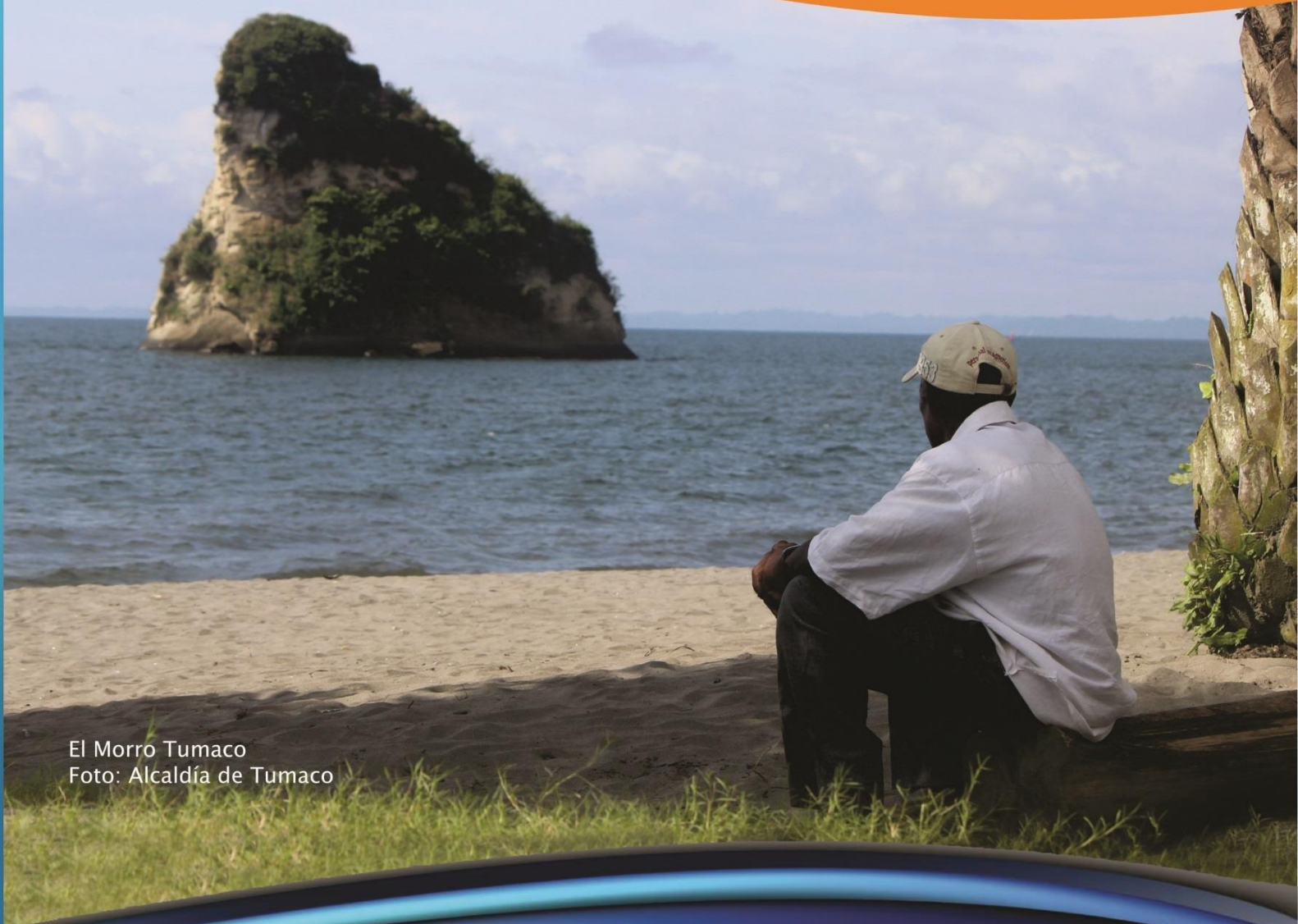


El foro Nariñés

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO



El Morro Tumaco
Foto: Alcaldía de Tumaco

2017

República de Colombia
Departamento de Nariño
San Juan de Pasto

El Foro Nariñés

**ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**

*Número 249
San Juan de Pasto
2017*

PRESIDENTE:	SILVIO CASTRILLÓN PAZ
RELATORA:	CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
DISEÑO E IMPRESIÓN:	EMPRESA EDITORA DE NARIÑO- EDINAR
DISEÑO PORTADA:	JUAN CARLOS REYES GUERRERO

REGIÓN PACÍFICA DE NARIÑO.

Esta privilegiada región natural se extiende por toda la zona costera del Departamento de Nariño, rodeada por el imponente Océano Pacífico, del cual deriva su nombre. Presenta una gran biodiversidad, de enorme riqueza natural de fauna y flora; la mayor parte de su territorio se encuentra cubierto por selvas, bosques, ríos y manglares, que conviven con sectores de montañas y lagunas de exuberante belleza, lo cual ha conllevado a que muchas áreas sean protegidas, con el fin de preservar la diversidad, desarrollándose una importante actividad ecoturística. Así mismo se destacan sus riquezas auríferas.

La región pacífica nariñense la conforman los municipios de Tumaco, segundo puerto marítimo de la zona, Barbacoas, El Charco, La Tola, Roberto Payán, Maguí Payán, Olaya Herrera, Santa Bárbara-Iscuandé, Francisco Pizarro y Mosquera. Habitada en su mayoría por afrocolombianos, descendientes de africanos, mulatos y comunidades indígenas, entre las que se destacan los “awá” en el piedemonte costero y los “eperara siapidara” en la costa, siendo minoría la raza blanca y mestiza.

Los habitantes del litoral pacífico, a pesar de haber desarrollado una identidad cultural propia, han conservado sus raíces, provenientes de los esclavos africanos, cuya mano de obra fue utilizada en la minería, principalmente del oro, conformando algunos asentamientos especialmente con los cimarrones y luego comunidades más grandes a raíz de la abolición de la esclavitud. Las raíces africanas se aprecian en sus expresiones artísticas y culturales, como la música y la danza, en las cuales se entrelazan su espíritu alegre junto con un aire de tristeza, fruto de la añoranza y melancolía de una raza esclavizada que sueña con la libertad. Así mismo, desde la colonia, se han ido entretejiendo en el tiempo los ritmos africanos, aborígenes y españoles, dando lugar a un estilo único y particular.

No obstante, el olvido y abandono histórico, por el cual ha atravesado la región, lo cual se traduce en altos índices de pobreza, agudizado con la violencia por el conflicto armado y diversos factores, la población de la región pacífica no se rinde, es un pueblo guerrero y luchador, aferrado a sus costumbres, tradiciones y creencias, consciente de la importancia de preservar sus grupos étnicos, pero que a la vez busca mejores oportunidades de vida, desarrollo socioeconómico y político; gente que mira hacia el futuro, esperanzada con la consecución de una paz real y duradera.

