberá divulgar y mantener actualizadas las providencias que emitan los despachos de los magistrados y de igual forma las decisiones de gran relevancia jurídica a través del sistema jurisprudencial de la Rama Judicial.

SALA CIVIL

CADUCIDAD DE ACCIÓN DE IMPUGNACION DE ACTAS DE ASAMBLEA

EXTRACTO:

“Igualmente, emerge del análisis del precepto referido, sin lugar a duda alguna, que el termino de caducidad allí previsto debe contabilizarse desde “la fecha del acto respectivo”, lo que indica que la iniciación del respectivo conteo se define por la calenda en que se lleva a cabo el acto impugnado, o en otros términos desde el momento en que el mismo fue adoptado por el respectivo órgano de decisión”

(...)

“Por supuesto, no varían las anteriores conclusiones los esfuerzos argumentativos de la parte recurrente, pues aunque la misma por conducto de su apoderado judicial, se engasto en advertir que la fecha de los actos impugnados a su existencia estaba condicionada a la suscripción del acta correspondiente, lo cierto es que la Sala Unitaria no encuentra fundamento legal que permita llegar a conclusión semejante”

Por el contrario, lejos de condicionar la existencia de la decisión o del acto de la asamblea, a la suscripción del acta, en la normativa se establece que esta última sirve para certificar o hacer constar las decisiones y el desarrollo de la asamblea celebrada, siendo entonces claro que la elaboración del acta procede cuando la decisión ya se encuentra adoptada, por lo que se elabora, por disposición del legislador, para dejar evidencia histórica de la misma.

(...)

Al respecto, se remite la Sala Unitaria ala análisis efectuado en líneas precedentes frente al alcance del artículo 47 ibídem, en el cual no se evidencia que la suscripción del acta constituya una condición de existencia de las decisiones impugnadas. Ahora bien, no se discute que el régimen para la publicidad del acta previsto en dicha norma, se encuentra



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

estatuído, tal como se señaló en el escrito, como garantía del debido proceso de los copropietarios; sin embargo ello no implica que al ser obligatoria la publicación del acta, sólo hasta ese momento puedan tenerse por existentes las decisiones que han de constaren ella, pues debe insistirse, aun a riesgos de fatigar, en que las decisiones se producen con antelación y en forma independiente a la elaboración y publicación del acta, sin que prevea la ley un tratamiento diferente.

(...)

Cumple añadir que la aplicación del término de caducidad se impone como garantía del derecho al debido proceso de la parte demandada, y del principio de seguridad jurídica que guía este tipo de instituciones, lo que evidencia que no se ha dejado de privilegiar el derecho sustancial sobre el formal. Por lo demás, debe decirse que justamente por aplicación de la garantía superior del debido proceso, se imponía para la juzgadora de instancia adelantar el estudio propuesto en el recurso presentado por la parte demandada, no obstante haber admitido previamente el libelo.

En razón de lo anterior, el Tribunal del Distrito Judicial de Cali, en Sala Unitaria Civil de Decisión, confirma la decisión objeto de reparo.

Rad. 76001-31-03-015-2016-00167-01 (18-01-2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez

COBROS EXCESIVOS. Préstamo bancario. Reliquidación del crédito. Intereses remuneratorios y moratorios.

EXTRACTO:

“Con todo debe decirse que en la postura que se pretende hacer valer, no se habilita la presentación de dictámenes periciales en pesos para créditos pactados en UPAC, sino que se advierte que puede acudirse, en lugar de la UVR, a métodos financieros “igualmente validos”, de allí se colige que aun acudiendo al precedente aludido en la alzada, resulta necesario que en la liquidación de un crédito pactado en UPAC, se acuda al menos a un sistema que tenga el mismo efecto de la UVR, lo que aquí no sucedió, pues como viene de verse se liquidó en moneda nacional, sin dar cuenta de la respectiva actualización del capital.”

(...)

“De esta manera, se concluye que el concepto allegado con la demanda no sirve como prueba de los cobros en exceso alegados, pues la experticia contiene yerros que distorsionan los datos finales, al paso que no tiene una metodología y conclusiones claras, debiéndose añadir que aunque en la misma se aduce que también se verificó la existencia de capitalización indebida de intereses, no aparece sustentada esta conclusión y ni siquiera se evidencia que hayan sido registrados datos en ese sentido en las liquidaciones anexas a la pericia.”

(...)

“En conclusión, el juez reliquidó el crédito, lo comparó con o pagado para determinar el monto que se canceló de más por haber calculado el crédito en UPAC, y finalmente estableció que dicho valor mayor fue imputado a la liquidación a través del respectivo alivio, estructura en la cual, como viene de verse, no hay cabida para colegir que el juez concluyó en la incursión de cobros de intereses por encima de la ley, pues no fue ese el análisis que abordó.”

Conforme a lo expuesto, se evidencia que la decisión materia de controversia debe confirmarse, pues ha quedado claro que la actora no logró demostrar el fundamento de su demanda, cuestión frente a la cual, resultan irrelevantes las demás alegaciones presentadas en alzada, en cuanto a las afirmaciones del juez frente al cálculo de la UVR, el interés del



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

banco en distorsionar la reliquidación, la coacción a la hora de fijar la tasa, y la forma en que debían liquidarse las cuotas del crédito y el sistema de amortización.

En efecto, resulta evidente que dichas temáticas no varían la realidad que viene de exponerse en torno a la ausencia de prueba que permita verificar que los intereses pactados en un 15%, fueron cobrados no en esa tasa sino en tasas mayores a las legalmente permitidas, siendo este el punto central de la discusión que nos convoca.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, decide confirmar la sentencia apelada.

Rad.004-2010-00027-02 (27-09-2018) M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez.

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL a término indefinido. Contrato de distribución.

Caso Concreto:

XXXXXXXXXXXX, presentó demanda en contra de la Compañía XXXXXXXXXXX, y Compañía XXXXXXXXXXX, para que se declare que entre ellas se celebró y ejecutó, sin solución de continuidad, un contrato de agencia comercial a término indefinido que se terminó por las demandadas de manera unilateral y sin justa causa; así mismo, solicitó que se les condene al pago de la cesantía comercial, indemnización equitativa, daño emergente y lucro cesante causados.

En forma subsidiaria, solicitó que se declare que entre las partes se celebró y ejecutó un contrato de distribución, que las demandadas terminaron el mismo de manera unilateral y sin justa causa; y que llevaron a cabo cambios unilaterales e injustificados en las condiciones contractuales; por último, pidió que se les condene al pago del daño emergente y lucro cesante causado, con los interés de mora correspondiente.

EXTRACTO:

Conforme con lo anterior, resulta claro que para arribar a la existencia del contrato de agencia mercantil, debe tenerse en cuenta que varios de sus elementos coinciden con signos característicos de otras tipologías contractuales, y que por ende, no basta con verificar la presencia de aquellos, sino que los mismos deben concurrir con la actuación del intermediario por cuenta y riesgo del agenciado/empresario, siendo este elemento diferenciador y esencial de la agencia.

Ahora bien, como viene de verse, se entiende que el comerciante intermediario actúa por cuenta ajena, cuando procede en beneficio exclusivo del empresario agenciado, y este último asume los efectos económicos de la operación y el riesgo económico de la misma, lo cual se refleja directamente en su patrimonio; de contera, el comerciante actúa por cuenta propia, cuando es él, quien asume las contingencias de la operación.

En efecto, a la existencia el contrato de agencia mercantil no puede arribarse por la mera expedición de un documento nominado bajo esa tipología contractual, pues lo que en verdad resulta relevante es la real conducta y voluntad desplegada por las partes, en el desarrollo de su relación comercial, análisis al cual debe atenderse el juzgador. Ahora bien, en este caso, como viene de verse, los medios de prueba recogidos en el trámite, no lograron advertir que la operación se daba por cuenta y riesgo de las demandadas, elemento trascendental para acceder a las pretensiones invocadas.

Ahora bien en lo atinente a la prueba del daño, basta referir que, como se estableció la terminación del contrato se produjo de manera unilateral y arbitraria, siendo entonces evidente que el daño causado consiste precisamente en la imposibilidad de continuar con la relación comercial de la cual sacaba provecho la demandante, sin que se le permitiera contar



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

con un plan para afrontar la situación sobreviniente, de donde emerge que no existió yerro en la primera instancia al adentrarse al establecimiento de los perjuicios causados con ese actuar.

Y aunque aduce el apelante que el mismo juez advirtió que no se presentaron pruebas encaminadas a demostrar el daño en el contrato de distribución, lo cierto es que esta falencia fue señalada respecto a la cuantificación de dicho daño, mas no del mismo propiamente dicho, sin que se hubiere presentado cuestionamiento en torno a la liquidación de perjuicios, por parte de la demandada.

Distinto sería que eventualmente pudiera referirse que celebrando el contrato de agencia y desarrollando el mismo, las ganancias de la actora no habrían disminuido y por ende el perjuicio derivado del referido daño no tendría la entidad establecida en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, este es tópico que no fue materia del resarcimiento liquidado en primera instancia, donde se calculó el lucro cesante derivado de la falta de preaviso; en todo caso, la carga de probar este punto recaía sobre el extremo pasivo como interesado en acreditar la rebaja o la inexistencia de los perjuicios liquidados, pues a la parte actora lo que le competía era demostrar que sufrió un detrimento, lo cual logró, evidenciado los ingresos que percibía de la relación negocial. .

Acorde con la motivación precedente, se establece que la decisión únicamente debe adicionarse en ateniencia a monto de las utilidades percibidas por abarrotes, pero que debe confirmarse en sus demás apartes, teniendo en cuenta que pese a lo manifestado en los reparos propuestos, no se evidencia que en la misma se haya incurrido en un indebido análisis y mucho menos en conclusiones “inventadas” u “obstinadas” que ameriten su revocatoria.

Rad. 003-2012-00269-01 (24.07.2018) M.P. Carlos Alberto Romero Sánchez

EJECUTIVO SINGULAR Póliza de seguros de vida. Mérito ejecutivo de la póliza. Valor del interés asegurable.

EXTRACTO:

“En ese contexto, el proceso ejecutivo se caracteriza porque encuentra su génesis en una orden de pago que comporta un pronunciamiento frente al derecho sustancial reclamado, naturaleza que impone el al juez analizar con estrictez la procedencia del mandamiento de pago, pues el mismo, solo se justifica o resulta procedente cuando el derecho cuya realización se pretende es legalmente cierto, co9ndicion que es predicable de una providencia judicial o un documento que provenga del deudor o de su causante, donde conste la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.”

(...)

Como puede verse, en los dos primeros casos, esto es, en los seguros dotales y de vida, la póliza por si misma resulta suficiente para estimar la cuantía de la carga prestacional de la aseguradora, pues como se sabe, los seguros de personas –por regla general- no están sometidos al principio indemnizatorio, de modo tal que, ocurrido el siniestro, la obligación condicional del asegurador podrá calcularse a partir del importe del valor asegurado o de rescate, tal y como lo prevé el artículo 1138 del C. de Co.

“Tales precisiones permiten evidenciar que, claramente, no es posible otorgar el mismo tratamiento a los seguros de daños, frente a los cuales el principio indemnizatorio impone enlazar la obligación condicional de la aseguradora al importe de la pérdida del interés aseguradora al importe de la pérdida delinteres asegurado, siendo el monto pactado en la póliza apenas un límite máximo preestablecido pero no la suma concreta a indemnizar o pagar. “

Por ello, aunque es posible la acción ejecutiva frente a pólizas que contemplen esta tipología de seguros, la misma solo es procedente en los términos del numeral 3º del citado artículo 1053 mercantil, lo cual explica que en ella se sugiera que la póliza no resulte bastante para



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

librar mandamiento de pago en contra de la aseguradora, y se disponga que la misma debe acompañarse de i) los medios probatorios con los que demostró la realización del riesgo asegurado y la cuantía de la pérdida, ii) la prueba de haberlos entregado junto con la respectiva reclamación, y iii) la manifestación de no haberse formulado objeción alguna en forma tempestiva.

En verdad, no existe en esa reclamación, ni tampoco en el expediente, soportes demostrativos que den cuenta del monto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales reclamados, omisión que, por supuesto, cierra el paso a la pretensión ejecutiva, siendo justificado el proceder del fallador de primer grado de abstenerse de librar la orden de pago reclamada, pues luce la vía declarativa como más adecuada para ventilar este debate, pues se trata del escenario procesal propicio para recaudar las probanzas suficientes para determinar el importe de la indemnización y adelantar el debate en torno a la existencia de la responsabilidad civil y la magnitud del perjuicio sufrido, cuyo análisis pretende el recurrente sea adelantado vía excepciones en este trámite, no siendo esa la naturaleza del trámite coactivo, como viene de verse.

(...)

Por supuesto impera advertir que contrario a lo que aduce el recurrente, la exigencia de este requisito es adicional a la inexistencia de objeción oportuna a la reclamación y resulta procedente, según se indicó en líneas anteriores, atendiendo precisamente la naturaleza del seguro involucrado, la cual justifica y explica el tenor de la normativa aplicable, sin que exista justificación para su inaplicación en este caso, máxime cuando no es posible señalar que esta postura torna improcedente la ejecución prevista en el artículo 1053 del C. Co., pues lo que en verdad se quiere significar es que la misma es posible siempre y cuando sean allegadas las pruebas –idóneas- de la cuantía reclamada.

Impera añadir que ante esta realidad, esto es, que la cuantía de la pérdida no se encuentre acreditada a través de ningún medio de prueba, tampoco puede concluirse que se encuentre cumplido el requisito de claridad que resulta exigible a todo documento que pretenda hacerse valer como título ejecutivo.

Por lo expuesto, esta Sala Unitaria Civil de Decisión del Tribunal Superior del DISTRITO Judicial de Cali confirma la decisión recurrida.

008-2018-00082-01 (12-09-2018) M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Prueba pericial. Paciente fallecido no cumplió con las órdenes rigurosas de los medicamentos y los cuidados personales que debía tener.

CASO CONCRETO: Se interpone una demanda de responsabilidad civil en donde se pide que la entidad promotora de salud XXXX sea declarada responsable por los perjuicios materiales, morales y daños causados por la muerte del señor XXXXXXXX, dado que este padecía una enfermedad coronaria y según los demandantes responsabilizan a la EPS y la IPS por falla en el servicio prestado y haber sido negligentes al no autorizar oportunamente la angiografía coronaria, procedimiento ordenado por el cardiólogo.

EXTRACTO:

La responsabilidad de los galenos por defectuosa prestación del servicio generalmente se ha tenido como una obligación de medio y no de resultado por la misma naturaleza social de la profesión que conlleva al compromiso de poner a favor del paciente toda la diligencia y cuidado de la ciencia médica en procura de la mejoría de la salud, entonces, en este tipo de responsabilidad, será el demandante a quién corresponde probar que el daño ha ocurrido por culpa del médico; sin embargo, excepcionalmente pueden darse casos en los que la obligación sea de resultado porque así fue acordado o porque de la misma naturaleza del servicio médico así deba entenderse como ocurre en algunos casos de medicina estética.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

En el proceso la parte demandante no pidió y por lo tanto no procuró prueba pericial o testimonios técnicos encaminados a determinar si la angiografía coronaria era indispensable para conservar la vida del paciente y que conforme a los padecimientos detectados del señor XXXXXX, no haberla practicado haya sido la causa de la muerte; bien se sabe que en casos de responsabilidad medica la prueba pericial es la más apropiada cuando de imputar responsabilidad medica se trata, es el medio idóneo que aporta elementos de juicio para dilucidar la controversia; se trata de una prueba fundamental en orden a establecer si se actuó o no apegado a la lex artis, de ahí que se requiera que uno o varios expertos conceptúen conforme a los postulados de la ciencia médica para afianzar la decisión, sin la opinión de un experto difícilmente se puede concluir si se trató o no a un paciente de manera responsable.