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
Periodo Febrero de 2016 a Enero de 2017

DIGNATARIOS

SALA DE GOBIERNO

DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
PRESIDENTE

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
VICEPRESIDENTE

DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
PRESIDENTA SALA CIVIL – FAMILIA

DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
PRESIDENTA SALA LABORAL

DR. JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
PRESIDENTE SALA PENAL

SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DRA. MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

SALA LABORAL

DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

SALA PENAL

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
DR. JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA

DRA. CLARA FRANCIS CÁRDENAS JIMÉNEZ
SECRETARIA GENERAL

DR. NESTOR GABRIEL CABRERA
SECRETARIO SALA CIVIL-FAMILIA

DR. JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
SECRETARIO SALA LABORAL (E)

DR. JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
SECRETARIO SALA PENAL (E)

DRA. CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
RELATORA

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2017



Sentados de izquierda a derecha, Sala de Gobierno, doctores: José Aníbal Mejía Camacho (Presidente Sala Penal), Aida Mónica Rosero García (Presidenta Sala Civil-Familia), Silvio Castrillón Paz (Presidente Tribunal Superior), Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Sala Laboral), Juan Carlos Muñoz (Vicepresidente Tribunal Superior).
De pie, de izquierda a derecha, doctores: Carmen Alicia Solarte Benítez (Relatora), Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, María Marcela Pérez Trujillo, Marcela Adriana Castillo Silva, Blanca Lidia Arellano Moreno, Franco Solarte Portilla, Clara Inés López Dávila, Clara Francis Cárdenas Jiménez (Secretaria General).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2017



De izquierda a Derecha Señores Magistrados: Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, Juan Carlos Muñoz, María Marcela Pérez Trujillo, Aida Mónica Rosero García, Claudia Cecilia Toro Ramírez, Clara Inés López Dávila, Franco Solarte Portilla, Blanca Lidia Arellano Moreno, Marcela Adriana Castillo Silva, Silvio Castrillón Paz, José Aníbal Mejía Camacho, Empleados y Judicantes.

PRESENTACIÓN

Es motivo de gran complacencia presentar a la comunidad judicial la edición número 249 de la revista *"EL FORO NARIÑÉS"*, órgano de difusión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, que corresponde a la producción intelectual de los Magistrados que prestaron sus servicios a esta corporación durante el año 2017.

Diversas decisiones sobre temas de actualidad se presentan a consideración por los integrantes de las diversas salas de decisión especializadas, las que han de servir de guía para los operadores jurídicos y de pieza de consulta para litigantes y estudiantes que posen sobre ella su atención.

Aspectos civiles y comerciales respecto de diferencias contractuales, un estudio sobre los elementos de responsabilidad derivados de la actividad médica, reglas relativas a la impugnación de paternidad, entre otros, son expuestos en decisiones de la Sala Civil – Familia de la Corporación. Aspectos pensionales, reglas para la interpretación de las relaciones laborales y el abrasador tema del traslado de regímenes pensionales, son abordados por la Sala Laboral. Por su parte, la Sala Penal alienta el debate sobre los límites de la facultad de los jueces para ejercer control respecto los preacuerdos y negociaciones surtidas entre la Fiscalía y la Defensa; igualmente se presenta una decisión que analiza los delitos sexuales ocurridos en contexto religioso; se examinan los estándares jurídicos de protección de los derechos de las mujeres contra toda forma de violencia física y moral; y, finalmente, se seleccionaron decisiones vinculadas con el tema de subrogados y sustitutos punitivos.

Confiamos en que estas visiones del derecho, plasmadas en decisiones judiciales, alimenten el debate jurídico regional y se constituyan en herramientas jurídicas valiosas en el trasegar cotidiano del sistema de justicia.

Finalmente, una expresión de inmensa gratitud a la Gobernación del Departamento de Nariño por su siempre decidida colaboración para la publicación de la revista judicial *"EL FORO NARIÑÉS"*, al igual que a las entidades y particulares que se vincularon con éste proyecto.

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Presidente Tribunal Superior de Pasto

**JUEZAS Y JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
A 30 DE ENERO DE 2018**

CIRCUITO: PASTO





MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA
SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTY
NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL
CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER
NUBIA ESMERALDA JARAMILLO VALLEJO
GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ
MARIA VICTORIA BENAVIDES JURADO
ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA
RICHARD GONZALO FLÓREZ CARVAJAL
ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO
EDGAR GERARDO ROMO LUCERO
ANA CRISTINA CIFUENTES CÓRDOBA
MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO
RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN CORAL
JORGE ARMANDO BENAVIDES MELO
ROSSVAL JOHAN BLANCO CASTELBLANCO
JULIO JOSÉ OSORIO GARRIDO
LUÍS ANDRÉS ZAMBRANO CRUZ
MERCEDES VICTORIA ORTÍZ NARVÁEZ
MARÍA GENITH ALVAREZ PONCE
JORGE EFRAIN NAVIA LÓPEZ
RITA JIMENA PAZOS BARRERA
MIGUEL ANTONIO GOYES ANDRADE
GERMÁN EDUARDO PÉREZ SEPULVEDA
HABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA
MARIO RICARDO PAZ VILLOTA
LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO
NOHORA UNIGARRO FIGUEROA
MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ
MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN
MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
CRISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTÍZ
ANGIE MARIHELEN CÓRDOBA REGALADO
JHON JAIRO RODRÍGUEZ SALAZAR
JHON ALEXANDER HURTADO PAREDES
SAULO ENRIQUE SOTO FRAGA
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO
EVA SOFIA SALCEDO GALVIS
HILDA RESTREPO SANCHEZ
ROSALBA PASCUAZA RODRÍGUEZ
ALVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN
MAGDA LORENA BELALCAZAR REVELO
MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ
MARTHA YANET VALENCIA SALAS
OSCAR GABRIEL QUIJANO MELO
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA
PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
MARCELA DEL PILAR DELGADO
CAROLINA LUNA DE LA ESPRIELLA
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
MARTHA LUCÍA JURADO SANTACRUZ
EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA
ASTRID ELIANA IMUÉS MAZO
JOSÉ ALFREDO VALLEJO GOYES
GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA
MARIO FERNANDO BARRERA FAJARDO
MARÍA CRISTINA ROSAS VALENCIA
JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO
DANNY ALFONSO RIASCOS BASANTE
GUSTAVO ANDRÉS VALENCIA BONILLA
YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO
LUPE MARLY LEGARDA ROMÁN
MARCELA GÓMEZ MUÑOZ
ANGELY AMPARO MAYA JURADO
MARTHA ANDREA CALVACHE RUALES