En el caso concreto aparece la orden de la angiografía coronaria pero no la negación de su práctica por la EPS, la IPS aclara que su nivel de atención es primario y que no está en capacidad de realizar angiografías coronarias, igualmente de las pruebas no se logra vislumbrar que la muerte del señor XXXXXX, se causó a raíz de no ser practicada la angiografía coronaria; en esa medida, mal se haría en imputar a la IPS por no haberla autorizado, tampoco hay prueba de que la EPS no la haya ordenado, por el contrario se afirma que fue autorizada pero no tramitada y aun si no hubiera sido ordenada porque no cumplía con las semanas de cotización necesarias, el paciente no hizo uso de las alternativas legales para lograr la atención y aun bien podía acudir a la acción constitucional de tutela para que se ordene su práctica.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirma la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali.

Rad.002-2012-00300-01 (9.08.2018) M.P. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Naturaleza del seguro de responsabilidad civil. Solidaridad en el pago de perjuicios.

Caso concreto:

Se demanda a la Clínica XXXXXXXX y otros, para que se les declare civil y solidariamente responsable y se les condene al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del acto médico culposo desplegado sobre la gestante XXXXXXXX, quien presentaba un cuadro clínico de urgencias, no obstante, por no tener la condición de afiliada sino beneficiaria, las entidades demandadas desatendieron su deber de cuidado y diligencia, lo que a la postre provocó la muerte del que estaba por nacer. El juzgador de primera instancia concluye que los presupuestos de la responsabilidad civil invocada se encuentran aquilatados, al estar demostrado la omisión a un deber de cuidado y diligencia, accediendo parcialmente a las declaraciones y condenas que da cuenta es escrito rector.

Extracto:

El elemento subjetivo exige la acreditación de un actuar culposo, error de conducta a título de descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia o inadvertencia, implica por tanto que debe acreditarse una omisión de cuidado, arquetipo que se acompasa teniendo en cuenta que la responsabilidad médica es por regla general de medio (con algunas excepciones) y no de resultado, en tal sentido la actividad desplegada por los profesionales de la medicina debe encaminarse a realizar las intervenciones poniendo a disposición todo su conocimiento en la materia y en atención a las técnicas existentes y no a garantizar un trabajo final asegurado.

“Así las cosas, sujetándonos a los hechos probados y haciendo uso de las reglas de la experiencia, de la lógica, la razón y el sentido común, que la causa probable y eficiente de la muerte radica en las barreras administrativas que se esgrimieron para impedir una atención oportuna y de calidad con el epílogo lamentable que ya conocemos”

(...)

Ateniente a los perjuicios morales se evidencia que no hay ninguna duda que el fallecimiento de un hijo, nieto, y sobrino, especialmente en las condiciones en que tuvo ocurrencia el del



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

citado genera el perjuicio reclamado. Se acepta así una presunción judicial o de hombre que admite prueba en contrario: dolor, aflicción, y desasosiego que debe ser reparado, si bien no tiene la finalidad de reemplazar la pérdida o desaparición del ser querido, si sirve para morigerarla o atemperarla, luego al ser una presunción iurus tamtun, correspondía a la parte demandada acreditar que no existía esos lazos de unión o que la pérdida padecía no genero mayor aflicción a la parte demandante.

En este sentido, teniendo claro que el perjuicio moral se presume, insoslayable es que la cuantificación de su reconocimiento, debe de guardar estricta proporcionalidad a la intensidad gravedad de las lesiones sufridas.

(...)

Para que este llamado a prosperar el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial por el daño a la vida de relación, deberá estar probado dentro del plenario que la víctima soportó una disminución o deterioro en su calidad de vida, que padeció una pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, que los perjuicios fueron de tan entidad que le impiden disfrutar de las más elementales situaciones de su existencia o que se le haya visto truncada la posibilidad de poder realizar actividades que desarrollaría en su vida cotidiana, circunstancia en las cuales no se subsume a ninguna de las partes que componen el extremo activo, en tanto que no gravita ningún elemento de convicción que permita corroborar tal coyuntura.

(...)

La solidaridad en el pago de perjuicios es una obligación que no tiene hontanar en la voluntad de las partes, como lo quiere hacer ver el alzadista, sino que por el contrario la misma deviene de la propia ley, la cual reúne las características de ser general, impersonal e imperativa, lo que obliga al juez al tenor del art 230 de la C.P., a proceder con su aplicación.

Además, la jurisprudencia patria en copiosos y reiterados fallos de casación ha establecido sin lugar a equívocos, que *“la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete a la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas (...).*

En razón a lo expuesto, la Sala Civil de Decisión resuelve confirmar la confutada sentencia, salvo en lo concerniente a la figura de solidaridad que existe entre la Promotora de Salud y la Clínica, para asumir obligaciones de resarcirlos perjuicios causados y la modificación de las sumas reconocidas por concepto de perjuicios morales.

Rad.76001-31-03-001-2012-00302-01-201 (27-04-2018) M.P. Homero Mora Insuasty

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Caso concreto:

Se demanda a la Entidad Promotora de Salud XXXXXXXXXXXX y otro, para que se les declare civilmente responsable y se les condene al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por el acto médico culposo desplegado sobre el paciente XXXXXXXX, quien tras presentar un cuadro clínico de trauma craneoencefálico no se le brindo adecuadamente una atención médica oportuna y diligente. El juzgador de primera instancia concluye que en el presente asunto no se aquilataron con suficiencia los presupuestos esenciales de la responsabilidad galénica. En mérito a lo expuesto entra la Sala a analizar si el acto culposo se encuentra debidamente aquilatado con las pruebas que obran dentro del plenario.

Extracto:

Ahora, como lo tiene precisado la jurisprudencia en casos de responsabilidad profesional médica, el meollo del asunto más que en el aspecto subjetivo de la culpa reside en el nexo causal entre el daño y el comportamiento culposo atribuido al demandado, arista que igualmente debe lucir acreditada más allá de toda duda razonable.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

Así las cosas, es claro para esta Colegiatura que al tenor 177 del C de P.C –vigente a la presentación de la demanda- hoy artículo 167 del C.G del P., correspondía a la parte actora demostrar los hechos en que soporta la imputación jurídica, esto es la pretensa omisión al deber de cuidado; no obstante, como acertada y suficientemente lo sustentó el juez de instancia, los demandantes soslayaron la carga probatoria que pesaba sobre sus hombros, dejando expósitas las imputaciones hechas en el escrito rector. Se observa que del haz probatorio recaudado no emerge un solo elemento de juicio, del cual pueda derivarse que las entidades incurrieron en un comportamiento culposos.

El escrutinio del material probatorio, se llega a la conclusión que la parte demandante no desplegó ningún esfuerzo procesal para demostrar que efectivamente se configuró una responsabilidad médica por parte de las entidades demandadas, substrayéndose de su deber primario de acreditación de los elementos axiológicos de la responsabilidad profesional médica al dejar huérfanas de probanza sus alegaciones.

Así, “debe recordarse que quien afirma un hecho lo debe probar, como lo ordena la Ley, concretamente el artículo 167 del C.G. del P., exigiendo a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No escapa a la realidad jurídica que las cargas procesales, entre las cuales se encuentra labor de probar, implican la necesidad en que se colocan las partes de cumplir determinadas actividades para proporcionar su propio éxito en el proceso, pero como no se puede pedir su cumplimiento de manera coactiva, sino que es eminentemente voluntaria o potestativa, resulta claro que su incumplimiento debe generar consecuencias adversas.

De ahí que la jurisprudencia sostenga que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, la llega imperfecta, descuida equivoca su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado desfavorable a sus pretensiones, bajo el entendido que prueba quien demuestra no quien envía a otro buscar la prueba.

En razón a lo expuesto, la Sala Civil de Decisión resuelve confirmar la providencia recurrida.

Rad.001-2012-00303-01-2958 (17-07-2018) M.P. HOMERO MORA INSUASTY

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Contrato de seguro. Mora en el pago de la prima. Terminación automática del contrato de seguros de responsabilidad civil contractual.

EXTRACTO:

Delanteramente debemos decir que la producción del daño se ocasionó como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, en tanto que los protagonistas del accidente de tránsito, XXXXXXXX, estaba desarrollando el transporte de personas mediante un vehículo tipo buseta y XXXXXXXX, en el pilotaje de un camión de carga, en ese contexto estaríamos en presencia del fenómeno que se ha dado en llamar la colisión de actividades peligrosas.

Durante décadas, tanto en el derecho colombiano como en el comparado, tribunales y autores han discutido largamente sobre la responsabilidad aplicable cuando el daño proviene de la colisión de actividades peligrosas. Al respecto, por su autoridad y coherencia, comulgamos del criterio expuesto por el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, cuando afirma que se pueden presentar tres hipótesis: 1) Culpa adicional en ambas partes, por tanto se rige por lo dispuesto por el artículo 2341 del C.C., y habrá lugar a la reducción del artículo 2357 ibídem, 2) Culpa adicional tan solo en una de las partes, esta culpa absorbe la peligrosidad de los actores, y el culpable asume toda la responsabilidad, 3) No existe culpa adicional en ninguna de las partes, por tanto el daño fue causado por la peligrosidad de las dos



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

actividades, no habiendo culpa que absorba la peligrosidad, habrá lugar a la reducción de la indemnización del artículo 2357.

En este sentido, como resultado de la valuación individual y en conjunto del material probatorio y de la ponderación de las circunstancias específicas que rodearon la comisión de los hechos, es dable colegir que la causa única y eficiente para que se hubiere presentado la colisión vehicular reside exclusivamente en una de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirma la sentencia ya que la argumentación brindada en el fallo no ha logrado ser destruida.

Rad.009-2008-00088-02-2902 (31.05.2018) M.P. Homero Mora Insuasty.

SIMULACIÓN EN CONTRATO DE COMPRAVENTA. Notificación personal. Nulidad por indebida notificación.

EXTRACTO:

“Bajo la óptica de las normas transcritas, brota claro que la notificación personal de una parte puede adelantarse por aviso, y que el envío de las diligencias de que tratan los artículos bajo examen, bien puede practicarse en la dirección electrónica de quien deba ser notificado, cuando la parte interesada conozca la misma”

De esta manera, a diferencia de lo alegado insistentemente por la parte incidentante, no puede advertirse ilegalidad alguna en la notificación efectuada, por haberse realizado la misma en una dirección de correo electrónico, pues es evidente que la normativa especial y preferente que regula la materia habilita expresamente a la parte interesada para adelantar las diligencias por este medio, de donde no podría calificarse como indebido un acto que fue adelantado justamente atendiendo las opciones contempladas en el régimen procesal actual.

Así mismo, emerge de la normativa en mención, que en la misma no se prevén las exigencias que el incidentante echa de menos y con fundamento en las cuales cuestiono la legalidad del acto de enteramiento, esto es, no se encuentra contemplado como requisito o presupuesto de legalidad de la notificación, que se haya registrado previamente la dirección electrónica del notificado o que el mismo haya informado la misma o autorizado su uso dentro del trámite, pues a ninguno de tales eventos fue condicionada la posibilidad de adelantar la notificación por medios electrónicos, opción cuya procedencia esta únicamente ligada al conocimiento de la dirección electrónica de la persona a notificar.

(...)

“En otros términos, el incidentante no discutió que tuvo conocimiento sobre las diligencias que le fueron remitidas, y que estas fueron enviadas a una dirección propia, por lo que es viable afirmar que la notificación se surtió pese a las faltas aducidas. Por este camino, es menester anotar que la declaratoria de nulidad por indebida notificación, comporta un interés tuitivo del derecho de defensa del notificado, a fin de que no se adelante a sus espaldas el trámite correspondiente, circunstancia que por todo lo visto, no es predicable en este caso, pues se presentaron entregas certificadas de los envíos y no se discutió que la dirección de correo electrónico pertenece al demandado, al paso que no existe prueba que desvirtuó esa información y que recibió las comunicaciones respectivas.”

(...)

“De lo anterior se sigue que el acuse de recibido puede ser generado por el notificado, mediante cualquier tipo de comunicación o acto, incluidas aquellas que se generen de manera automatizada, como en este caso, sin que sea posible colegir que solo se acusa el



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

recibido, a través del envío de un mensaje de datos por parte del notificado, como sugiere el recurrente. Igualmente, como su nombre lo indica, las comunicaciones automatizadas, corresponden a información electrónica que llega al iniciador del mensaje, la cual, a tono con lo previsto en el régimen procesal, permite presumir que se recibió el mensaje inserto en el correo electrónico.”

Por último, es evidente que no podría derivarse la nulidad por indebida notificación de los reclamos atinentes a la forma en que, a juicio del recurrente, debió tramitarse el escrito en que se informó sobre la dirección de correo existente, pues además de que a ese reporte se hace alusión en la normativa aplicable, sin advertir exigencia alguna en torno a su trámite, lo cierto es que se trata de información que alcanza para generar una reforma en la demanda, atendiendo los presupuestos establecidos para ese efecto en el artículo 93 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirma la decisión objeto del recurso.

Rad. 03-012-2016-00294-01 (19-06-2018) M.S. Carlos Alberto Romero Sánchez.

SALA DE FAMILIA

PETICIÓN DE GANACIALES. Rechazo de la demanda.

“ Se observa que la omisión de indicar la clase de proceso, no está contemplado como causal de inadmisión, como en el efecto si lo estaba en el numeral 9° del derogado Código de Procedimiento Civil y ello es así porque bajo el pensamiento del nuevo estatuto procesal le corresponde al juez darle “el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”; por lo tanto esta exigencia palmariamente deviene de un requisito no previsto por el legislador que ni de asomo encuentra fundamento jurídico en la norma procesal para plantear tal exigencia.”

Respecto a la omisión del demandante de adecuar las pretensiones principales con respaldo normativo en el numeral 4° del artículo 82 del Código General del Proceso, en el que se exige que en la demanda se indique “Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad”, se evidencia que la parte actora pese a intento estructurar nuevamente sus pretensiones, no lo hizo con la observancia que para este asunto se requiere, porque solicitó en forma genérica y abstracta, debió expresar cuales bienes son los que debían ser tenidos en cuenta por el juez para proceder conforme a su competencia, a quien debían ser restituidos, entregados o reivindicados según corresponda.

En mérito a lo expuesto, la Magistrada Sustanciadora de la Sala de Decisión Unitaria de Familia del Tribunal Superior de Cali confirma el auto que rechaza la demanda.

Rad.006-2018-00153-01 MP. Gloria Montoya Echeverri.



SALA LABORAL

FUERO SINDICAL. Acción de Reintegro

Extracto:

La presente decisión se profiere en cumplimiento del fallo de tutela emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el día 15 de agosto de 2018, STL10385-2018, Radicación No. 52238, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, providencia en la cual el juez constitucional ha dejado sin efecto la sentencia No. 190 dictada por este Tribunal el día 28 de junio de 2018, por considerar vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia del Hospital xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en adelante HUV; en consecuencia se ordenó a esta sala proferir un nuevo pronunciamiento en el cual se tenga en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la providencia que amparó los derechos fundamentales de la entidad aquí demandada.

(...)

Al respecto, es preciso advertir que la sentencia **T-523-2017**, proferida por la Corte Constitucional, se emitió dentro de una acción de tutela que instauró xxxxxxxxxxxxxxxx en contra del HUV con el fin de obtener la suspensión de los Acuerdos No. 20 y 21 del 26 de octubre de 2016, el primero que modificó la planta de personal y el segundo que adoptó una tabla indemnizatoria con ocasión de la terminación unilateral de los contratos de trabajo de algunos trabajadores oficiales, dada la aprobación del acuerdo de reestructuración de pasivos decidida por la Superintendencia Nacional de Salud; dicha providencia de la corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional revocó las sentencias proferidas en primera y segunda instancia que habían suspendido el trámite de reestructuración del HUV y en su lugar, declaró improcedente la acción.

Conforme a lo expuesto, y al haber proferido la Corte Constitucional la sentencia de tutela el 10 de agosto de 2017, con la cual recobró vigencia lo dispuesto en los acuerdos de reestructuración, y en concreto la supresión del cargo desempeñado por el accionante, a partir del 26 de octubre de 2016, dispone esta sala, en los términos del fallo de tutela que aquí se cumple, que la creación del sindicato xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a partir del 20 de septiembre de 2017 deja evidenciada la intención del aquí demandante de buscar una estabilidad en el empleo ajena a la razón de ser del ejercicio del derecho de asociación sindical, en la medida que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fungía como fundador de esa agrupación de trabajadores, lo cual constituye abuso del derecho de sindicación, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia que ha venido prohijando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La anterior tesis quedaría corroborada con la creación sucesiva de sindicatos por parte de los trabajadores del HUV, como se evidencia con xxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx HUV, todos creados en fechas posteriores a la emisión de la sentencia T-523-2017.