Juzgado Primero Penal Especializado
Juzgado Segundo Penal Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Tercero Penal del Circuito
Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Juzgado Quinto Penal del Circuito
Juzgado 1° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado 2° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado 3° Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Tercero Civil del Circuito
Juzgado Cuarto Civil del Circuito
Juzgado 1° Civil del Circuito Restitución de Tierras
Juzgado 2° Civil del Circuito Restitución de Tierras
Juzgado 3° Civil del Circuito Restitución de Tierras
Juzgado Primero de Familia del Circuito
Juzgado Segundo de Familia del Circuito
Juzgado Tercero de Familia del Circuito
Juzgado Cuarto de Familia del Circuito
Juzgado Quinto de Familia del Circuito
Juzgado Sexto de Familia del Circuito
Juzgado Primero Laboral del Circuito
Juzgado Segundo Laboral del Circuito
Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Cuarto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Quinto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 3° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 1o Penal Mupal Control Garantías Ambulante
Juzgado 2° Penal Mupal Control Garantías Ambulante
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Tercero Civil Municipal
Juzgado Cuarto Civil Municipal
Juzgado Quinto Civil Municipal
Juzgado Sexto Civil Municipal
Juzgado 1° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado 2° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Laboral Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco
Juzgado Promiscuo Municipal Consacá
Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo
Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez
Juzgado Promiscuo Municipal La Florida
Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná
Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol
Juzgado Promiscuo Municipal Tangua
Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer
Juzgado Promiscuo Municipal Taminango
Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario
Juzgado Promiscuo Municipal Leiva
Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa
Juzgado Promiscuo Municipal Chachagüí
Juzgado Promiscuo Municipal Nariño
Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

CIRCUITO: IPIALES



GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO
MAGDA XIMENA VITERY NOGUERA
SERGIO RICARDO GUERRERO MARTINEZ
EDMUNDO VICENTE CAICEDO VELASCO
CARMEN ALICIA SALAZAR MONTENEGRO
BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO
CLAUDIA PATRICIA PADILLA ROSERO
LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO
CAMPO ELÍAS CÓRDOBA ARIAS
HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES
ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ
AMILCAR HERNÁN RODRÍGUEZ REINA
LEANDRO JAVIER MEJÍA ORDÓÑEZ
ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ
MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN
RICARDO GERMAN CHAVES BUSTOS
CARMEN XIMENA ARTEAGA GAVILANES
MARÍA ELENA DELGADO ORDÓÑEZ
RAMÓN ANDRÉS PALACIOS LÓPEZ
CARLOS ALBERTO REVELO RISUEÑO
NEFER LESLY RUALES MORA
CLAUDIA ROCIO IVONNE PARDO VALENCIA
CARLOS OSWALDO GONZÁLEZ INSUASTY
NIXON DARIO MORALES VILLAMARÍN

Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Primero Promiscuo de Familia
Juzgado Segundo Promiscuo de Familia
Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal
Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero
Juzgado Promiscuo Municipal Potosí
Juzgado Promiscuo Municipal Aldana
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbal
Juzgado Promiscuo Municipal Funes
Juzgado Promiscuo Municipal Carlosama
Juzgado Promiscuo Municipal Pupiales
Juzgado Promiscuo Municipal Córdoba
Juzgado Promiscuo Municipal Puerres
Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán
Juzgado Promiscuo Municipal Iles

CIRCUITO: TUMACO



OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ
JORGE ROBERTO ALVARADO VILLARREAL
EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA
MARTHA LUCÍA CERÓN FERNÁNDEZ
OSCAR DUVAN BOLAÑOS VILLOTA
PABLO JOSÉ GÓMEZ RIVERA
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ
MARIBEL SILVA BRAVO
LORENA DEL CARMEN PÉREZ ROSERO
JESÚS ARMANDO PORTILLA PORTILLA
JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS
LIDIA MERCEDES PATIÑO YEPES
DAYRA JENNI AGUILAR LÓPEZ
CAROLINA SANZ ZAMUDIO
DEISY DAYENI GUANCHA AZA
MAURICIO BENAVIDES ZAMBRANO
EDWIN LEONARDO MORÁN
MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MEJÍA
OSCAR JAVIER MORA MORENO
ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS

Juzgado Penal Circuito Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Civil Especializado Restitución Tierras
Juzgado Promiscuo Municipal El Charco
Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro
Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera
Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera
Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

CIRCUITO: TÚQUERRES



JOSÉ ELIAS PIARQUIZAN TOBAR
ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ
CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
AURA LUZ RUBIO NARVAÉZ
ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE
SANDRA MILENA MOLINA REALPE
JAIRY ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ
MARÍA ALEXANDRA RUÍZ CABRERA
ESPERANZA DEL ROSARIO CÓRDOBA
NIDIA MARLENY ROSERO MELO
JULIÁN ANDRÉS VELASCO ALBÁN
LISSETH VANESSA LONDOÑO BADILLO
FRANCISCO JAVIER JIMENEZ SANTIUSTI
DEISY JOHANA BURBANO PANTOJA
FERNANDO ANDRÉS ORTEGA MONCAYO

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Mallama
Juzgado Promiscuo Municipal Guaitarilla
Juzgado Promiscuo Municipal Imués
Juzgado Promiscuo Municipal Ospina
Juzgado Promiscuo Municipal Sapuyes
Juzgado Promiscuo Municipal Santacruz- Guachavés
Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte
Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO: LA UNIÓN



AIDA CRISTINA ARTEAGA RAMOS
ORLANDO SILVIO JAMAUCA RAMOS
MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA
SONIA DEL ROSARIO CHAMORRO HUERTAS
WILLIAM ELIGIO MEJÍA
GERMÁN GUSTAVO BASTIDAS ACOSTA
ANDREA MELISSA ANDRADE RUIZ
CAMILO ACOSTA ARTEAGA

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo
Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos
Juzgado Promiscuo Municipal San Pedro de Cartago

CIRCUITO: LA CRUZ



MARIO ERNESTO LÓPEZ GARCÉS
SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS
AIDÉ VANEGAS TORRES
JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS
SOLEDAD DEL SOCORRO SOLARTE SOLARTE
OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI
OSCAR HERNANDO GÓMEZ LUNA
SANDRA JOSEFINA MEDINA SOTO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Pablo
Juzgado Promiscuo Municipal Belén
Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán
Juzgado Promiscuo Municipal Colón Génova
Juzgado Promiscuo Municipal San Bernardo