Por lo explicado y en acatamiento de la orden de tutela proferida por el superior funcional, se revocará la sentencia de primer grado, objeto de apelación, en todas sus partes y se condenará en costas al extremo accionante; en esta sede se causaron, a favor de la demandada empresa social del Estado, al salir próspero el recurso de apelación interpuesto, se incluirá como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Rad.013 2018 00063 01 (26-09-2018) M.P. Dr. Germán Darío Góez Vinasco.

TRASLADO DE FONDO DE PENSIONES. Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

Extracto:

El problema jurídico se circunscribe en establecer si debe declararse la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaria solicitado por la demandante. En caso de ser procedente, se deberá determinar si xxxxxxxxxxxxxxxx está en la obligación de trasladar a xxxxxxxxxxxxxxxx los rendimientos generados por el capital ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual.

Al respecto, hay que señalar que no le asiste razón a la recurrente, en razón a que los rendimientos se generan sobre el capital ahorrado por el afiliado, quien es el único propietario de dicho capital y no de la AFP, quien conforme el literal f) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, tiene la obligación de abonarlos en la cuenta de ahorro individual.

De otro lado, al declararse la nulidad del traslado de régimen, por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de xxxxxxxxxxxxxxxx, no existen razones jurídicas para que la AFP administradora del RAIS no traslade al RPM, administrado por xxxxxxxxxxxxxxxx, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad.

Adicionalmente, no trasladar todo el capital y los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la promotora de la acción, se constituiría en un perjuicio para xxxxxxxxxxxxxxxx, quien dentro del presente asunto se encuentra beneficiada por el Grado Jurisdiccional de Consulta, como quiera que al declararse la nulidad del traslado de régimen, es dicha administradora quien tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que, al fondo que esta administra, deben ingresar los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Rad. 76001 31 05 015 2016 000628 01 Mag. María Nancy García García



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

SALA PENAL

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO, ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO Y OTRO.

Extracto:

De acuerdo con lo acreditado en el juicio , **J.C.L.** de 11 años de edad, durante los años 2009 y 2010 asistía a la Iglesia católica “**Nuestra Señora de la Candelaria**” ubicada en la Calle 81 con Carrera 27 D del barrio Alfonso Bonilla Aragón de Cali, donde se desempeñaba como acólito, siendo el Párroco el sacerdote **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** , quien en varias oportunidades lo invitó dormir en la casa cural en la misma habitación, abusando sexualmente de él , con caricias y acceso oral y anal, atrayendo su atención con dádivas y dinero, entre otras.

(...)

La primera instancia halló probada la teoría del caso de la fiscalía, considerando creíble el testimonio del ofendido, al no evidenciar interés de perjudicar al acusado y que encuentra sustento en las declaraciones de los peritos que lo valoraron, quienes concluyeron que sus manifestaciones y actitudes se mostraban coherentes con los hechos de orden sexual que informaba; no sucediendo igual con las pruebas practicadas por la contraparte que poco aportaron para el esclarecimiento de los hechos, dado su dependencia y marcado interés en ayudar al acusado como protector y benefactor.

(...)

Relato del acusado, sin fundamento, aun en sus propios testigos, que, pese a mostrarse muy informados de todo lo que sucedía en la Parroquia y con su líder espiritual, ninguno refirió la visita frecuente del supuesto padrastro de **J.C.**, así como de la extorsión que describe el acusado, que nunca denunció, pese a la gravedad y posibilidad de exculpación de los cargos de abuso sexual, si la finalidad contra él, hubiese sido obtener beneficio económico atribuyéndole injustamente un atentado contra la integridad sexual.

No comparte la Sala las apreciaciones de la defensa por no ser el resultado del contenido probatorio, toda vez que la víctima y su señora madre resultan coincidentes como pruebas directas de los hechos y sus circunstancias, que se complementan con la valoración de los expertos que no evidencian que el perjudicado pueda estar faltando a la verdad, por su coherencia, armonía, seguridad y ausencia de influencia o interés para incidir negativamente en la suerte del procesado. Igual conclusión, no surge de la versión de los testigos de la defensa, no porque resulte imposible observar hechos que acontecen en escenarios cerrados o íntimos, sino al mostrar en sus relatos imprecisiones como el conocimiento de la mamá del afectado, marcado interés en favorecer los intereses del acusado, extendiéndose en sus respuestas sobre tópicos no pedidos en su testimonio, que mereció en algunos instantes el control del Juez.

Como viene anotado, la condena fue proferida en este asunto, por concurso de Acceso carnal homogéneo agravado y Acto sexual abusivo en las mismas circunstancias. En ese sentido, la Sala comparte que ambas acciones pueden



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

acontecer entre procesado y víctima en oportunidades totalmente distintas con un real concurso de conductas punibles, porque de ocurrir en una misma oportunidad podría configurar un concurso aparente de tipos penales por principio de consunción; notando que la prueba en este asunto apunta con total claridad al acceso anal y oral, que es donde se concentra la explicación del afectado.

Lo anterior para concluir que existe prueba directa respecto de la conducta de Acceso carnal abusivo, más no de la conducta concursante de Actos sexuales abusivos, toda vez que **J.C.L.** es claro y frontal en su señalamiento contra el acusado por hechos consistentes en prácticas sexuales oral y anal. Que si bien no se descartan, en la ejecución de los mismos, maniobras de caricias y tocamientos lascivos en las regiones íntimas del cuerpo, razonablemente harían parte del contexto de hechos sucesivos que rodean el punible de mayor gravedad, en tanto el ofendido no descende en detalles ni se ocupa de discriminar algunas de las varias oportunidades en los que fue abordado libidinosamente por su victimario.

Fue su constante, afirmar que los encuentros tenían lugar en la privacidad de la habitación del sacerdote, quien para accederlo vía anal y oral hasta eyacular en este momento, lo acariciaba en sus partes íntimas con morbo, todo dentro de un mismo escenario, no lográndose diferenciar en su testimonio que unos hechos hubiesen consistido, únicamente, en tocamientos lascivos, propios de los actos sexuales, y que otros hayan trascendido a la penetración anal u oral, sino que relata unos mismos instantes donde hubo acceso con la secuencia que toda la conducta representa.

Entiéndase que el ofendido fue claro y concreto en indicar en que consistió el abuso, encerrando todo en un mismo contexto, sin describir la forma como su agresor lo abordaba y empezaba la ejecución de los mismos, esto es, sin explicar si hubo encuentros en los que solo fue víctima de actos sexuales diversos del acceso carnal y otros en los que estos últimos era la finalidad.

Como sucedió frente a los peritos que le entrevistaron, el perjudicado en el juicio adoptó una actitud algo evasiva o de silencio al pedírsele que fuera más explícito sobre lo ocurrido, sin disimular la vergüenza que le causa hablar del tema, lo que suele acontecer en varones cuando alcanzan la mayoría de edad, donde la experiencia indica esta actitud, al reconocer actos sexuales pasivos, dada la afrenta que representa familiar y socialmente esta clase de comportamiento, lo cual es comprensible, pero denota que suscitaron en la forma como se ha venido decantando.

La Fiscalía acusó por el delito de Actos sexuales abusivos en consideración a que estando desnudo con su agresor, este lo acariciaba en los genitales, lo que si bien es así, no se probó como un acto autónomo o aislado de los hechos constitutivos de acceso, sino que, de acuerdo con la valoración del testimonio del afrentado, ello tenía lugar como antesala de los actos de penetración, es decir, todo en un mismo encuentro. Pese a que los hechos juzgados se prolongaron en el tiempo, no se logra desligar, en sucesos independientes, esto es, ocurridos en momentos distintos, los actos sexuales del acceso, por lo que no existe base probatoria para reprimir a modo conducta concursante el delito tipificado en el artículo 209 C.P.

Bajo ese entendido, la Sala dictará fallo absolutorio únicamente en lo que respecta al delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, debiendo en ese orden, retomar el ejercicio de dosificación de la pena, del siguiente modo:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Como por el punible de acto sexual abusivo, la primera instancia adicionó la cantidad de tres (3) años de prisión, la misma será restada a la sanción básica impuesta, **quedando en definitiva la pena de dieciséis (16) años por la autoría del acusado en el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, agotado en concurso homogéneo.** Consecuentemente, la pena accesoria de Inhabilitación de derechos y funciones públicas se impone por el tiempo indicado como sanción corporal.

Rad. 000 2013 00474(31-07-2018) Acta 107. M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS. VALORACIÓN PROBATORIA. Presunción de Inocencia.

Extracto:

Génesis de la presente investigación es la denuncia presentada por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ante la Fiscalía General de la Nación el día 12 de enero de 2015, a través de la cual indica que su menor hija de 7 años de edad xxx, le manifestó que entre los meses de mayo y junio de 2014, el novio de su hermana xxxxxxxxxxxxxxxx, de nombre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, efectuó tocamientos libidinosos en su corporeidad, senos y vagina, cuando se quedaba a dormir en la vivienda de su hermana y su progenitor cada 15 días. Le indicó la menor que dormía con su hermana en una sola habitación y en camas separadas, mientras que el procesado lo hacía en un sofá en la sala, pero que en altas horas de la noche éste la conducía hasta la sala y la tocaba en sus partes íntimas. Que también la obligó a practicarle sexo oral en 5 ocasiones.

La denunciante indica que dichos sucesos ocurrieron, según el testimonio de la menor, los fines de semana que por orden del ICBF, el padre de la niña la llevaba a su vivienda donde pernotaba en una habitación que compartía con su hermana.

La Fiscalía no aportó suficiencia probatoria pretendiendo una sentencia de condena en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, únicamente con la entrevista aportada por la sicóloga xxxxxxxxxxxxxxxx, que ni siquiera fungió como psicóloga, no utilizó ningún medio técnico ni científico y tampoco fue base de un indicio sobre la ocurrencia de los abusos denunciados, muy seguramente creyendo que con el solo testimonio de la menor era suficiente la decisión favorable a sus intereses, pero no contó que la menor xxxxxxxxx decidiría el día de la audiencia no someterse al interrogatorio y así fue aceptado por el Juez en aras de respetar los derechos fundamentales de la misma, ni su revictimización.

En este punto vemos que el Juez le pidió constancia médica a la Fiscalía sobre las razones para no tomar el interrogatorio a la menor, lo cual si bien se advierte poco ortodoxo, lo cierto es que daba la forma en que se introdujo a la carpeta, es decir, por fuera de audiencia, sin presentación a la contraparte y sin formalidad alguna a través del testigo que suscribe la historia y la susodicha constancia, éstos elementos no pudieron ser tenidos en cuenta por la primera instancia ni ahora, por tratarse de prueba ilegal.

Así pues, condenar a xxxxxxxx, con la sola entrevista de xxxxxxxxx introducida por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no está llamado a prosperar para esta Colegiatura, pues se cercena de tajo el derecho a la defensa, a la confrontación de la prueba y



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

su contradicción, quedando el procesado en desigualdad de armas porque no puede refutar la sindicación que ha hecho la menor y tampoco contradecir una base de opinión pericial porque éste informe no fue un dictamen como tal, sino una mera entrevista.

Por estas razones, no le queda otro camino a la Sala que REVOCAR, la sentencia –ordinaria – No. 60 del 14 de septiembre de 2017, a través de la cual el JUZGADO QUINCE PENAL DEL CIRCUITO DE CALI, VALLE condenó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a la pena principal de ONCE (11) AÑOS DE PRISIÓN, como penalmente responsable del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

En estas condiciones, se procederá a ABSOLVER, por duda a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en la medida que la Fiscalía no logró derribar la presunción de inocencia que le asiste con las pruebas que allegó al trámite.

En esta oportunidad se llama la atención al ente acusador para que en las investigaciones penales y en especial cuando se trata de delitos que involucren a personas menores de edad, más aún cuando éstas sean presuntas de ilícitos contra la libertad, integridad y formación sexuales , el trabajo investigativo debe aplicarse a fondo, en busca de la realización de la justicia material, pues se observa en casos como éste, que por la labor deficiente de la Fiscalía, el camino a seguir sea la absolución por duda probatoria, ante el cercenamiento de los derechos de confrontación , contradicción y defensa.

Se recuerda que es la Fiscalía General de la Nación el órgano de persecución penal y en casos de solicitudes de condena es quién está comprometido a llevar al Juez al convencimiento más allá de toda duda razonable que la conducta punible existió y que el procesado es responsable como autor o participe de la misma, con fundamento en las pruebas legalmente practicadas y garantizando los derechos fundamentales del procesado.

No se cumple con el rol asignado al Fiscal, cuando la investigación resulta deficiente, no está acorde con la normatividad vigente y no se conserva el equilibrio sobre la garantía de derechos de las partes en conflicto. El papel del Fiscal es primordial en el desarrollo del sistema penal acusatorio, al ser el responsable de llevar adelante la investigación penal , pues es quien indaga sobre los hechos, y a través de la policía judicial busca las evidencias o medios probatorios, lo cual debe adelantarse con la mayor seriedad, pues como titular de la acción penal es quien actúa en búsqueda de que se materialice la justicia, cuando una persona o la sociedad han sido víctimas del comportamiento delictivo de otro u otros. Entonces cuando dicho rol no se asume con la responsabilidad debida, se asiste a situaciones como la aquí presentada.

Se espera por la Sala que a futuro se corrijan los errores y falencias que están llevando a la impunidad conductas delictivas contra menores de edad.

Rad.193 2015 01546 Acta No. 276 (03-10-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Valoración del acervo probatorio.

Extracto:

En octubre 20 de 2012, ante el Juzgado 21 Penal Municipal de Control de garantías, se legalizó el procedimiento de captura en cumplimiento de orden judicial contra el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, seguidamente se adelantó el acto de formulación de cargos como presunto autor del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO y, finalmente, se impuso medida de aseguramiento de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

(...)

Luego, sobre el suceso en concreto, expresó, llevando una cronología y secuencia, que en una ocasión dormía en su habitación y miró como una sombra, como un fantasma, que se acercó con un pantalón cortico por el cual le salió el pipi y –ésta persona- la puso a frotar las manitas (sic), dejándose constancia en la grabación que hacía un gesto de frotación al poner sus manitas (sic) cerradas en torno a la parte genital de la persona que ella identificó como “xxxxxxxxxx” –porque, repitió “...**allí no habían más hombres...**” y empezó a hacer movimientos sobre él con las manos “como batiendo chocolate” según su percepción y de la defensora de familia. Se utilizaron para la dinámica dos muñecos anatómicos que representaban ambos sexos, pidiéndole a ella que se hiciera dar a entender con la ayuda de los mismos, siendo coincidente su representación con lo que acababa de narrar sin utilizar dichos instrumentos.

Que en un aparte del relato aludió a una sombra, concluyendo ella misma que se trataba de “xxxxxxxxxx” cuando estaba sentado con ella y la mamá hablando de lo sucedido. Ella no refiere haber visto su rostro, sino el cuerpo, las partes de su cuerpo y la ropa que vestía.

Como testigo experto encontró que la narración es congruente y clara para la edad y etapa evolutiva de la niña, bastante fluida y verbalmente concreta frente a lo que espontáneamente manifestó en torno a unos hechos propios de abuso sexual, sin evidenciar circunstancia alguna de manipulación o que ello fuera fruto de su imaginación. Fue contundente en su aseveración: “...*de acuerdo a la concreción y cronología de la niña, no considero que se haya estado refiriendo a un fantasma...*”.

Que ella haya manifestado “...**pensé que era una persona, como un fantasma...**”, indica que había conciencia pues, estaba en un proceso natural de descanso, de pausa y el abrir los ojos fue lo que le permitió, de acuerdo a su madurez evolutiva, saber que estaba pasando algo, lo cual contó a su madre y luego, en la entrevista paso a paso, lo recreó con detalles.

Describe que la niña verbalizó una narración de episodios que entredormida evidenció, los guardó en su memoria y los recuperó a partir de la entrevista que le fue practicada con la debida técnica, que sin emplear preguntas directas provocó en ella un relato espontáneo y fluido, con una secuencia exacta de hechos de alto contenido sexuado. Sostuvo el testigo experto, “...*teniendo en cuenta esa estructura narrativa de la niña, es consistente con una vivencia, no con una imaginación...*”, pues los sueños cuando se reproducen son incompletos y lo narrado por la niña es consecuente, coherente y exacto; de allí que considere que no se trató de un sueño,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

insiste, para su edad era muy sexuado, aunque en el contrainterrogatorio explicó que la psicología por no ser una ciencia exacta, se basa en la probabilidad.

(...)

Valioso testimonio de la menor, ofrecido en un lapso de dos meses después de acaecidos los hechos, que refulge sincero y coherente, exento para ese momento de cualquier manipulación o invención y que se mantuvo en el contexto de los hechos que fundan la acusación, valga reiterar, que siempre se trató de tocamientos en su órgano genital y actos propios de masturbación al asta viril, siendo clara en que solo ocurrió una vez y el agresor no hizo manifestación alguna durante su ejecución como tampoco no eyaculó, respuestas que sobrevivieron en una entrevista fluida, guiada por una técnica vigente –“entrevista paso a paso”-, y que pese a estar entre-dormida y de no haber visto el rostro de “xxxxxxxxxxxx” –pues sucedió en horas de la madrugada, en su cuarto, sin luz-, ella misma infirió con total espontaneidad y desprevenimiento que se trataba de él, el novio de mamá, porque no había más hombres en casa, además que la ropa interior que ella notó –un short cortico de color gris sin cierre- la identificó en él al día siguiente cuando su madre se le acercó para reclamarle por ese hecho vivenciado que ella había reproducido de manera exacta, sin vacíos, lo que no hubiese ocurrido de haberse tratado de un sueño; ella misma lo reconoció como “no correcto” y al mismo tiempo conserva sentimientos de cariño hacia su ofensor, al punto que siempre que surgía el tema, enseguida lo excusaba, diciendo que “xxxxxxxxxxxx” no es malo, no tuvo la culpa. Manifestación de cariño que obedece a la carga emocional positiva que ella refleja con respecto a él pues, desde su percepción lo describe como una persona amorosa con quien juega a las volteretas, va a cine, a comer, en fin, comparte espacios que no le son posibles con su padre xxxxxx, al menos con la misma frecuencia por éste residir en Bogotá D.C.

(...)

Dicciones que no tienen mayor valor suasorio que sus primeras manifestaciones recién ocurrido el hecho, vertidas a su madre, a la médico y al psicólogo del C.T.I., en tanto que en todos estos escenarios mantuvo consistencia y coherencia en su relato, época en la que evidentemente no tuvo tiempo de estar tan expuesta a factores externos –como la incidencia de adultos cercanos y presiones psicológicas al conocer que “xxxxxxxxxxxx”, primero se encontraba en un hotel y luego en la cárcel-, para que morigerara su vivencia, misma que la defensa, yendo en contravía de todo el acervo probatorio que incrimina al acusado, pretende mostrar como un episodio onírico.

A otra conclusión no puede llegarse, teniendo en cuenta lo relacionado con la permanencia del acusado en el hogar, después que la menor contó a su madre a temprana hora lo que había experimentado entre-dormida la noche anterior, pues bien puede inferirse, en tanto así lo dejan entrever los testimonios de las personas cercanas a M.J.G.G. incluida su madre, sin que alguien haya afirmado lo contrario, que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx continuó pernoctando en el apartamento, compartiendo con su esposa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y M.J.G.G.; véase como el abuso data de la madrugada del 4 de abril de 2009, y fue dado a conocer a las autoridades por cuenta del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en el mes de mayo siguiente, cuando éste le exigió a su ex compañera que el hoy acusado no continuara viviendo bajo el mismo techo con su hija, prevención que hasta ese momento no había tenido pues, desde la distancia no había tenido queja contra el acusado, sólo hasta el día que su excuñada le hizo tan serio comentario.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

SE ocupa así la Sala de los testimonios provenientes del núcleo familiar que de una u otra forma, de manera frontal o con evasivas, terminan por favorecer los intereses del acusado al querer empañar lo que para la niña siempre fue claro, sustituyendo el nombre de “xxxxxxxxxxxxx” por el de “alguien”, ora siendo evasivas sobre el tema alegando desconocimiento de los detalles del “problema”.

(...)

Respecto a la posible contradicción sobre el nivel de moralidad de la menor, porque según él –testigo- en el informe suscrito por el experto xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se precisa que la menor diferencia de lo correcto e incorrecto y posteriormente se indica que no distingue de los actos buenos y malos, admitió que de acuerdo con la literatura Piaget, a la que él mismo hizo alusión en el contra-peritaje, una niña de la edad de la menor si está en capacidad de distinguir entre lo correcto y lo incorrecto.

-Finalmente, frente a la pregunta del Ministerio público sobre qué incidencia tiene en este caso que el psicólogo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx haya dejado de aplicar una técnica o protocolo específico, no fue concreto, simplemente manifestó que lo ideal, sin importar la causa –lineamiento institucional o decisión personal del profesional- es necesario hacer una valoración más profunda.

Todo lo anterior recoge el material probatorio aducido y debatido en el juicio, con la debida técnica y a través de los distintos medios de prueba, que en lo que respecta al ofrecimiento de la fiscalía para acreditar su teoría del caso, la Sala mayoritaria se permite resaltar lo trascendental que fue el **testimonio del psicólogo del CTI xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx**, quien práctico la primera valoración a la víctima conforme a la guía vigente según las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación para abordar casos de niños presuntamente abusados sexualmente; ejercicio que desarrolló en tiempo reciente vista la fecha de ocurrencia de los hechos a través de la técnica “entrevista paso a paso”, obteniendo un relato responsivo y coherente que logró percibir, era fruto de una experiencia vivida por ella, quien de su contenido rescató la identidad del autor, su padrastró, hoy acusado.

De allí que no deje de destacarse su calidad de testigo directo de los hechos, los cuales percibió a través de sus sentidos en razón de la actividad valorativa que desde su conocimiento y experiencia profesional practicó a M.J.G.G., aprovechando al máximo su capacidad de memoria al punto que logró en ella que representara con las ayudas didácticas y absoluta espontaneidad, lo que a su edad no podía comprender se trataba de tocamientos libidinosos acompañado de un acto propio de masturbación; todo lo cual se convirtió en el insumo base para emitir su opinión pericial.

Fue entonces el procedimiento practicado el respaldo de su informe en el que determinó que ese relato, con alto contenido sexuado, no era fantasioso, máxime cuando provenía de una niña que goza de una adecuada formación moral y académica. Explicó en este punto, apoyado además en literatura sobre la materia. Explicó en este punto, apoyado además en literatura sobre la materia, que al ella mencionar que creyó que se trataba de un fantasma, obedeció al estado de conciencia que experimentaba entre-dormida, siendo posible que en el lapso que dormía y se despertó, pasaron unos segundos en los que ella pudo haber confundido el cuerpo o silueta de una persona, con lo que denominó un fantasma, descartando que en ese episodio haya estado comprometido neurológicamente su estado de alerta, memoria y sentido de la realidad.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Tan consciente estaba M.J.G.G. de lo que sucedía que relacionó directamente a “xxxxxxxxxxxxxx”, porque no habían más hombres en la casa, su mamá no le haría eso, y al otro día, en la mañana, le reparó puesto el short que la noche anterior había visto a esa silueta bajarse un poco para sacar su 2pipi” (sic) y ayudaba con sus manos, frotarlo “*como batiendo chocolate*”.

Según la percepción que en la entrevista se dejó por parte de los profesionales que valoraron en tiempo reciente, el relato de M.J.G.G fue tan exacto en su reproducción que por lo mismo se hacía menos probable que esa extraña experiencia obedeciera a un episodio onírico, entendido éste como el material que se logra recuperar del sueño y que por esa razón siempre se muestra fraccionado o con vacíos.

Tan creíble y gráfica resultó la historia para la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ante quien la niña no vaciló en acudir al levantarse para contarle, que su actuación impulsiva en función de una madre que entiende el contexto real de lo que su hija de escasos seis años le estaba recreando, fue revisar de inmediato el cuarto , concretamente las sábanas e indumentaria para saber si había presencia de fluidos y, enseguida , llamar a la confrontación al único que podía haber protagonizado el hecho, no solo porque la niña lo mencionó claramente, sino porque esa noche solo se encontraban los tres en el apartamento. Lo poco plausible vino después, cuando se dejó llevar más por el interés de no afectar a su pareja y bastón del hogar, que por lo que siempre ha debido ser prioridad en su vida: su hija.

La señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, su madre xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ni su hermana xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, todas tres tituladas en derecho, no tuvieron la gallardía en el juicio de narrar en detalle lo ocurrido , especialmente el rol que ellas también tuvieron como primeras acudientes de la niña en defensa de su integridad; ello lo supo la audiencia con el testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien se desplegó en detalles sobre todo el suplicio al que se enfrentó para salvaguardar y velar por el bienestar de su hija, cuyo proceder fue motivado por lo que su excuñada , mujer madura y profesional, le había comentado vía telefónica, lo que luego fue corroborado por las autoridades que oportunamente y sin incurrir en actos de re-victimización , valoraron a la menor.

Hecho que también descarta que el padre haya orquestado una actuación en contra del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a tan alto costo pues, además que no se evidenciaron sentimientos de animadversión o rencillas pasadas entre ellos, lo que él hizo fue apersonarse del caso que involucraba de manera directa a su hija menor, en tanto que una vez viajó y verificó lo ocurrido, y ante la actitud pasiva de la madre, se decidió a denunciar ante la autoridad judicial, hecho del que da cuenta no solo el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sino la generación de la familia xxxxxxxxxxxx.

Testimonio de M.J.G.G, ratificado a su manera por la medre, que también fue vertido con absoluta desprevenición ante los **profesionales de la medicina xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx** , que la examinaron de manera particular por urgencias y por remisión expresa a medicina legal, respectivamente; lo que a su paso también descarta cualquier pensamiento tendiente a considerar que la madre pudo haber sembrado la idea a la menor pues, los hechos nacieron a la vida jurídica por la denuncia presentada por el padre, que a su vez se fundó en los dichos de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; además que si ella no lo hizo con el padre biológico con quien se notó abiertamente en el juicio, no tiene una buena relación, menos aún con el compañero sentimental de quien se esforzó en mencionar sus cualidades como modelo de padre y esposo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

Frente a los testigos de cargo hay que hacer hincapié, también a modo de conclusión del juicio de responsabilidad, que no tuvieron la oportunidad de examinar a la menor con la prontitud que tuvo el experto en psicología del CTI xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a quien la cercanía entre el suceso y la entrevista, le permitió extraer la mayor riqueza en detalles de lo vivido por ella, privilegio que no tuvo el grupo de expertos contratados por la defensa con la anuencia de la madre, que hablaron de los resultados de sus entrevistas practicadas tiempo después –meses y años- de que tuvo lugar l primera y más gráfica en junio de 2009, quienes se abstuvieron de ahondar en las manifestaciones de M.J.G.G cuando espontáneamente referenciaba que algo le había pasado con “xxxxxxxxxxxxx”.

Se ocupó el **psicólogo xxxx** en hacer una crítica formal (contra-peritaje) al informe de su colega, sobre lo cual se basó todo su interrogatorio directo, quedando expuesto luego ante la audiencia cuando en el interrogatorio cruzado se vio compelido a reconocer que el trabajo realizado por el experto del C.T.I. había tenido lugar en una época en la que para los peritos psicólogos, no era posible exigir que procedieran conforme a la guía con la cual él basó su crítica y otras valoraciones a la menor , en tanto que no estaba creada.

Más vulnerable en cuanto a la confiabilidad quedó el **psicólogo xxxxx**, al informar en el contrainterrogatorio que en el procedimiento practicado a M.J.G.G aplicó el test SATAC sin tener conocimiento especializado sobre el tema, al punto que no tenía claro el significado básico de la sigla, lo cual fue despejado por la parte que lo confrontaba.

Del **psiquiatra xxxx** resta anotar, como lo hiciere en las alegaciones finales la representante del Ministerio público, que se le observó hermético sobre todo en el ejercicio del interrogatorio cruzado, respondiendo de manera abstracta una serie de preguntas concretas y cerradas, lo que permitió aprovechar su amplio conocimiento y experiencia en psiquiatría, pues de hecho su actividad no estuvo orientada a lograr que ella verbalizara los hechos que espontáneamente le referenciaba en la sesión con timidez, lo que en sentir de la judicatura mengua credibilidad a su declaración.

De modo que desacierta el profesional recurrente, al pretender ilustrar como débiles y fantasiosas las atestaciones de la menor agraviada, así como equivocadas las apreciaciones de los expertos que la valoraron recién ocurrieron los hechos, en tanto que estas encuentran absoluto respaldo en los otros elementos de conocimiento , también legal y oportunamente aducidos al juicio y sometidos a los principios de contradicción y confrontación probatoria, no sucediendo lo mismo con las pruebas de descargo que poca confiabilidad y credibilidad merecen, no solo por el marcado interés de la madre en favorecer los intereses del acusado, sino por las falencias que como profesionales tuvieron al emitir sus conceptos.

Rad.193 2009 12542, Acta No. 074 (13-03-2018) M.P. María Consuelo Córdoba Muñoz.

SALVAMENTO DE VOTO. PRUEBA PERICIAL. PRUEBA TESTIMONIAL. La niña sostuvo en Cámara Gessel durante el interrogatorio que el aquí procesado no le había hecho nada. El testimonio del psiquiatra permite afirmar en la menor una tendencia hacia lo fantasioso o hacia la mentira.

Extracto:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Con el respeto de siempre, me aparto de la decisión adoptada en el asunto de la referencia en la que la Sala mayoritaria optó por confirmar la sentencia del 28 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se condenó a **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** como autor del delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravado* a la pena principal de 144 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, al paso que se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

(...)

El defensor del aquí procesado solicitó a la Sala que revocara el fallo condenatorio y, en consecuencia, se le absolviera del delito materia de acusación porque la Juez no hizo una adecuada valoración del acervo probatorio, el cual, contrario a lo concluido por ella, no suministra conocimiento sobre la existencia del hecho, razón por la que el fallo condenatorio es equivocado.

(...)

La prueba pericial no demuestra la existencia de la conducta pues en el examen físico practicado a la menor no se halló evidencia de que la misma hubiera sido objeto de maniobras sexuales y, aunque se concluyó que tal circunstancia no descartaba la ocurrencia de las mismas, lo cierto es que los actos sexuales no fueron demostrados con la restante prueba técnica practicada en el juicio.

La Fiscalía, como sujeto procesal no recurrente, solicita a la Sala que confirme la condena sin exponer argumento diferente a transcribir in extenso las declaraciones de los testigos y peritos que declararon en el juicio y que, de acuerdo con su particular interpretación, acreditan la ocurrencia de los actos sexuales.

(...)

Finalmente, el **18 de julio de 2013**, la niña sostuvo en Cámara Gessel durante el interrogatorio que el aquí procesado no le había hecho nada; que no recuerda lo que dijo años atrás cuando tenía 6 años y que el implicado se encontraba en la cárcel porque su papá –refiriéndose al biológico– decía que aquél era muy malo; versión esta de la menor que nunca cambió pese a las preguntas reiterativas de los interrogadores para que hablara sobre los supuestos actos sexuales.

Conforme con lo anterior, resulta evidente que la menor no ha sido consistente, clara, coherente y menos aún reiterativa sobre la ocurrencia del atentado contra su integridad sexual; en consecuencia, la Juez no podía, para efecto de sustentar el fallo de condena, fragmentar el testimonio de la víctima acudiendo únicamente a la versión que ésta suministró a la médico de la Clínica Versalles y la médico legista, soslayando las otras versiones que ofreció la víctima las cuales, como puede apreciarse, no permiten concluir la existencia del hecho en la medida que son gaseosas, dubitativas, inseguras y nada consistentes pues la menor inicialmente refirió que le dijo a su madre que **“alguien”** la tocó **“en sus partes íntimas”**; luego afirmó ante los dos médicas que el aquí procesado le había tocado su vagina y le hizo frotarle el pene; posteriormente afirmó que se trataba de un **“fantasma”** o **“una sombra”** que no pudo identificar pero que **suponía** que era el aquí acusado; tiempo después afirmó que no sabía si lo que dijo pasó fue un **“sueño”** o fue la realidad; luego aseguró que todo se trató de un sueño y que su familia malinterpretó



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

lo que dijo y, finalmente, sostuvo en Cámara Gessel que el aquí procesado no le hizo nada.