CIRCUITO: SAMANIEGO



JOSE VICENTE BENAVIDES RAZZA
RUTH ESMERALDA MARTÍNEZ GUERRERO
RODRIGO FIGUEROA RAMÓN
ERIKA GREISY TORO BOLAÑOS
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RÍOS
PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Linares
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara
Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor
Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada

CIRCUITO: BARBACOAS



MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ
PILAR PATRICIA TOBAR HEREDIA
RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI
WILSON MANUEL BENAVIDES NARVÁEZ
DELIA MAGALY MORALES VALLECILLA
JIMMY ORLANDO ORTEGA CORAL
MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Magúí Payán
Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán
Juzgado Promiscuo Mupal Santa Bárbara-Iscuandé

Sala Cívil - Familia



Doctores: Aida Mónica Rosero García (Presidenta Sala), María Marcela Pérez Trujillo, Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Marcela Adriana Castillo Silva.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DEL CONSENTIMIENTO DEL VENDEDOR: No se configura. / FIRMA DE PERSONAS INVIDENTES EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO CONTENTIVO DE UN NEGOCIO JURÍDICO – Formalidades. / CONTRATO DE COMPRAVENTA - NULIDAD RELATIVA POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: El Dolo debe probarse. / LESIÓN ENORME – El precio del bien objeto del contrato es inferior a la mitad de su avalúo comercial – No hay lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa del inmueble contenido en escritura pública, solicitada por el demandante alegando no haber mediado su consentimiento, siendo que éste no fue expresado bajo las formalidades legales atinentes a la validez de la firma de personas invidentes, teniendo en cuenta que el hecho de que no se hubiere dejado constancia en la escritura sobre la incapacidad visual del actor (disminución grave de su capacidad visual más no ceguera total), no afecta el instrumento público demandado, en tanto tal falencia se subsanó con la lectura en voz alta de la escritura contentiva del negocio jurídico, previa a su firma, asintiendo así el vendedor sobre el contenido del mismo de forma libre. Así mismo, se determina que no concurre causal de nulidad relativa por vicios en el consentimiento del actor, al suscribir la citada escritura pública, al no haberse demostrado engaño por parte del demandado. No obstante, se pudo corroborar que el predio fue adquirido por un valor inferior a la mitad de su avalúo comercial, siendo procedente declarar la configuración de lesión enorme en el contrato objeto de debate judicial. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Ref.: Ordinario. No.: 2014- 00065 (125-01)

Pasto, siete (7) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Decide la Sala el recurso de apelación incoado por la parte demandada contra la sentencia de 18 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto por VIRGILIO CHAÑA CHACHINOY frente a HERNANDO IGNACIO CHAÑA TIMARAN.

I.- ANTECEDENTES:

1.- Demanda.

El extremo activo de la lid a través de mandataria judicial solicitó de manera principal, se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa, contenido en la escritura pública No. 6827 de 2013, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto. Por otra parte, como primera pretensión subsidiaria solicitó se declare la nulidad relativa, y como segunda subsidiaria solicitó se declare que existió lesión enorme.

2.- Fundamentos facticos.

Adujo el demandante que con el propósito de efectuar la repartición de sus bienes en vida, decidió donar a sus hijos Hernando Ignacio, Eugenio Alberto y Rosalba Chaña, el inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 240-0116505 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, el 26 de diciembre de 2013, no obstante, aprovechando su condición de invidencia, mediante engaño y dolo, fue inducido por el demandado a firmar también la donación del bien raíz identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 240-239388 de la misma oficina de registro, aun cuando su querer era preservarlo para solventar los gastos de la propia subsistencia; afirma que por tal razón no está dado ninguno de los elementos esenciales de la compraventa, ni prestó jamás su consentimiento para el negocio contenido en la mencionada escritura.

Señaló que solo conoció de la enajenación del último del bien inmueble mencionado, cuando pretendió venderlo a la señora Blanca Lucinda Córdoba Ramos, quien al tratar de adelantar la inscripción de la escritura pública correspondiente en la oficina de registro, le informó que el vendedor no era titular del derecho de dominio, motivo por el cual el demandante fue compelido a suscribir una transacción con la compradora del bien, para deshacer el negocio.

Por otra parte indicó que el precio señalado en la escritura pública fue de cinco millones de pesos, lo cual resultaba irrisorio si el valor comercial y real del inmueble ascendía a ciento cuarenta millones de pesos.

3. Excepciones del demandado

A la prosperidad de las excepciones se opuso el demandado alegando que la escritura cuya nulidad se pide, fue otorgada con el consentimiento pleno del vendedor, manifestado ante el notario y su asesor jurídico, sin que mediara coacción alguna. También se opone a la prosperidad de la pretensión subsidiaria, relativa a la lesión enorme que se alega configurada, argumentando que la transferencia del inmueble, obedeció a la voluntad de Virgilio Chaña de dejar a su hijo Hernando Ignacio, como dueño del predio, por lo que nunca se pactó un precio superior al que figura en la escritura

- Sentencia de primera instancia.

En sentencia de 18 de diciembre de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, declaró la nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura pública 6827 de 2013, registrada a folio de matrícula inmobiliaria 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, al considerar que las circunstancias en que se efectuó el presunto negocio de compraventa del predio, generan dudas sobre *"la veracidad del negocio"*¹, a la par que algunos de los testimonios reafirman la intención del demandante de transferir en vida parte de sus bienes inmuebles a sus hijos, reservándose para sí el predio cuya nulidad se reclama. Afirma la juez a quo que las circunstancias que rodearon el negocio bien pudo llevar al demandado a urdir las actuaciones fraudulentas que dieron lugar a nulitar el convenio.

5.- Apelación.

La parte demandada apeló el fallo de primera instancia, cuyos argumentos se compendian por la Sala de la siguiente manera:

1. Acusa el proveído de errores en el análisis probatorio: (a) La juzgadora de primera instancia no se pronunció respecto de la tacha por parentesco efectuada respecto del testigo Virgilio Ernesto Chaña Timaran, (b) A pesar de que el demandante fue asesorado por un especialista de bienes raíces, al momento de la venta del inmueble a favor de la señora Lucinda Córdoba, no se pidió un certificado de libertad y tradición previamente a dicha enajenación (c) No se tuvo en cuenta el testimonio de Eugenio Chaña, ni de Eduardo Nicomedes Paz, quienes manifestaron que el contrato fue leído al demandante por la funcionaria de la notaría en presencia del notario y otro funcionario y que el vendedor manifestó su asentimiento. (d) La testigo Gloria Pantoja, funcionaria de la notaría no se percató que el demandante era invidente, pues aquel se acercó a firmar la escritura de manera consciente y voluntaria, por ende no se deduce alguna discapacidad visual en el vendedor, lo que explica por qué no se dejó constancia alguna en la escritura sobre tal circunstancia.
2. La conducta del demandante en el proceso denota que no es discapacitado visual porque en las diligencias en las que participó, ni la juez se percató de ello, ni se dejó constancia en ese sentido, y al contrario el demandante plasmó su rúbrica en las actas.
3. Adujo que se efectuó un pago de \$70.000.000, al señor Virgilio Chaña Chachinoy, por concepto de compra del inmueble comprometido en el proceso y que el demandado se encuentra en posesión real y material del terreno.