Desde la óptica de la persuasión racional el testimonio de la menor no resulta plenamente creíble porque no se ajusta a los criterios legales establecidos en el Art. 404 de la L.906/04.

(...)

El testimonio del psiquiatra xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx permite afirmar en la menor una tendencia hacia lo fantasioso o hacia la mentira pues en desarrollo del examen que aquél le practicó, ésta puso de manifiesto que podía hacerle ver algo distinto a lo que realmente percibía cuando expresó; “... **no se... tengo piquiña... mentira... te lo creíste... todo lo que digo es broma todo el mundo se lo cree... es chistoso...**”. Si esto fue así ante el psiquiatra en desarrollo de un examen orientado a esclarecer lo sucedido, no puede afirmarse que ocurrió algo distinto el día en el que la menor le hizo el comentario a su mamá sobre el proceder del aquí implicado.

No es **reiterativo**; por el contrario, en desarrollo de su versión, como ya se ha dicho fue indecisa, dubitativa y ambigua no solo sobre la ocurrencia del hecho sino, además, sobre si fue el aquí procesado quien lo realizó.

En criterio de la **a quo**, la materialidad de la conducta también quedó acreditada con el testimonio de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien, si bien no hizo un señalamiento directo del aquí acusado como el autor de los tocamientos a su hija, contrastada su versión con la de la menor la misma complementa su dicho, lo cual permite afirmar la existencia del hecho.

En mi criterio, el razonamiento de la señora Juez tampoco resulta acertado en atención a que:

a.- La madre de la menor fue clara y consistente en el juicio al afirmar que, a eso de las 6 o 7 de la mañana del 4 de abril de 2009, cuando fue al cuarto de la menor para ver cómo había amanecido, ésta le contó que “*alguien entró a mi cuarto y sentí que me tocó y se refiere a su vagina; se la señala pero ella no me refiere absolutamente nada más*”.

A pesar de los esfuerzos de la señora Fiscal para que la testigo afirmara que los actos de tocamiento existieron y que el procesado fue el autor de los mismos, ningún resultado obtuvo debido a que la deponente sostuvo de manera enfática y reiterativa que:

La niña nunca le especificó quien la tocó en su parte íntima; solamente le dijo que “**alguien**” entró a su habitación y le tocó su vagina;

(...)

La señora Juez omitió valorar el testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; prueba que, de haber sido analizada conforme a las reglas de la sana crítica, le habría permitido concluir que desde un comienzo esta actuación estuvo intencionalmente direccionada por él para hacer ver que el hecho existió pese a que el testimonio de la niña carece de poder suasorio sobre el particular. En efecto:

a.- El testimonio de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en lugar de contribuir a la demostración de la existencia del hecho, niega la ocurrencia del mismo toda vez que,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

aunque la Fiscalía propició su interrogatorio por más de cuatro horas, el contenido de su declaración no tiene relación con el objeto de este proceso sino que:

i.- Está dedicado a hacer comentarios incisivos sobre el pasado amoroso de la madre de la menor; la manera como se conocieron y se relacionaron sentimentalmente; la opinión personal respecto ésta y su familia y de lo diligente que fue con sus familiares cuando, por motivo de la noticia sobre el presunto abuso sexual se desplazó hasta Cali para denunciar el hecho,

ii.- Pone en evidencia que recurrió a familiares suyos que para esa época ocupaban importantes cargos en el Estado –*congresistas y altos mandos en la Policía Nacional*- con cuya influencia “*Vivianne*” -Ex Fiscal General de la Nación- hizo remover del presente caso al Fiscal que lo estaba adelantando inicialmente por falta de resultados.

iii.- Adoptó un comportamiento manifiestamente irrespetuoso con la Juez y con la justicia, al punto que no reparó en amenazar que si no se le da la razón en este caso va a denunciar a la Judicatura ante “*un programa de televisión*”; proceder éste que lejos de demostrar su interés de que se haga justicia, lo que revela es su ánimo vindicativo para con el procesado y su afán de desacreditar a la madre de la menor a quien calificó de irresponsable con la niña.

b.- El mencionado deponente xxxxx mostró inequívoco interés en que el aquí implicado sea condenado porque él así lo quiere, al punto que, sin el menor reparo, sostuvo en el juicio que el aquí procesado llamó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx –tía de la menor- para amenazarla; afirmación que ésta desmintió categóricamente en el juicio asegurando que jamás tuvo ningún tipo de contacto con el aquí procesado y menos que éste la haya amenazado.

Ese proceder carente de objetividad y claramente interesado en la condena del aquí acusado que reveló el testigo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con su declaración explica por qué la menor modificó sustancialmente la versión que le dio a su mamá al punto que después de haber hablado con el papá , afirmó ante la médico de la Clínica Versalles y ante la médico legista que el aquí procesado la tocó y, adicionalmente, que el mismo implicado la obligó a que ella le frotara el pene con sus manos; hecho éste que por la naturaleza del mismo, la niña necesariamente tendría que habérselo mencionado a la mamá el mismo día de los sucesos pues así lo indica el sentido común, la lógica, la psicología infantil y lo que común y ordinariamente suele ocurrir en casos semejantes.

Tal cambio de versión obedeció, entonces, a la influencia del mencionado testigo pues, de una parte, la madre de la menor afirmó que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se la llevó el 9 de mayo de 2009 y permaneció con ella hasta el día siguiente; tiempo en el que, obviamente, la niña pudo ser sugestionada para que dijera lo que en efecto dijo ante la médico de la Clínica Versalles y la legista y, de otra, manifestación clara del proceder sugestivo que adoptó el aludido testigo hacia la menor es que ésta en Cámara Gessel fue reiterativa en que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx le repetía constantemente que el aquí procesado “*era malo*” y que por eso estaba en la cárcel.

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Consideró que valorada la prueba testimonial en conjunto con la pericial, tampoco puede llegarse a la conclusión de que los actos sexuales endilgados al aquí procesado ocurrieron, pues:

1.- El psicólogo del CTI, xxxx, sostuvo en el juicio oral que en la valoración que le efectuó a la menor el 5 de agosto de 2009, ésta le efectuó que: *“estaba dormida; la cama era así y estaba así y yo estaba y entonces cuando miré la habitación creía que era una persona como un fantasma...entonces le dije a mi mamá por la mañanítica...y si xxxxxxxxxxx no es entonces quién es, no hay nadie más en la casa que sea hombre y entonces yo le dije que es xxxxxxxxxxx porque no hay más...pues no hay hombres. (...) Era una persona porque yo vi así. (...) Me hacía con el pipí y me hacía así –como batiendo chocolate- .* A pesar de que la niña en el relato de los hechos le indicó que **“creyó”** que se trataba de un **“fantasma”** y que seguramente el agresor era el aquí implicado, el aludido profesional de la psicología consideró que la niña fue coherente, hilada, clara y que, por consiguiente, se le debe creer respecto de la conducta penal aquí investigada; empero,

2.- El psiquiatra xxxxx, a quien la Fiscalía le solicitó que evaluara a la menor, afirmó en el juicio que en la entrevista que le realizó el 5 de noviembre de 2009 con base en el cuestionario que el ente investigador le envió, aquélla le manifestó de manera tranquila que todo se trató de un *“sueño”* y que fue *“malinterpretada por los demás”*; que no evidenció que la menor hubiera sido manipulada por terceros para que dijera lo que le afirmó a él y que no advirtió en ella trauma de tipo emocional y,

3.- El psiquiatra xxxxxx, quien por solicitud de la defensa, el 25 de junio de 2009 examinó a la menor, afirmó que ésta le contó que: *“Estaba dormida, entonces sí, yo pensé que era eso...era sueño o realidad y le dije a mi mamá...No sé... tengo piquiña...mentiras...te lo creíste...todo lo que digo en broma, todo el mundo se lo cree... es chistoso...”*. De acuerdo al relato que de los hechos le hizo la niña y las pruebas que le practicó a la misma, el perito afirmó que la menor no mostró síntomas de angustia o tristeza al narrar los hechos y concluyó que se trataba de una niña en óptimas condiciones físicas y psicológicas y que no evidenció signos o síntomas que hicieran suponer fundadamente que fue víctima de actos o abuso sexual.

Corolario de lo anterior, lo que emerge diáfano es que la *a quo* en el presente asunto desconoció el sistema de persuasión racional –fundado en las reglas de la sana crítica-, el cual le impone al funcionario judicial el deber de valorar el acervo probatorio en conjunto lo cual debe hacerse en consonancia con lo establecido en el Art. 404 de la L.906/04, otorgándole el justo mérito suasorio a cada uno de los elementos de juicio para luego, analizados los mismos en conjunto, adoptar la decisión que en derecho corresponda.

Siendo ello así, en mi criterio no puede superarse la incertidumbre acerca de si el hecho denunciado ocurrió o no, motivo por el cual, como se dijo inicialmente, debió aplicarse en favor del aquí procesado el beneficio de la duda.

Rad. 193 2009 12542 (23-03-2017) Mag. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. Homicidio simple. Concierto para delinquir agravado en concurso homogéneo con Homicidio Agravado y Porte ilegal de armas.

Extracto:

En este caso, se trata de determinar si la proporción que tuvo en cuenta el Juez de primera instancia al momento de acumular las penas impuestas al señor xxxxxxxx es equitativa y guarda correspondencia con los fines del instituto consagrado en el artículo 460 de la ley 906 de 2004.

Al revisar la foliatura, la Sala constata que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ha sido condenado por los Juzgados Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Cali, bajo las siguientes premisas:

La proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 055 del 19 de julio de 2016, condenó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a la pena principal de 18 años de prisión o lo que es lo mismo 216 meses de prisión, como autor material de los delitos de Homicidio Simple en concurso Heterogéneo con Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego con accesorios partes o municiones, bajo la radicación No. 76001-6000-193-2015-00976.

Por otro lado la emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali, mediante sentencia No. 079 del 23 de octubre de 2017, en la que se condenó a la pena de 206 meses de prisión por los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas, bajo la radicación No. 76001- 6000-000-2017-00943.

(...)

En primer lugar, se debe precisar que para dosificar la pena definitiva a imponer en virtud a la acumulación jurídica, el ejercicio se hace frente a las penas concretamente determinadas y no sobre las conductas punibles imputadas en los procesos objeto de acumulación.

Así pues, la pena que debe fijarse al momento de la acumulación se deduce, por remisión, de los fundamentos jurídicos y fácticos de la sentencia que va a ser unificada, se fija una pena razonable y dentro de los límites normativos por lo que se debe dar al artículo 31 del Código Penal.

Se advierte que aunque el *a quo* no expuso los motivos tenidos en cuenta para la adición punitiva en virtud de la sentencia acumulada, más sí enumeró los componentes para tal fin, como *la gravedad de la conducta y la reincidencia*, para concluir que a la pena impuesta en la primera sentencia de 216 meses determinada como la más grave, se le sumaría hasta el otro tanto el cual se determinó en 154 meses y 15 días, arrojando una pena definitiva de 370 meses y 15 días, trámite que considera la Sala es perfectamente legal pues actuó dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico.

Por tanto dicho lo anterior el incremento resulta proporcional, pues no puede pasarse por alto en tratándose de la acumulación jurídica de penas, que la sanción impuesta fue por un comportamiento que para el derecho penal reviste de suma gravedad con un alto impacto negativo para la sociedad, pues se vulneró el bien



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

jurídico a la vida, situaciones como estas que generan desequilibrio y degradación a la sociedad, la cual exige que la justicia actúe frente a estos hechos para que sean castigados y no se vuelvan a repetir, conducta punible esta que debe analizarse frente a las funciones de la pena contempladas en el artículo 4 del código penal, como son la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Así pues, sin que sean necesarias mayores consideraciones al respecto se comulga en su integridad con la decisión adoptada en primera instancia.

Ergo no es otra la decisión de la Sala CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 726 de abril 11 de 2018 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones esbozadas por ésta Corporación.

Rad. 193 2015 00976 00 Acta No. 212 (09-11-2018) M.P. Orlando Echeverry Salazar

ALLANAMIENTO A CARGOS. Nulidad del acto de allanamiento a cargos.

Conducta punible: Homicidio agravado en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con Homicidio agravado tentado.

“(…) Se encontraba el señor XXX al interior de un vehículo tipo taxi (…) quien accionó un arma de fuego en contra de la humanidad de XXX ocasionando su muerte de forma inmediata. Acto seguido, impacta a los señores XXXX, XXXX y al menor XXXX, quienes fueron trasladados al hospital Carlos Holmes Trujillo, donde éste último fallece a causa de las lesiones.”

“El 22 de noviembre de 2017 (…) se formuló imputación contra el señor XXX, como autor de las conductas de **Homicidio agravado** y **Homicidio agravado tentado** en concurso homogéneo. El imputado aceptó cargos por el homicidio de **XXXXX** y **XXXX**. No aceptó cargos por el homicidio del menor dado la prohibición que establece el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural por los delitos anotados”.

“El Juzgado (…) declaró la nulidad del allanamiento de cargos del imputado, al considerar que existe una evidente transgresión al principio de legalidad, puesto que se le prometió una rebaja de pena por tres de los cuatro delitos enrostrados, cuya oferta fue aceptada.

La Ley 1098 de 206 en su artículo 199 expresa que en los eventos de delitos de homicidio bajo la modalidad dolosa, cometida contra niños, niñas y adolescentes, no procederá la rebaja de pena con base en los preacuerdos y negociación entre Fiscalía y el imputado. Siendo así, en tal evento se distanciará al procesado de recibir rebaja de pena por los cuatro delitos cometidos en éste asunto.”

RECURSO DE APELACIÓN

“**Recurrente:** La fiscalía (…) interpuso recurso de apelación fundamentando que la Juez de Control de Garantías fue clara al indicarle al imputado que esa rebaja de pena no era aplicable por el homicidio del menor, pero si respecto del homicidio de XXXX y la tentativa de homicidio de XXXXX, por lo que considera que no debería



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

aplicarse la nulidad cuando no se ha violado ninguna garantía del imputado, pues se le informó los beneficios y limitaciones.

No Recurrente: La defensa (...) aclara que cuando el señor XXXX se allanó a los cargos, la Juez fue reiterativa en su postura respecto a que no procede rebaja de pena por el delito cometido contra el menor, pero por tal motivo hubo aceptación de cargos.”

(...)

La ley procesal penal ha previsto dos formas de terminación del proceso con pretensión punitiva: Uno **ordinario**, que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el segundo de índole **extraordinario o abreviado**, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, de las fases procesales, acogiendo cualquier de estas formas: allanamiento a cargos y preacuerdos.

De acuerdo a lo anterior –en el allanamiento a cargos– la Fiscalía realizara la imputación fáctica y jurídica, ofreciéndole al imputado la posibilidad de aceptación de cargos para obtener rebaja de sanción, que puede ser de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la pena imponible, en los casos donde no exista flagrancia o se trate de alguna de las conductas establecidas en la ley 1826 de 2017.”

(...)

a. Prohibición de rebaja de pena en negociación y preacuerdos.

(...)

“La Ley 1098 de 2006, limita a los ofensores de los menores de edad a acceder a los beneficios punitivos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, tal como lo expresa el art. 199: “**BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUVOS.** *Cuando se trate de los 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:*

(...)7. No procederán las rebaja de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la ley 906 de 2004 (...).”

(...)

“De igual manera, la ley y la jurisprudencia no prohíben al procesado obtener beneficios en preacuerdo y allanamiento en caso de homicidio de persona mayor de edad; e incluso pese a que el allanamiento tiene la finalidad de rebaja de pena, el procesado bien puede aceptar cargo pese a la prohibición de beneficios, siempre que esté informado de tal situación, como acontece en este asunto. Motivo para no compartir la conclusión de primera instancia.

Razones que conducen a revocar la decisión revisada en la presente impugnación, en el sentido que el imputado puede aceptar cargos por todas las conductas y merecer rebaja en aquellas que lo permitan, debiendo fijar la pena el juzgado de conocimiento conforme la aceptación de cargos y el artículo 31 y siguientes del C.P. dada la situación de concurso.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio No. 002 de febrero 20 de 2018 proferido por el Juzgado 23 penal del circuito de Conocimiento de Cali, objeto de apelación, conforme a lo motivado en precedencia.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso ordinario alguno.

Rad.193-2007-80242 (22 10 2018) Acta 141 M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

DOSIFICACION DE LA PENA. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Extracto:

De la dosificación de la pena:

Se verifica que el juez se ubicó en los linderos del primer cuarto, que oscilan entre 144 a 168 meses, e impuso como sanción principal 160 meses de prisión, ya que aunque la fiscalía no imputó circunstancias genéricas de agravación, *“el enjuiciado sin pudor alguno y sin importarle el daño que estaba causando a una niña indefensa, utilizó su fuerza de adulto para llevársela a su casa y accederla carnalmente”*.

El artículo 60 del C.P., establece en los fundamentos para la individualización de la pena, que el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El Juez sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En este caso, se observa que el sentenciador no se atemperó a lo dispuesto en el artículo 59 de la ley 599 de 2000, que frente a la motivación del proceso de individualización de la pena exige que ***“toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”***.

Esto, al no fundamentar expresamente la razón por la cual, estando sujeto a los linderos del primer cuarto, se apartaba en 16 meses del monto mínimo, en tanto el ejercicio en este punto exige una explicación o argumentación de la decisión, siendo insuficiente decir que sin ningún pudor y sin importar el daño que le causaba a una niña indefensa, el procesado utilizó su fuerza de adulto para llevarla a su casa y



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

accederla carnalmente. Porque se trata de un presupuesto de violencia que hace parte de la descripción típica de la conducta, y en ese orden, de no esforzarse en la consideración, como en efecto aconteció, se estaría juzgando dos veces el mismo comportamiento que *per se* contempla en su pena mínima una sanción drástica de privación de la libertad.

La Sala no desconoce la gravedad de los hechos ni las secuelas que posiblemente se acusen en la víctima, dada la minoría de edad y modo de la afrenta, lo que ciertamente podría permitir construir un argumento para aumentar la sanción dentro del rango legal y hacer más onerosa esa situación al procesado, no obstante, se requiere ahondar y justificar satisfactoria y suficientemente los presupuestos establecidos en el artículo 61 inciso 3 ídem, que se refieren entre otros, a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado y la intensidad del dolo, aspectos que en el asunto *sub examine* no fueron desarrollados, al menos con claridad que demanda la norma sustantiva.

En ese orden, como la sanción corporal no se ajusta a los principios Constitucionales de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena, tiene vocación de prosperidad el pedido subsidiario de la defensa, por lo que consecuentemente se retomará el ejercicio de dosificación imponiendo al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx la pena mínima de ciento **cuarenta y cuatro (144) meses de prisión** como autor del delito de **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años**; tiempo por el que también se impone la accesoria de Inhabilitación de derechos y funciones públicas. En lo demás se confirma la decisión impugnada.

Rad.193 2014 37560 (28-09-2018) Acta 130.M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

EXCLUSION DE MEDIO DE PRUEBA. Apelación solicitando la exclusión del medio de prueba por obtención con violación de garantías constitucionales.

Conducta punible: Hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Caso concreto:

Entra la sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión adoptada en la audiencia preparatoria, en la cual se decretaron como pruebas de la fiscalía un informe de investigación de campo y los testimonios de los investigadores de la policía judicial; porque justifica que los medios de prueba utilizados por la fiscalía requería de orden judicial previa a la diligencia, la cual no fue descubierta en ningún momento.

Extracto:

La juez ordenó la práctica de los mencionados medios de prueba porque, en síntesis, la fiscalía cumplió con la carga de acreditar la conducencia, pertinencia y utilidad de los testimonios y respecto del informe de reconocimiento fotográfico no contaba con ningún elemento de juicio concluyente para afirmar que los investigadores de la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

policía judicial realizaron las mencionadas actividades sin contar con una orden de la fiscalía, cosa que solo puede ser determinada en el desarrollo de la práctica probatoria.

Contra la decisión que ordena la práctica de pruebas, no procede el recurso de apelación, y es evidente que el defensor para evitar este “obstáculo” pide la exclusión de las pruebas decretadas a la fiscalía con argumentos de ilegalidad y no de ilicitud que permitan aplicar la figura de la exclusión de la prueba, razón por la cual la juez no podía conceder el aludido recurso vertical.

Se tiene que “la apelación se concederá (...) contra, (...) 4. El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (...)”.

Lo anterior demuestra que no cabe interpretación alguna o alcance distinto al que ella misma establece.

La única excepción que esto tiene es cuando las pruebas se obtienen con violación de las garantías fundamentales, tales como la confesión obtenida por medio de la tortura o la utilización del contenido de las comunicaciones entre el defensor y el procesado, por citar solo algunos ejemplos.

Siendo ello así, la sala evidencia que la juez acertó al decretar las multitudes pruebas solicitadas por la fiscalía, motivo por el que la decisión será confirmada.

Por las razones planteadas, LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI resuelve:

ÚNICO.- CONFIRMAR el interlocutorio en lo que fue materia de apelación.

Rad. 000-2017-00984 (13 06 2018) acta 159. M.P. Víctor Manuel Chaparro Borda

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR Prescripción.

Conducta punible: acceso carnal violento agravado con menor de 14 años.

Caso concreto:

Durante el año 2006, el señor XXXX en múltiples oportunidades penetró carnalmente con los dedos, la lengua y el pene a la niña XXXX -de 7 años de edad- para lo cual la amordazaba, ataba de pies y manos y la amenazaba de muerte si contaba lo sucedido; hechos que llevaba a cabo mientras su compañera permanente -tía de la niña- la dejaba bajo su cuidado. El último hecho de esta naturaleza lo realizó



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

en octubre de 2006; y el fallo fue proferido por el juez de conocimiento en el año 2017.

Extracto:

Por más de que el acusado era penalmente responsable, este fue absuelto en el fallo arriba mencionado, porque a juicio del juez responsable del caso, la fiscalía no demostró la responsabilidad porque tanto la entrevista de la víctima como los dictámenes sexológico y psiquiátrico practicados constituyen una mera prueba de referencia, y el artículo 381 del C.P.P prohíbe fundamentar la condena exclusivamente en esta clase de prueba.

La fiscalía apeló el fallo para que este tribunal revoque la absolución y declare penalmente responsable al acusado, ya que contrario a lo que adujo el juez, se satisfacen los requisitos que establece el artículo 381 de la L.906/04 para condenar.

La Sala aclara que por más de que no tiene otra opción que la de declarar la extinción de la acción penal, no puede pasar por alto los hechos que dieron lugar a dicha extinción de dicha acción, ya que no se puede generar impunidad a delitos tan graves como este.

La declaración de la niña fue clara, precisa y reiterativa sobre la naturaleza de los hechos que fue víctima; las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los ultrajes y la identidad de su agresor sexual; además la declaración fue allegada al juicio con el testimonio de XXXX, investigador especializado, quien realizó la entrevista a la niña y por ende se trata de una prueba de referencia.

El juez no puede afirmar que los anteriores dictámenes son pruebas de referencia, porque:

1. Desconoce que el objeto de la peritación no fue lo que la niña relató sino aquello que ellos percibieron.
2. Incurre en un error de hecho por falso juicio de existencia al desestimar los dictámenes, bajo la afirmación de que su testimonio solo alude a lo que la niña les contó sobre lo sucedido y por consiguiente no constituye prueba directa de cargo.
3. Desconoce que tratándose de delitos sexuales contra menores de edad, tanto la prueba técnica como la pericial tienen la connotación de prueba directa y como tal constituyen fundamento legítimo de la condena.

Sobre la extinción de la acción penal, es indiscutible que el delito aquí cometido, tiene una pena privativa de la libertad. Pero los hechos se dieron cuando aún no había entrado en vigencia la ley 1154 de 2007, la cual adicionó que en los delitos sexuales contra los niños, la acción prescribiría a los 20 años, contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En el presente caso, la imputación se llevó a cabo el 24 de abril de 2007, y el fallo se profirió el 26 de junio de 2017, es decir, 10 años 1 mes y 25 días, es decir, que para entonces se había superado el termino máximo en el que el Estado jurisdicción podía legítimamente ejercer la acción penal en contra del procesado.

Siendo así, LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI resuelve:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

PRIMERO.- **declarar** la extinción de la acción penal, por prescripción, en relación con los delitos materia de acusación. En consecuencia, cesar el procedimiento en contra de XXXX.

SEGUNDO.- el señor juez, en lo sucesivo, deberá tener en cuenta la observación contenida en la consideración.

TERCERO.- por el centro de servicios compúlsense las copias de que trata de declaración ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca y ante la Fiscalía General de la Nación.

Rad. 195-2007-80118 (30 10 2017) Acta 315 M.P. Víctor Manuel chaparro borda.

EXTORSIÓN AGRAVADA TENTADA.

Extracto:

En diciembre 3 de 2009, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx denunció que desde días pasados era víctima de llamadas extorsivas por parte de un sujeto que se identificaba como “xxxxxxxxxx”, que le exigía \$1.000.000⁰⁰ para no atentar contra su vida, puesto que lo habían contratado con esa finalidad por \$800.000⁰⁰.

Con el acompañamiento de la Policía Nacional –Gaula-, se concertó un encuentro para la entrega del dinero, ubicándose la víctima en la entrada principal del Club Campestre Comfandi Arroyohondo (Yumbo), lugar al que siendo las 17:19 horas, llegó un vehículo taxi con placa VCJ 133, en el que se movilizaban dos hombres, uno de ellos con la indumentaria que había informado por teléfono, quien desde el asiento del copiloto llamó con gestos al señor xxxxx, sin embargo como éste conservó su posición, terminó apeándose y teniendo un diálogo corto con él, por lo que al recibir el paquete que simulaba el dinero exigido, la autoridad procedió a su captura y del conductor que le esperaba con el automotor encendido, siendo identificados como xxxxx y xxxxx, respectivamente.

(...)

Narró el acusado en su defensa, que el día de los hechos lo abordaron dos sujetos, uno amigo suyo y el otro no tanto, pidiéndole el primero, conocido como “**James**” y apodado “*canastero*”, que le acompañara a Menga a cobrar un dinero que su *patrón* le debía, por lo que fueron en el taxi de su amigo **Yimy** para que éste se ganara el servicio. Que antes de llegar al lugar hicieron una parada en la que “*canastero*” hizo una llamada, y luego les pide que continúen sin él porque no quería más altercados con su empleador; por lo que al llegar al centro recreacional visualizó a una persona con un paquete, bajándose del carro para verificar que se trataba del jefe de “**James**”, notando que estaba nervioso y que con insistencia le pasaba lo que tenía en las manos, y pese a que no lo recibió porque cayó al piso, la autoridad lo aprehendió sin darle la oportunidad de verificar su coartada.

Hecho justificante que xxxxx no probó sumariamente en la ejecución de los hechos, porque las unidades del Gaula se desplazaron con él hasta el lugar que indicaba, sin observar a la persona que describía como el autor del suceso, e incluso en el juicio



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

oral, por cuanto hubiese podido convocar a testigos que refrendaran su dicho, advirtiéndose por el contrario que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, estando en goce de su derecho a la libertad, no se presentó como testigo, y que la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx solo da fe de su trato comercial con aquel, desconociendo los hechos materia de la acusación.

Esto confirma que el procesado no encontró a la supuesta persona que le había encomendado la misión de cobrar un dinero a su *patrón*, pese a los esfuerzos realizados en ese momento por la policía. Además, en el juicio ninguna versión se escuchó sobre el presunto sujeto que solo menciona como “*canastero*”. Explicación que se desdibuja cuando la víctima declara que el inculpado al momento de recibir el paquete que simulaba el dinero de la extorsión, le asegura: *que él no era quien le estaba haciendo el daño y que venía de parte de otra persona (sic)*, reconociendo en ese instante que estaba consciente que no se trataba de un cobro de una suma de dinero resultado de una relación laboral, sino de la ejecución de un daño, que demuestra se trataba de una acción ilícita contra el patrimonio económico objeto de este proceso.

No hay razón para darle credibilidad a la versión del enjuiciado, por huérfana de sustento, y que no logra demeritar ni restar fuerza probatoria a los elementos de conocimiento obtenidos por la fiscalía durante su trabajo investigativo, que finalmente se vieron reflejados en las pruebas de cargo practicadas de manera legítima que, aunque reducidas, resultan suficientes y se complementan para llegar al grado de certeza sobre la responsabilidad del procesado en el delito de Extorsión, como lo concluyera la sentencia examinada.

No siendo necesario, para la claridad alcanzada sobre el compromiso penal del acusado, la realización y/o incorporación de pruebas técnicas relacionadas con el cotejo de voz o el análisis link de los abonados celulares incautados, pues además que de vieja data la jurisprudencia anota que existe libertad probatoria para demostrar la identidad de los infractores, entonces, ante la convicción de la Fiscalía de encontrarse demostrada la materialidad y la autoría de la conducta indagada, la defensa estaba en la facultad de solicitar esas pruebas periciales de considerarlas de capital importancia para su teoría del caso orientada a acreditar la ausencia de responsabilidad, según da cuenta el registro, teniendo en ese orden la posibilidad de acudir al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses si no era posible con profesionales particulares, lo que no aconteció, reafirmando el ente acusador la autoría del acusado en la imputación fáctica y jurídica motivo de la acusación.

Rad. 195 2009 02357(30-10-2018) Acta 147.M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

FEMINICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA. Valoración Probatoria.

Extracto:

“Tuvieron ocurrencia siendo aproximadamente las nueve (9:00 p.m.) de la noche del 7 de febrero de 2016, en la Calle 93 con Carrera 28D5 del Barrio Mojica de la ciudad de Cali, cuando la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue atacada por su expareja sentimental y padre de su menor hija de 3 años de edad, señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien, ante la negativa de esta a retomar la relación que tenían, la atacó con arma corto contundente primero por la espalda y luego tras la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

víctima darse la vuelta la agredió en el rostro ocasionándole fractura completa de maxilar inferior.”

(...)

“Como la causa principal de la violencia en este contexto es la desigualdad de género, y que estas circunstancias influyen negativamente en el desarrollo global de un país, que los altos índices de violencia se han convertido en un problema de orden público, que esta violencia tiene un alto grado de invisibilización debido entre otras cosas al temor de las víctima a denunciar, la comunidad internacional ha aunado esfuerzos en aras de no solo reducir los altos índices de la violencia de genero sino erradicarla.

Así en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que constituye el instrumento internacional de DDHH fundamental para la defensa de los derechos de las mujeres, se establecieron los principios sobre la eliminación de la violencia en contra de la mujer y las obligaciones que los Estados a través de sus autoridades deben adelantar para suprimir la discriminación en todas sus formas y manifestaciones. Esta convención fue aprobada por Colombia mediante la Ley 051 de 1981, en consecuencia forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad.”

(...)

“De este modo, la Sala estima, que en el presente evento existe el señalamiento contundente en contra del acusado, por parte de la víctima, que no logra ser demeritado por los testigos llevados al juicio oral por parte de la defensa, siendo dable concluir que el procesado en conducta violenta agredió de manera desmedida a la madre de su menor hija, utilizando para ello arma corto contundente, con la clara intención de acabar con su vida, ya que le propino dos heridas, la primera en la espalda, lugar en el que como lo indicó el Médico JHON JAIRO MUESES SAMBONI, podría haber afectado órganos o arterias vitales, lo mismo puede predicarse de la lesión en el rostro, ya que se trata de zonas sensibles y frágiles y está demostrado por la gravedad de la lesión que sufrió la víctima que la herida ocasionada por el procesado fue propinada con bastante fuerza, encaminada indudablemente a afectar gravemente la integridad de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, tanto que le fracturó los huesos de la cara, siendo claro que tenía la firme intención de cegar la vida de la víctima, ya que ejecutó actos tendientes inequívocamente a lograrlo, no consiguiendo su propósito por causas ajenas a su voluntad, ya que las heridas efectivamente ocasionadas no tuvieron la entidad suficiente para terminar con la vida de su ex pareja.