¹ Reverso del Folio 175, cuaderno principal 01

La contraparte se pronunció sobre la alzada en los siguientes términos:

(i) Señaló que tanto la prueba documental como los testimonios recaudados dan cuenta de la condición de invidencia del señor Virgilio Chaña Chachinoy. (ii) Adujo que el litigio era de índole familiar y que la juzgadora de primera instancia efectuó la valoración objetiva de las pruebas recabadas. (iii) Señaló que el señor Ángel López, asesoró al demandante, para efectuar la entrega de la herencia anticipada, sin embargo no existe prueba de que aquel lo hubiere acompañado para la suscripción de la escritura objeto de demanda, y por el contrario aquel testificó sobre el convencimiento del actor sobre la titularidad del dominio. (iv) Sostuvo que no se surtió la ritualidad correspondiente para la suscripción de la escritura pública, cuando se trata de personas invidentes, y que tratándose de actuaciones judiciales, es el funcionario jurisdiccional quien da validez suficiente al acto.

II. CONSIDERACIONES:

1.- Problema jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si se encuentra acreditado que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública 6827 de 2013 otorgada en la notaría Cuarta del Círculo de Pasto, referida al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, debe ser afectado con la declaratoria de nulidad absoluta por no haber mediado el consentimiento del vendedor, quien no lo expresó bajo las formalidades legales atinentes a la validez de la firma de personas invidentes. En defecto de la prosperidad de la pretensión anterior, establecer si concurre causal de nulidad relativa por vicios en el consentimiento del actor, al suscribir la citada escritura pública de venta, mediante engaño y coaccionado por el demandado. Finalmente, de absolverse negativamente los interrogantes anteriores deberá el despacho verificar si en el contrato suscrito se pactó un precio que pueda configurar lesión enorme.

2.- Tesis de la Corporación

Considera esta Judicatura que los medios probatorios recaudados en el proceso no permiten concluir que la escritura pública demandada sea nula por ausencia total de consentimiento, o que hubiera existido dolo como vicio del consentimiento en su celebración, por lo cual se impone revocar la decisión de primera instancia sobre estos tópicos. No obstante, se pudo corroborar que el predio fue adquirido por un valor inferior a la mitad de su avalúo, razón por la cual se encuentra configurada la lesión enorme producida en el negocio.

3.- Estudio del caso.

3.1.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, *"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas."*

Por otra parte de acuerdo a lo previsto en el artículo 1502 ibídem, es requisito indispensable para que una persona se obligue para con otra, que se consienta en el acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, razón por la cual, habrá de señalarse que ausente totalmente el consentimiento, entendido este como requisito *sine qua non*, para que un acuerdo de voluntades se estime válidamente celebrado, se puede producir la nulidad absoluta del mismo en términos del artículo 1741 *ejusdem*.

El art. 828 del Código de Comercio establece que la firma de una persona invidente solo la obliga, cuando haya sido debidamente autenticada ante juez o ante notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario, normatividad que es aplicable por analogía al asunto en estudio, atendido lo dispuesto por el art. 8º de la ley 153 de 1887, y que se acompasa con la disposición contenida en el art. 70 del decreto 1260 del 70 según el cual *"Si se tratare de personas ciegas, el Notario leerá de viva voz el documento, y si fuere consentido por el declarante, anotará esta circunstancia"*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, mediante escritura pública No. 6827 de 26 de diciembre de 2013 (Fl.

27 C. Ppal), se celebró el contrato de compraventa entre los señores Virgilio Chaña Chachinoy y Hernando Ignacio Chaña Timaran, respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, por un precio de cinco millones de pesos. Precisamente ese negocio jurídico, es el que se pretende infirmar por la senda de la nulidad absoluta, bajo el entendido de que no existió voluntad por parte del señor Virgilio Chaña, para enajenar el predio, para lo cual se abordara el estudio de la prueba recabada en el plenario:

El señor Eugenio Alberto Chaña Timarán (fl. 6 C. pbas ddo.), sostuvo conocer que su hermano Ignacio y su padre Virgilio, habían efectuado negociaciones respecto de varios predios, empero para lo que interesa al litigio de la referencia, señaló que el 26 de diciembre de 2013, de forma personal acompañó a su progenitor a la Notaría Cuarta, y que estuvo presente en el momento en que se suscribieron las dos escrituras otorgadas en aquella data, afirmando de forma vehemente que dichos instrumentos públicos fueron leídos en voz alta en la notaría, y que su padre manifestó estar de acuerdo con ambos negocios. Niega que su progenitor haya sido sujeto a intimidación o engaño para hacer el negocio. En relación con el precio de venta del lote de que aquí se trata, manifestó no constarle nada porque su padre era muy reservado.

Por su parte el señor Eduardo Nicomedes Paz Tumbaco (fl 11 ib.), manifestó haber estado presente en el momento de la firma de la escritura pública cuya nulidad se solicita en esta oportunidad, a petición del señor Ignacio Chaña, señalando que *"(...) los funcionarios de la notaría Cuarta en este caso la señora GLORIA que elaboró la escritura sí se percató de la incapacidad de don VIRGILIO ya que él era conducido de la mano por parte de su hijo EUGENIO, si se la leyeron en voz alta y explicaron el contenido de la escritura, y le dijeron de que se trataba y de que es que iba a vender, (...)"*

A su turno, Gloria Pantoja Coral (Fl. 14 ib), señaló que en su condición de empleada de la Notaría Cuarta del Circulo de Pasto, tuvo la oportunidad de atender a los señores Chaña, quienes le solicitaron elaborara dos escrituras de compraventa, en diciembre de 2013, las cuales fueron leídas en voz alta por el señor Hernando Chaña, y que posteriormente al observar que el señor Virgilio Chaña era de avanzada edad le leyó de viva voz las escrituras, a lo cual el vendedor señaló estar de acuerdo, sin que hubiera advertido la testigo que dicho contratante hubiere sido obligado a la firma de las escrituras, pues si bien rubricó el documento con ayuda de un tercero que le acercó la mano al lugar donde debía firmar. Puntualizó *"él colocó su firma donde yo le señale (sic) no fue forzado, ni obligado"*². Agregó que por la senectud del vendedor también fue inquirido por el jurídico de la notaría sobre su voluntad de firmar las escrituras, obteniendo de esa manera su asentimiento. Negó haberse enterado que el señor Virgilio Chaña era invidente, razón por la cual no se llevó a cabo el protocolo legal de la firma de los ciegos.

La señora Bertha Leticia Chaña Timaran (Fl. 24 ib), señaló que no estuvo presente en el momento en que se suscribieron las escrituras del 26 de diciembre de 2013, pero que se enteró de ello en razón a que previamente su papá había decidido hacerle escritura a sus hijos de varios lotes, y que del negocio con su hermano Hernando se enteró por que aquel le indicó la respectiva escritura, aduciendo que nadie presionó a su padre para que realizara los negocios, pues ello ocurrió por su propia voluntad.

El señor Virgilio Ernesto Chaña Timaran (Fl 18 C. Pbas. dte) afirmó que su padre había decidido distribuir a sus hijos el resto de patrimonio que le quedaba, a través de sendas escrituras; sin embargo, precisó en relación al predio objeto del contrato que se demanda, se acordó que aquel permaneciera en cabeza de su progenitor para su subsistencia. Por otra parte afirmó no haber estado presente en el momento de la celebración del contrato, empero afirmó que su padre le había comentado que el señor Hernando Ignacio le había hecho firmar una segunda escritura, presionándolo so pretexto de que iban a cerrar la notaría.

A su turno el señor Ángel Serafín López (Fl 30ib), sostuvo que en el mes de diciembre el señor Virgilio Chaña, se acercó a la oficina de la inmobiliaria en la que labora, informándole que era su deseo dejar unos lotes de terreno a sus hijos, de lo cual se dejó constancia en un acta elaborada en el domicilio de aquel (Fl. 28) y que en razón de ello elaboró tres minutas de compraventa. Informo también que el demandante se acercó a su oficina a solicitarle

² Folio 15

que le efectuara un contrato de compraventa del lote No. 2 ubicado en el municipio de Catambuco, a favor de Blanca Lucinda Córdoba, sin embargo manifestó que nunca se le pidió asesoría para la compraventa efectuada el 24 de diciembre de 2013.

Ahora, al rendir el interrogatorio de parte el demandante afirmó ser ciego, y haber sido forzado por su hijo Ignacio a firmar la escritura contentiva de la venta del lote No. 2; negó categóricamente que se le hubiere leído en voz alta la correspondiente escritura y que su firma la estampó con ayuda de un tercero que le colocó la mano en el sitio donde debía firmar, pues él no tenía la capacidad de ver.

Al analizar las pruebas testimoniales recaudadas, puede colegir esta Corporación que Eugenio Alberto Chaña Timaran, Eduardo Nicomedes Paz Tumbaco y Gloria Pantoja Coral, estuvieron presentes en la Notaría Cuarta del Circulo de Pasto, en la fecha y en el momento en que se suscribió la escritura pública 6827 de 2013, dando a conocer, que la misma fue leída en voz alta, y que el señor Virgilio Chaña, de forma libre y espontánea, estuvo de acuerdo con el negocio jurídico en mención, narraciones que resultan creíbles, pues cada uno de ellos señala las circunstancias por las cuales presenciaron los hechos, así el primero indicó haber acompañado a su progenitor a la notaría, el segundo a quien se le solicitó presenciar la suscripción del negocio, y la última como empleada de la notaría que elaboró la escritura pública correspondiente, y la leyó de viva voz ante el vendedor, de quien obtuvo su consentimiento.

Ahora bien, de folios 36 a 58 del cuaderno de pruebas de la parte demandada, aparece evidencia documental de intervención de médicos especialistas para tratar la enfermedad oftalmológica que presentaba el demandante Virgilio Chaña Cachinoy, derivándose de ella, que en el año 2001 fue intervenido quirúrgicamente (vitrectomía combinada); en septiembre de 2012 fue atendido en la Clínica de Oftalmología de Cali S.A.³, dejándose constancia en la historia clínica que *"ingresa paciente al servicio de urgencias por sus propios medios, en buenas condiciones generales, consciente y orientado"* además la impresión allí diagnóstica plasmada, fue: ojo derecho: pseudofaquia, alta miopía y visión subnormal, por lo cual se remite al paciente para que tenga la posibilidad de aprender a usar mejor la visión que tiene en ese momento. El ojo izquierdo se diagnostica con desprendimiento de retina y catarata

Estas valoraciones del estado de la visión del demandante indican sin lugar a dudas que aunque no presentara una ceguera total sí tenía una grave disminución de su capacidad visual, lo que en principio le impediría tener pleno conocimiento de los documentos negociales que suscribió en ese estado; no obstante de las pruebas testimoniales puede establecerse que tal falencia se subsanó con la lectura en voz alta de la escritura contentiva del negocio que pretende nulitarse, lectura que la funcionaria de la notaría aseguró haber llevado a cabo, si bien, no por la deficiencia visual del vendedor, la cual no percibió, sí por su avanzada edad, circunstancia que conllevó a que el jurídico de la notaría también lo requiriera para constatar el consentimiento, que finalmente plasmó con ayuda de un tercero que le ayudó a colocar la mano en el sitio donde debía firmar.

El no evidenciar la situación de discapacidad del señor Chaña, sino el atribuir su disminución física a su avanzada edad, explica la razón por la cual no se dejó en ni la escritura pública No. 6827, ni en ninguno de los documentos negociales elevados a escritura pública, la constancia expresa referida en el art. 828 del C. de Co., y 70 del decreto 960 de 1970, respecto a las formalidades de la firma de los invidentes en actos negociales, para que se reputé válida como expresión de su consentimiento; sin embargo, en lo sustancial, realmente sí se cumplieron los presupuestos legales de validez de la expresión del consentimiento, pues se itera, la escritura se leyó en voz alta por funcionarios de la notaría quienes atestaron que la rúbrica fue plasmada por el deudor, asintiendo así el contenido de ese documento.

Respecto de los testimonio de los señores Bertha Leticia Chaña Tusimaran, Virgilio Ernesto Chaña Timaran y Ángel Serafín López, cabe indicar que no traen al plenario mayores elementos de persuasión, porque ninguno de ellos estuvo presente en el momento en que se suscribió el contrato, en efecto, la primera señaló conocer del negocio por lo que le dijo su hermano Hernando, aunque aseguró que la voluntad libre de su padre Virgilio Chaña era la de efectuar la venta del lote a Hernando; el segundo igualmente, dijo constarle los hechos que relataba por

³ FOLIO 56

información suministrada por su propio padre –y demandante–, mientras el ultimo relató lo que le constaba sobre la elaboración de los contratos por medio de los cuales el señor Virgilio Chaña Chachinoy iba a enajenar a favor de sus hijos varios lotes, mas no refiere conocer las características del negocio cuya nulidad se solicita declarar.