De esta manera, para la Colegiatura es evidente que probatoriamente quedó establecido que la fiscalía cumplió con el propósito de demostrar con suficiencia que el procesado, actuó como autor de la conducta ilícita tipificada en el artículo 104 A del Código Penal denominada Femicidio en grado de tentativa , toda vez que: i) ejecutó conducta tendiente a cegar la vida de la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, no logrando su consumación ya que las heridas causadas no conllevaron la afectación de órganos vitales. ii) entre el procesado xxxxxxxxxxxxxxxx, y la señora xxxxxxxxxxxxxxxx, había existido relación íntima fruto de la cual fue procreada una hija en común iii) existen elementos que posibilitan afirmar que estamos frente a un caso de violencia de género en el que el hombre tiene erradas creencias de dominación y pertenencia hacia la mujer que conllevan a la convicción



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

que tiene el derecho de agredirla, situación que conforme al dicho de la víctima generó precisamente la ruptura de la relación afectiva que habían entre ellos. iv) la agresión física fue desplegada después de discusión sostenida entre la expareja. Y v) los hechos tuvieron lugar en presencia de la menor hija de la pareja, en consecuencia la decisión de primer grado debe ser confirmada.”

Rad.193 2016 05783 (17-08-2018) Acta 188 M.P. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear.

HOMICIDIO CULPOSO. Extinción de la acción penal por indemnización integral.

Extracto:

“El 11 de enero del año 2014 siendo aproximadamente las 5:00 de la tarde en la vía antigua que de Cali conduce a Yumbo a la altura de la Empresa Propal SE PRESENTÓ LA COLISIÓN ENTRE EL VEHÍCULO Chevrolet Sail de placas MTN-286 guiado por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y la motocicleta marca Bajaj Discovery de placas IUY-35C conducida por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; como resultado del choque resulta lesionado el último de los mencionados y fallece la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien viajaba como parrillera de ciclomotor causa de los fuertes golpes sufridos.”

Las citas anteriores resultan apropiadas, muy a propósito de lo acontecido en el caso sub judice, en donde como primer aspecto se ordenó citar a la defensa a la lectura de auto que resolvía la solicitud de la extinción de la acción penal; **disposición que fue variada por el Centro de Servicios Judiciales** al momento de efectuar la respectiva citación indicando que se citaba a audiencia de lectura de sentencia de segunda instancia – etapa que había ocurrido con anterioridad – y como segunda instancia – etapa que había ocurrido con anterioridad – y como segundo aspecto , no obstante haberse realizado la audiencia de lectura del auto interlocutorio que resolvía la petición, se hizo todo el trámite secretarial, facilitándole a la parte solicitante que interpusiera recurso de reposición contra dicha providencia, lo que en efecto se hizo.

Lo ocurrido es indiscutible, sin embargo, acudiendo al principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo material y en atención a que lo pretendido es lograr la extinción de la acción penal como consecuencia de la indemnización integral; tema que fue analizado por esta Sala en la providencia inmediatamente anterior en donde se dijo que se encontraban satisfechos todos los requisitos excepto el último de ellos relativo al documento expedido por la Fiscalía General de la Nación en donde conste que el sentenciado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no ha sido favorecido con dicha figura en proceso diferente durante los cinco años anteriores, procede esta Corporación a pronunciarse en definitiva sobre el pedido, al estar habilitados para hacerlo, toda vez que la carpeta se encuentra ante esta instancia judicial porque a la fecha no ha sido remitida a la H. Corte Suprema de Justicia para los fines de la casación y además porque **se trata de una causal objetiva de terminación de la acción penal.**

Entrando en materia se tiene que sobre la petición de extinción de la acción penal por indemnización integral, esta Sala en auto aprobado mediante acta 226 del 18 de julio de 2018 consideró viable para el trámite de los procesos regidos por la ley 906



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

de 2004, la aplicación de la figura de extinción de la acción penal por indemnización integral contemplada en la ley 600 de 2000, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.

Rad. 76892 60 00 190 2014 00059 Acta No. 277 (03-10-2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

LEGÍTIMA DEFENSA en exceso. Homicidio simple. Porte de armas de fuego.

Caso concreto.

El 6 de mayo de 2013, el señor XXXX disparó en 3 ocasiones en contra del señor XXXX, bajo la justificación de que el segundo iba a agredir al padre del primero con un machete.

De acuerdo a la declaración de un testigo presencial, en el momento en que la víctima se percató de que iba a ser impactado por un arma de fuego, trató de resguardarse detrás de una persona, y cuando el procesado realizó el primer disparo, la víctima se alejó del lugar, momento en el cual, el procesado le dispara otras dos veces por la espalda.

Extracto.

La fiscalía seccional de Cali, expresó su inconformidad con la decisión tomada en primera instancia, en varios aspectos:

1. La prueba presentada en el juicio oral NO demuestra que el condenado tuvo necesidad de disparar en contra de la víctima, ya que de acuerdo al testigo presencial, en ningún momento la vida de ninguno estuvo en peligro, porque estaban teniendo simplemente una discusión.
2. El Juez de primera instancia no valoró en conjunto la prueba de los testimonios que se obtuvieron, de los cuales uno estaba respaldado con las demás pruebas.
3. Todo lo anterior para predicar que no existió la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa.

Razones por las cuales se solicita revocar la decisión de primera instancia y como consecuencia, condenar al acusado como autor de los delitos de Homicidio Simple y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones.

La sala decide **confirmar** la sentencia de primera instancia, porque con el mencionado testigo la fiscalía únicamente probó que efectivamente hubo una discusión, pero omitió aspectos modales e los hechos, tales como la existencia de unos machetes y una agresión inicial que se llevó a cabo con una botella de cerveza. Hechos que fueron ampliamente detallados por el testigo de la defensa e inclusive por el mismo acusado.

Al final del relato del testigo de la defensa, demuestra claramente que la víctima fue quién inició una agresión ilegítima y eficaz en contra del padre del acusado; mientras lo que se nota al final del testimonio del testigo de la fiscalía es que prácticamente no estuvo al tanto del preciso momento en que el procesado accionó el arma y frente a las preguntas que le hizo el juez, no dio respuestas congruentes.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia Ordinaria No. 114 del 28 de noviembre de 2016, mediante la cual el **JUZGADO DIECISEIS PENAL** condenó a XXXXX como autor penalmente responsable del delito de **FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES**.

Segundo.- contra la presente decisión no procede recurso ordinario alguno.

Rad. 193-2013-13924 (31 07 2018) Acta 183. M.P. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRISIÓN DOMICILIARIA COMO MADRE CABEZA DE HOGAR. Prisión Domiciliaria artículo 38G Código Penal. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Extracto:

Decidir la apelación interpuesta por el Dr. xxxxxx en calidad de defensor de la señora xxxxx, contra la Sentencia No. 138 del 26 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Cali, que la condenó a la pena principal de 94.5 meses de prisión como autora del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego , accesorios , partes o municiones , negándole el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El día 27 de marzo de 2014, siendo aproximadamente las 14:50 horas, cuando unidades de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje por la carrera 15 con calle 18, barrio Sucre de esta ciudad, observaron una motocicleta RX115, de placas SIC – 29ª conducida por una joven afro – descendiente y como parrillera una mujer, los requieren para realizarles una requisa, encontrándole a la mujer un arma de fuego de tipo revolver , Llama Marital con 6 cartuchos, que llevaba en la pretina del pantalón lado derecho, razón por la que procedieron a su captura; el individuo que conducía la motocicleta era un menor de 13 años, quien fue dejado a disposición del ICBF.

Pericialmente se determinó como arma de fuego original apta para uso, cartuchos originales y en condiciones para ser disparados.

(...)

Corresponde determinar si la postura del defensor resulta acertada conforme al ordenamiento jurídico, para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria conforme art. 1 de la ley 750 del 2002, a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Cuando la infractora sea mujer o padre cabeza de hogar –ley 750 de 2002-, la pena privativa de la libertad se podrá cumplir en su lugar de residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez, cuando la víctima resida en el mismo lugar siempre que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita considerar que no colocará en peligro a la comunidad y personas a su cargo.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Además, que no se trate de autores o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

A su vez el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008, fija los parámetros a fin de establecer si se cumple o no la calidad de padre cabeza de familia.

(...)

En ese orden, se tiene que la peticionaria viene privada de la libertad desde el día 27 de marzo de 2014 –domiciliada- y fue condenada a 94 meses y medio, cumpliendo hasta ésta oportunidad más del 50% de la condena (50 meses aproximadamente), indicando las evidencias su arraigo familiar y social, que ha atendido la medida impuesta por cuanto no se conoce que hubiese incurrido en nuevas acciones ilícitas y que el INPEC no reporta ninguna irregularidad durante su reclusión; además que no existe víctima relacionada con la conducta punible motivo de condena y, ésta fue por una conducta distinta a los delitos de la lista del artículo en análisis, porque su responsabilidad fue declarada por Fabricación, responsabilidad fue declarada por Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones tipificado en el artículo 365 del C.P., más no por armas de uso restringido, o uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, que si hace parte de esta regla jurídica.

En consecuencia, la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx satisface plenamente las exigencias del artículo 38G para continuar en cumplimiento de la pena impuesta en su domicilio.

Es cierto que la norma en comentario, establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena, y se presenten satisfactoriamente las hipótesis que agrega esta disposición; constituyendo esta situación, una sustitución de prisión intramural por el domicilio del procesado, todo lo cual indica que de estar la condena en reclusión carcelaria, se haría merecedora de este beneficio.

En ese orden, como la privación de libertad en cárcel o residencia jurídicamente es la misma condición, lo más razonable es considerar que si la procesada se encuentra en su domicilio desde la fase preliminar, y si por motivos de la sentencia deba continuar cumpliendo la pena en una cárcel, pero durante este trámite se presenta positivamente algunas de las alternativas para merecer o sustituir la privación de libertad por domiciliaria, como lo dispuesto en el artículo 38G, por ejemplo, lo más lógico, razonable y legal es que la persona continúe en la condición de prisión domiciliaria y, no recluirla en una penitenciaría, para luego proceder a mutar el sitio de cumplimiento de la pena, precisamente por acatamiento de la misma norma.

Por estas razones, se considera procedente de manera oficiosa conceder la prisión domiciliaria a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, debiendo continuar en las condiciones que viene en su sitio de residencia cumpliendo la pena impuesta. Para acceder a ésta medida, deberá suscribir acta de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el artículo 38B, numeral 4 del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente al 25% de un salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), que se ajusta a su situación económica y a la conducta realizada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Rad.193 2014 11911 (24-07-2018) Acta 102. M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

PRUEBA TESTIMONIAL. Exclusión. Peculado por apropiación en concurso con falsedad ideológica en documento privado. Apelación.

Extracto:

El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx durante el periodo de octubre de 2009 a septiembre 7 de 2012, prestó sus servicios como contador público en la sociedad xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, administrada por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien fungía como depositario provisional y representante legal encargado por la Dirección Nacional de Estupefacientes mediante resolución 1286 de 07 octubre de 2009.

En esa labor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en compañía de otro contador y el revisor fiscal justificaron o soportaron la actividad contable y financiera presentando balances falsos de manera continua a la sociedad. Esto con el fin de participar en calidad de intervinientes en la apropiación de los recursos para provecho propio o de terceros, en la cual estaban incurso el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, su papá xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, su hermana xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, lográndose apropiar en dicho periodo \$1.452.112.609, y \$500.000.000, adicionales, provenientes de la administración de un parqueadero bajo la misma modalidad.

La solicitud de prueba en la audiencia preparatoria debe ceñirse a los parámetros de pertinencia, conducencia y utilidad, conforme a la acusación y teoría de la defensa. Pues se trata de un medio de postulación de parte, orientada a consolidar o desvirtuar el pliego de cargos. En consecuencia, si no se satisfacen esos presupuestos, el requerimiento de medios de conocimiento para el juicio carece de vocación de prosperidad.

Conforme al artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, el Juez tiene la obligación legal de ordenar y practicar las pruebas encaminadas a la reconstrucción histórica de los hechos, sin que tengan cabida las innecesarias, superfluas, ilegales, repetitivas o las que no estén inescindiblemente vinculadas al proceso, teniendo como norte los supuestos fácticos y jurídicos de la Acusación. Pues los cargos delimitan el objeto de la prueba; por tal razón, las consideraciones sobre pertinencia y utilidad de los medios de conocimiento a practicar en el juicio, deberán versar sobre tales presupuestos.

Entonces, tratándose de pruebas comunes, la parte interesada en cumplimiento de la –conducencia, pertinencia y utilidad–, deberá cumplir la carga argumentativa reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, decisión del 21 de mayo de 2014. Rad. 42.864, entre otras, en el sentido que en ejercicio de estos supuestos, le corresponde presentar sus propias razones, que por intereses opuestos, lógicamente resultan disimiles. Pero, sobre todo, señalar porque considera que el contrainterrogatorio no resulta suficiente para agotar el propósito que se persigue con determinado medio probatorio.

La defensa apoyada en la sentencia C-1194 de 2005, reitera que la investigación de la Fiscalía concluye con la presentación del escrito de acusación. Esto porque la anotada decisión de constitucionalidad expresa **“Formalmente, la presentación del**



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral". Conclusión que a su juicio resulta de suma importancia en este asunto. Porque una vez presentado el escrito de acusación no debe el ente investigador recopilar pruebas y menos adicionar el escrito de acusación con las evidencias obtenidas después de esa oportunidad.

En concreto, como la etapa de investigación finaliza con **la presentación del escrito de acusación**, a partir de ese momento, la Fiscalía no debe obtener más pruebas. Entonces, si en el tiempo transcurrido entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación recibe, práctica u obtiene una prueba, ésta, no la podría adicionar al escrito; porque se obtuvo cuando había fenecido la fase investigativa. Que es lo acontece con el testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Por ello, su pedido de exclusión del debate probatorio.

Pero si bien es cierto, que la sentencia C-1194 de 2005, señala expresamente la consideración de la defensa, es precisamente la Corte Constitucional, quien posteriormente indica que la etapa de investigación podría llegar hasta la audiencia de formulación de la acusación, en la sentencia C-390 de 2014, cuando anuncia: *"La Corte Constitucional, por su parte, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la formulación de la acusación es un acto complejo, que se conforma por dos oportunidades procesales: (i) por una parte, el escrito que presente la fiscalía ante el juez del conocimiento y (ii) por otra, la formulación oral de la acusación que se haga dentro de la Audiencia del mismo nombre"*.

Lo cual permite inferir que la Corte Constitucional ubica el escrito de acusación y la audiencia de acusación, como un solo acto, compuesto de dos momentos procesales, por ello, debe entenderse que la fase de investigación de la Fiscalía formalmente puede llegar hasta esa oportunidad y en consecuencia podría adicionar, corregir o aclarar el escrito de acusación con la actividad realizada hasta ese momento. Sin limitación en prueba, hechos, agravantes, delitos o situación fáctica para su congruencia con la imputación.

Ahora la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005, asegura que **Formalmente**, la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación, pero existen normas en el estatuto procesal penal que muestran que **materialmente** la actividad investigativa puede continuar. Como el artículo 344 del C.P.P., con la prueba sobreviniente. Asimismo, la prueba de refutación del art. 362. Pruebas que podrían obtenerse en actos de investigación para presentarlas al juez, después de la acusación.

Por estas razones, no encuentra la Sala procedente la exclusión del testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

- Pruebas sobre conversaciones en principio de oportunidad.