Con lo dicho en precedencia, no puede decir esta Judicatura, que se hubiere acreditado que la escritura pública No. 6827 de 2013, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto hubiese sido suscrita en ausencia total del consentimiento, pues los testigos directos de la celebración del contrato, informaron una situación abiertamente disímil a la aducida en el libelo introductorio y en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

En suma, aunque los testimonios de los declarantes dan cuenta de la incapacidad visual del demandante, es lo cierto que los instrumentos públicos que se firmaron el 26 de diciembre de 2013, fueron leídos en voz alta tal y como lo señala la empleada que estuvo a cargo de la elaboración de las respectivas escrituras públicas, y en ese escenario aquel consintió en el contrato.

Por otra parte, ha de recordarse, que el Decreto 960 de 1970, prevé que “[d]eberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exige esta solemnidad”⁴; en esa medida, ha de tenerse en cuenta, que para que aquellos instrumentos públicos alcancen su perfeccionamiento han de surtir las siguientes etapas, de forma sucesiva, a saber: la (i) recepción de las declaraciones de los interesados, (ii) la extensión de las versiones brindadas en forma escrita, (iii) el otorgamiento, o la manifestación del asentimiento de los interesados, y (iv) la autorización, que no es otra que la fe que le imprime el notario a la escritura pública.

No obstante lo anterior, cabe anotar, que en el trámite en comento, pueden acaecer irregularidades que afectan la escritura pública, siendo por dicho motivo, que la legislación ha previsto que en el evento en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales que debe reunir aquella, desde el punto de vista formal será nula⁵, en los siguientes eventos:

“ARTICULO 99. <ESCRITURAS PÚBLICAS NULAS>. Desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos:

- 1. Cuando el Notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo Círculo Notarial.*
- 2. Cuando faltare la comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación.*
- 3. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.*
- 4. Cuando no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del Notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación.*
- 5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente.*
- 6. Cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarios para determinar los bienes objeto de las declaraciones.”*

En ese entendido, podemos apreciar que la nulidad también puede configurarse si no se cumplen determinadas formalidades en el instrumento público contentivo del negocio jurídico; sin embargo, tal y como acontece con las nulidades sustanciales “(...) que se refiere a la validez del acto o negocio jurídico que origina vínculos obligantes entre las partes y cuya declaratoria en juicio en nada incide sobre la validez del proceso y [también respecto de] la nulidad procesal, que se refiere exclusivamente a la actuación y cuya declaratoria ninguna incidencia, a su vez tiene sobre la validez del negocio jurídico base de la relación debatida dentro del juicio (...)”⁶, la nulidad formal, en principio, no puede afectar el negocio o acto jurídico que contiene, es decir, que se entiende desligada la

⁴ Artículo 12 de la Decreto 960 de 1970.

⁵ Artículo 99 de la Decreto 960 de 1970.

⁶ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio. Procedimiento Civil -General- Tomo 1. Pág.: 919.

escritura del acto o contrato, salvo que el otorgamiento de dicho instrumento público sea una formalidad ad substantianactus de aquel⁷.

Pues bien, observadas las causales de nulidad formal de las escrituras públicas, no aprecia la Sala, que una de ellas se refiera al incumplimiento de lo dispuesto en artículo 70 del Decreto 960 de 1970⁸, por lo cual, el hecho de que no se hubiere dejado constancia en el instrumento sobre la incapacidad visual del demandante, no afecta en términos formales el instrumento público demandado, y mucho menos desde el punto de vista sustancial se evidencia viciado de nulidad el negocio jurídico, pues como ya se mencionó los testigos presenciales del negocio, informan la forma en que se expresó el consentimiento del señor Virgilio Chaña.

En adición, se observa que los demás actos escriturarios mediante los cuales el señor Virgilio Chaña Chachinoy dispuso de sus bienes, (escrituras 2.073 y 6826 suscritas en las Notarías 1 y 4^a respectivamente), se llevaron a cabo en similares circunstancias de modo, es decir, los términos contenidos en las diversas escrituras públicas de venta aparecen semejantes entre sí, de donde, si no quedó demostrado que la venta atacada en este proceso está viciada de nulidad, el hecho de que sobre los demás negocios efectuados en similares términos, el demandante hubiera reconocido su validez, refuerza la conclusión de que la compraventa referida en la escritura pública No. 6827 de la Notaría 4^a del Círculo de Pasto, también es válida.

De los argumentos anteriores, se sirve también la Sala, para despachar desfavorablemente al demandante la pretensión primera subsidiaria, en el que se solicitó que se decrete la nulidad relativa de la escritura, derivada en el vicio de consentimiento por dolo al que arguye fue sometido el señor Virgilio Chaña, por cuanto los medios probatorios recaudados en primera instancia, no permiten corroborar que el demandante hubiere desplegado una maniobra o ardid, tendiente a engañar a su padre para la suscripción de la respectiva escritura, pues se reitera una vez más, dichos instrumentos, fueron leídos en voz alta en la notaria previa su firma, y que conocedor del negocio que suscribía el vendedor consintió de forma libre en él.

Como consecuencia a que se incumplió la carga probatoria, que le incumbía al extremo activo de la lid, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, (norma procesal probatoria vigente al momento de dictarse sentencia de primera instancia), se impone revocar el fallo de primer grado.

⁷ “Que a los efectos de la configuración de la nulidad, la escritura pública deba ser mirada desde una perspectiva formal, representa que el legislador ha buscado que, como documento urgido de ciertos requisitos, se la considere desligada del contenido que las partes le hubiesen incorporado.

Es posible, naturalmente, que el contenido de la escritura, cuando es negocial, adolezca de una causal de nulidad, mas no por semejante motivo se verá comprometido el instrumento en sí. En el mismo orden de ideas, si sobre la escritura pública gravita uno de los motivos de nulidad indicados en el artículo 99 del Dto. 960, su contenido, por lo menos en principio, no tiene por qué sufrir influencia de ninguna especie de ese hecho, puesto que se está ante dos entidades que jurídicamente se conciben o captan de manera autónoma, así estén conectadas en la medida en que la escritura dice de la declaración. Otra cosa, por supuesto, será que con ocasión de la declaratoria de invalidez de la escritura, desaparezca también su contenido cuando este no puede permanecer sin el sustento de aquella por ser condición de su propia existencia; sin embargo, aún en tal caso, la cuestión siempre se sopesará desde el ángulo del instrumento y no desde el de las declaraciones en ella consignadas.