El art. 359 del C.P.P., establece que se inadmitirá las prueba que se inadmitirá las prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en manifestaciones en desarrollo del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Destacándose en este aspecto, que la inconformidad de la defensa radica en la escritura pública No. 431 de fecha 23 de julio de 2010 de la Notaria Sexta de Cali,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

acerca de la renuncia como depositario provisional del acusado, que será incorporada con el testigo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

No podría desconocer esta instancia la norma en comento, como pruebas que deben inadmitirse. Pero sin duda, para la inadmisión debe tenerse suficiente claridad de que la prueba corresponde a conversaciones en ejercicio de tales actos, lo cual no se presenta con claridad en este caso, toda vez que la Defensa se limitó a mencionar la presunta existencia de un principio de oportunidad, pero sobre el particular no exhibió constancia, diligencia, acta o cualquier otra evidencia que respaldara sus afirmaciones, ni confrontación con la Fiscalía sobre ese aspecto, no permitiendo a esta instancia conocer si efectivamente el procesado en ejercicio de dicho principio hizo mención de la anunciada escritura pública, y que a partir de esa manifestación la obtuvo la Fiscalía.

Encontrando que la primera instancia estimó pertinente ordenar esas pruebas y ejercer control judicial para evitar causar perjuicio al procesado durante su práctica. Disponiendo que, si durante el interrogatorio la defensa observa que se afectan los intereses de su representado por la situación aludida del principio de oportunidad, tiene la facultad de plantear las objeciones pertinentes para decidir sobre éste tópico.

Formula que se acoge por ser procedente, dado que las partes tienen la obligación de aportar evidencias o confrontar las que presente el adversario para que se defina si la prueba corresponde o no a conversaciones realizadas en cumplimiento de la figura menciona.

Debiendo existir un acto de lealtad de las partes para la decisión correspondiente. Por este motivo no se acoge en esta ocasión la solicitud de exclusión de prueba que formula la defensa.

En consecuencia, se confirmará la decisión examinada en cuanto al objeto del presente recurso.

Rad. 000 2017 00203 Acta No. 151 (06-11-2018) M.P. Carlos Antonio Barreto Pérez.

VALORACIÓN PROBATORIA lesiones personales culposas. Accidente de tránsito.

“(…) El señor XXXX conducía una motocicleta (…) la cual atropella a la señora XXX quien se encontraba sentada en el andén de la vía, resultando lesionada.

El accidente tuvo génesis cuando el conductor involucrado, (…) al tomar una curva, adelanta a un automotor por el carril izquierdo y en ese mismo sentido se hallaba la peatón sentada en el andén del separador vial, esperando que atendieran el procedimiento de tránsito donde su esposos estaba involucrado.

Una vez valorada la víctima en varias ocasiones por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE LA SECCIONAL VALLE DEL CAUCA, mediante los respectivos dictámenes medico legales, se le concedió una incapacidad definitiva de 150 días y secuelas consistentes en:

- Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

- Perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter permanente.
- Perturbación funcional del órgano de la locomoción también de carácter permanente.”

“(…) La Fiscalía formula imputación en contra de XXXX como presunto autor del delito de lesiones personales culposas (artículos 111, 112 inciso 3º, 113 inciso 2º, 117 y 120 del C.P), quien no aceptó los cargos (…)”.

(…)

“(…) En sentencia No. 60 del 2 de agosto de 2018, decidió condenar al señor XXX como penalmente responsable del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, al considerar que las pruebas allegadas al juicio, entre ellas el testimonio del agente de tránsito XXXX a cargo de la verificación de los acontecimientos y testigo presencial de los hechos, así como de la prueba documental aportada con aquel como testigo de acreditación, dan al traste con la inocencia del procesado ya que dejan entrever que la causa de la colisión en la humanidad de la señora XXXX se debió a un exceso de confianza, negligencia e imprudencia por parte del procesado que superó los límites del riesgo permitido y que se revela de los siguientes tópicos:

- No haber observado el límite máximo de velocidad según la normatividad, que no es otro que 30 Kilómetros dada la poca visibilidad por las condiciones topográficas del sitio, lo cual se pudo establecer por la huella de tránsito de aproximadamente 26 metros que separaban el punto de impacto con la posición final de la moto, así como del testimonio del propio encartado quien admitió en juicio que “*no iba tan despacio*” y que por tratarse de una pendiente era difícil frenar, siendo demasiado tarde cuando se percató de la presencia de la víctima.
- Porque el procesado quien conducía por el carril izquierdo de la vía, no podía ejecutar la maniobra de adelantamiento por el lado izquierdo del vehículo que pretendía rebasar, sino por el derecho, es decir, ocupando el carril contrario.
- Y por la conjunción de múltiples factores de riesgo como que el encartado descendía por una pendiente con curva que le restaba visibilidad; la presencia de un gran tráfico vehicular derivado de las labores de tránsito en que las que se atendía un accidente acaecido con anterioridad y el inadecuado uso del carril al efectuar un adelantamiento de otro carro a elevada velocidad.

No siendo posible considerar la concurrencia de culpas o culpa exclusiva de la víctima en el presente caso, dado que no fue por el actuar de ésta última que se desencadenó el resultado lesivo.”

(…) “la defensa solicita su revocatoria y que se absuelva a su defendido, alegando que debe tenerse en cuenta que el lugar de los hechos para el momento del accidente no era normal, pues momentos antes acababa de ocurrir otro en que se encontraba involucrado el esposo de la víctima; la vía se encontraba congestionada y no existían las garantías necesarias para un flujo normal de vehículos; el guarda de tránsito fue imprudente al ordenar el reinicio de actividades, tanto así que cuando se produjo el siniestro habían transcurrido apenas dos minutos y teniendo en cuenta que en tan corto tiempo era imposible evacuar en esa vía de flujo vehicular, emerge duda en si



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

R E L A T O R I A

BOLETIN 10 2018

el agente de tránsito pudo observar con claridad al procesado descender a más de 30 kilómetros por hora.

(...)

Agrega que su defendido adelantó un vehículo tipo grúa que se hallaba estacionado en la vía, con tan mala suerte que se encontró con la víctima quien imprudentemente no había accedido a pararse de aquel lugar y se encontraba sentada en sitio prohibido, exponiéndose a la ocurrencia del infortunio.”

(...)

“Naturalmente, no bastaría acreditar tan solo la presencia de alguna de las circunstancias generadoras de culpa (impericia, negligencia, imprudencia o violación de normas); siempre habrá que demostrarse la existencia de un estrecho vínculo entre aquella y la consecuencia lesiva; de otra manera no es posible construir y predicar un principio de responsabilidad. Luego es menester, inicialmente, probar la relación causal entre la infracción al deber objetivo de cuidado y la consecuencia lesiva, sin perjuicio, claro está, de las valoraciones jurídicas a que haya lugar.

El principio de la culpa radica en lo que dogmática penal ha denominado la falta al deber objetivo de cuidado. Incurre en descuido el autor que en el momento de ejecutar una conducta riesgosa –peligrosa– no actúa como lo haría una persona razonable y prudente puesta en su lugar, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá ese deber.

Al respecto la doctrina ha referido:

“lo fundamental y básico en el delito culposo es una consideración global objetiva-normativa, ya que el elemento esencial típico que lo define es la falta del cuidado requerido en el ámbito de relación. Luego, no hay una culpa natural u ontológica, sino que siempre surge de un sistema de relaciones que exige un determinado cuidado.”

“la falta de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo, porque surge desde el ordenamiento jurídico en su conjunto y su regulación de la vida social, y es normativo o valorativo, porque se deriva de la valoración que le merece una determinada acción dentro de un ámbito situacional determinado. El problema de la atribución consiste, fundamentalmente, en atribuir normativamente, conforme al cuidado exigido, una determinada situación dentro del ámbito situacional descrito por el tipo legal.”

(...)

“El apelante considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada ya que si bien es cierto las lesiones que sufrió XXXX fueron producidas por XXX cuando conducía su motocicleta, éste no fue el responsable del accidente, presentándose una *“cooperación culposa independiente de la víctima”* por encontrarse sentada en el separador que divide la dos vías de la avenida circunvalar de esta ciudad. Es decir que por haberse ubicado en aquel lugar, generó su propio riesgo, influyendo también en el siniestro, el estado de la vía y el actuar de los responsables del tránsito al haber



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

permitido la circulación de vehículos, minutos después de haberse producido otro accidente. Pretende así que el resultado lesivo no resulte imputable a su defendido.”

(...)

“De acuerdo a las pruebas practicadas en el juicio oral, se tiene que el accidente se produjo en una vía de gran movimiento (avenida de los cerros de esta ciudad) que se compone de dos carriles en el mismo sentido, con separador que divide la otra vía en sentido contrario, también de dos carriles; separados en el que la víctima se sentó, lo cual significó un riesgo de su parte. Sin embargo tal actitud no fue la causa determinante del resultado final, sino la violación al deber objetivo de cuidado por parte del procesado.”

(...)

“(...) La Sala admite que al sentarse la mencionada señora en tal sitio se puso en riesgo, pero probablemente nada le habría ocurrido si el procesado decide transitar con prudencia, esperando que el tráfico se evacuara con normalidad; e pero, él decidió invadir el espacio entre el separador y el lado izquierdo del carril, aun conociendo que por ese sitio está prohibido transitar y menos realizar maniobras de adelantamiento, pues se recuerda que los vehículos deben movilizarse por las líneas demarcadas de los carriles y no por fuera de ellas.”

(...)

“Se concluye que incurrió el procesado en infracción al deber objetivo de cuidado, lo que generó como resultado las graves lesiones sufridas por la señora XXXX y dicho resultado constituyó la realización del riesgo creado por parte del XXXX, conjugándose en su contra los presupuestos para considerar que actuó con culpa y por tanto su responsabilidad se acredita más allá de toda duda razonable.

El principio de confianza tiene relación con el riesgo permitido y aun el imprudente espero que los demás asuman acciones conforme a las leyes y reglamentos. Por esto, a pesar de que la víctima fue imprudente al sentarse en el separador de las dos vías, esperaba que los vehículos que por ahí transitaban lo hicieran correctamente. Y como se dijo, su actuar no fue el determinante en el resultado final producido (...).”

(...)

Por lo anterior, no le asiste razón al apelante y la sentencia será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, en Sala Tercera de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia No. 60 del 2 de agosto de 2018, a través de la cual el JUZGADO DIECINUEVE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI – VALLE condenó a XXXX a la pena principal de NUEVE (09) MESES DIECIOCHO (18) DIAS DE PRISION Y MULTA DE SEIS PUNTO NUEVE (6.9) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, como penalmente responsable del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, de las que fuera víctima XXXXX en lo que fue objeto del recurso.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

Segundo.- La presente decisión se notifica a las partes e intervinientes en estrados y contra ella procede la CASACIÓN ante el H. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero.- A través de la Secretaria de la Sala dese cumplimiento al artículo 146 del C.P.P.

Radicación No. 196-2012-01008 (08 11 2018) M.P. Mónica Calderón Cruz

Sustitución de medida de aseguramiento. Concusión.

“(…) El JUZGADO VEINTIDÓS PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI – VALLE condenó a XXXXX como autor penalmente responsable del delito de CONCUSIÓN a la pena principal de CIENTO SEIS (106) MESES DE PRISION Y MULTA DE SETENTA Y SIETE (77) S.M.L.M.V y a una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de ochenta y ocho (88) meses. Le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, ordenándose su captura inmediata y posterior traslado al establecimiento de reclusión Cantón Militar de Nápoles, Tercera Brigada de esta ciudad, la cual se hizo efectiva ese mismo día.”

(…)

“Para el caso subjudice refiere que el 31 de enero de 2017 se profirió fallo condenatorio en contra del acusado, en el que se le negó todo tipo de subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, al resultar improcedentes a la luz de las normas vigentes, lo que significa que su detención se derivó por no hacerse acreedor a tales mecanismos y no en virtud del cumplimiento de una medida de aseguramiento, como erróneamente lo entendió la defensa.”

(…)

“Muestra inconformidad la defensa con la decisión del JUZGADO VEINTIDÓS PENAL DEL CIRCUITO de esta ciudad, que niega la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento carcelario por una no privativa, de las previstas en el literal B del artículo 307 de la ley 906 de 2004 a XXXX, al considerar que el término fijado en la ley 1786 de 2016 ha transcurrido ampliamente, por cuanto la captura de su defendido se produjo el 31 de enero de 2017, fecha en la que se dictó sentencia condenatoria de primera instancia por CONCUSIÓN, (...) agregó que al haberse adoptado por parte del Despacho la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 49734 de 2017, se violaban los derechos fundamentales de su prohijado en la medida en que la posición adoptada en este proveído es inconvencional, inconstitucional y equivocada porque va en contravía de lo establecido en el *Tratado de las buenas prácticas de los privados de la libertad en las Américas* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en lo atinente a que cada etapa procesal debe tener unos términos que se deben respetar.

Interpreta la sentencia C 221 de 2017 proferida por la Corte Constitucional, como fundamento de lo anterior para afirmar que allí se fija el término de un (01) año para



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

tramitar todo el proceso, incluyendo hasta la emisión de la sentencia de segunda instancia.”

(...)

(...) “resulta pertinente traerá colación, lo expuesto en providencia AHP297-2018 del 26 de enero de 2018, donde se resolvió un recurso de apelación contra la negativa de conceder habeas corpus por prolongación de la medida de aseguramiento:

“En el asunto que concita la atención de la Sala se advierte que la solicitud de habeas corpus se encuentra soportada en la Ley 1760 de 2015, modificada por la ley 1786 de 2016, las que para hacer efectivo el principio de término razonable, fijaron ciertas pautas para la duración de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, indicando que no podían exceder de un año, al tiempo que estableció términos para que se configuren las causales de libertad, entre ellas, la indicada en el numeral 6 del artículo 317 de la ley 906 de 2004, según la cual, si transcurridos 150 días sin que se celebre la audiencia de lectura de fallo o su equivalente, procede la liberación del acusado.”

Este precepto fue interpretado por la Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2017, en el sentido de que el mencionado plazo comprendía la sentencia de segunda instancia, así:

La Sala concluye que los derechos a la libertad, a la igualdad y aun debido proceso sin dilaciones del procesado en segunda instancia, contrario a lo que consideran los demandantes, se encuentran debidamente protegidos por el artículo 1 de la Ley 1768 de 2016. Este artículo contiene la regulación que los actores echan de menos, en la medida en que el plazo máximo de un (1) año de detención cautelar ha sido estimado, precisamente, tomando como referente el término máximo para la emisión del fallo de segundo grado.

Sin embargo, este criterio fue rebatido por la Corte Suprema de Justicia en AP4711-2017 del 24 de julio de 2017, rad. 49734 y que reiteró en CSJ STP16906-2017 del 18 de octubre siguiente, rad. 94564, al concluir que dicho plazo solo abarca el fallo de primer grado.”

(...)

“(...) la causal liberatoria que tiene lugar al superarse el plazo para que se emita sentencia luego de culminado el juicio, no concurre en el presente caso, **habida cuenta que en contra del accionante ya se emitió fallo condenatorio, motivo por el que para este momento no se encuentra bajo una medida preventiva, sino descontando la pena que le impuso el juez de primer grado.**

En tal medida no se advierte la prolongación indebida a su libertad de locomoción, pues la restricción a este derecho se encuentra respaldada en una sentencia de condena.”

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 10 2018

“En cuanto al planteamiento que hace la defensa sobre el Tratado de las buenas prácticas de los privados de la libertad, se tiene que el principio III trata en lo atinente a la libertad personal lo siguiente:

“libertad personal

1. Principio básico

Toda persona tendrá derecho a la libertad personal y a ser protegida contra todo tipo de privación de la libertad ilegal o arbitraria. La Ley prohibirá, en toda circunstancia, la incomunicación coactiva de personas privadas de la libertad y la privación de libertad secreta, por constituir formas de tratamiento cruel e inhumano. Las personas privadas de la libertad solo serán reclusas en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos.

Por regla general, la privación de libertad de una persona, deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario.

La privación de libertad de niños, niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales.”

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI EN SALA TERCERA DE DECISION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero,- CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 151 del diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018), a través del cual el JUZGADO VEINTIDÓS PENAL DEL CIRCUITO DE CALI – VALLE, negó la solicitud de sustitución de medida de aseguramiento a XXXXX.

Segundo.- la presente decisión se notifica a las partes e intervinientes en estrados y contra ella no procede recurso.

Radicación No. 76001-60-08-778-2012-00003 (30 10 2018) M.P. Mónica Calderón Cruz.

TUTELAS