Por tanto, cabe afirmar que las declaraciones en sí mismas desempeñan un papel neutro o indiferente respecto de las exigencias formales de la escritura pública, de donde se sigue que estas exigencias de índole formal ninguna dependencia crean respecto de lo que determine la ley sustancial acerca de esas declaraciones.” Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia de 30 de noviembre de 1998. REF.: Expediente No. 4826

⁸ ARTICULO 70. Si se tratare de personas ciegas, el Notario leerá de viva voz el documento, y si fuere consentido por el declarante, anotará esta circunstancia. Si entre los comparecientes hubiere sordos, ellos mismos leerán el documento y expresarán su conformidad, y si no supieren leer manifestarán al Notario su intención para que establezca su concordancia con lo escrito y se cerciore del asentimiento de ellos tanto para obligarse en los términos del documento como para reconocer su contenido y rogar su firma. De otra manera el Notario no practicará la diligencia.

3.2.- De otra parte, el artículo 1947 del C.C., prevé la posibilidad de la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme en los siguientes términos: *“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.”*

La jurisprudencia patria ha decantado que la lesión enorme no es otra cosa que un vicio objetivo, pues la ley faculta el uso de la mencionada acción en el evento de la ruptura del equilibrio contractual por el monto señalado por el legislador, y no por que el consentimiento este viciado; efectivamente, el órgano de cierre de la justicia ordinaria en su especialidad civil se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(…) como lo tiene suficientemente decantado la doctrina jurisprudencial de la Corporación, en tratándose de la laesio ultra dimidium el régimen legal colombiano optó por el criterio objetivo, conforme al cual es suficiente con establecer el justo precio de la cosa para la fecha de la enajenación y compararlo con lo que se entregó a cambio, para así concluir, tras esa ecuación, si se dio la diferencia en el quantum establecido en la ley, sin que al efecto se requiera el concurso de aspectos de carácter subjetivo o precisar la forma como éste pudo influir en el consentimiento, ni importen las razones internas que se presentaron o pudieron ocurrir en la contratación.

Como tal fenómeno “obedece a un criterio meramente objetivo, según el cual basta con que el precio convenido entre los contratantes sea lesivo en la medida determinada por la ley”, se alejó así el legislador “de la teoría de la lesión como un vicio más del consentimiento”, como que está llamada a existir “independientemente de que el contratante haya tenido conocimiento de lo inequitativo del precio, o de que haya actuado bajo constreñimiento o engaño, o de que circunstancias apremiantes lo hayan impelido a contratar”. Quiere ello significar que en tratándose de contratos conmutativos, siempre que se esté en frente de obligaciones que no guarden un margen de proporcionalidad entre los negociantes, la parte en cuyo patrimonio recae ese desequilibrio podrá lograr su restablecimiento mediante el ejercicio de esta acción; se propende, entonces, porque el precio recibido sea, en “cierta medida, proporcional al valor entregado, garantizándose de tal manera un mínimo de equilibrio en las relaciones jurídicas, concepción esta con la cual la figura de la lesión trasciende la simple protección de las personas incapaces, para llegar a ser un principio general de los contratos, que no podrían, en virtud del mismo, convertirse en fuente de lucro indebido”(G. J., t. CCLXI, pag.1339 y 1340).”⁹

Bajo ese panorama jurisprudencial, itérese que en la escritura pública 6827 de 2013, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, se efectuó la compraventa del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, por el precio de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000), precio que ha de tenerse como el efectivamente pagado, pues brillan por su ausencia elementos de convicción que puedan corroborar la versión expuesta en el interrogatorio de parte por el señor Hernando Ignacio Chaña, en cuanto a la simulación del precio por él argüido, o el pago de un monto superior, que no tiene ningún sustento, pues el mismo demandado, en principio evidenció que por tratarse de una forma de distribuir los bienes en vida, se pactó un precio inferior al comercial, versión que luego modificó para indicar que había pagado a su padre \$70.000.000.00., como precio de la venta, pacto este que no avaló con ningún medio que lleve a esta Corporación a la certeza sobre tal aspecto, obviando de esta manera la carga probatoria que a él le correspondía.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el dictamen pericial recaudado dentro de este trámite judicial, el cual no fuere replicado por la parte demandada en la oportunidad procesal correspondiente, y encontrándose el mismo debidamente fundamentado de acuerdo con las características del predio, extensión, y la investigación respecto del mercado inmobiliario del sector en el que se ubica, el valor del terreno a diciembre de 2013, ascendía a la suma de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCO PESOS (\$165.139.405)

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre 2005. M.P. César Julio Valencia Copete. Expediente número 1749.

Luego, constata la Sala que el precio pactado en el contrato es inferior a la mitad del justo precio del bien raíz anteriormente referenciado, por lo cual habrá de declararse que existió lesión enorme en el contrato objeto de debate judicial. De modo que se procederá a conceder un término judicial al comprador para que complementen¹⁰ el justo precio, con deducción de una décima parte, suma que corresponde a \$144.125.462,00¹¹ junto con los intereses legal es a la tasa del seis por ciento (6%) anual desde el 22 de abril de 2014 -fecha de presentación de la demanda- (inc. 2°, art. 1948 C.C.), de no ejercerse tal potestad, deberá tenerse por rescindido el contrato y en consecuencia el vendedor deberá restituir el precio pagado más los respectivos intereses civiles desde la fecha de presentación de la demanda.

En mérito de lo expuesto la **SALA CIVIL FAMILIA** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 18 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario de la referencia, y en consecuencia disponer lo siguiente:

"1.- NEGAR la pretensión de nulidad absoluta, requerida como principal, así como la de nulidad relativa pretendida como primera subsidiaria, formuladas por el señor VIRGILIO CHAÑA CHACHINOY – frente a HERNANDO IGNACIO CHAÑA TIMARAN.

2.- DECLARAR que el demandante sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 6827 de 2013, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-239388 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto.

3.- DISPONER que el señor HERNANDO IGNACIO CHAÑA TIMARAN goza de la facultad que le otorga el inciso primero del artículo 1948 del C.C. en su carácter de comprador; esto es podrá complementar el justo precio, con deducción de una décima parte, correspondiente a la suma de \$144.125.462, junto con los intereses legales a la tasa del seis por ciento (6%) anual desde el 22 de abril de 2014 -fecha de presentación de la demanda- (inc. 2°, art. 1948 C.C.), facultad que podrá ejercer dentro del término de sesenta (60) días, contados a partir de la notificación de esta providencia.

4.- De no completarse el precio en el término judicial anterior, **DECLARAR** rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 6827 de 2013 otorgada en la Notaria Cuarta del círculo de Pasto; en consecuencia **ORDENAR** a la parte demandante restituir el precio pagado, equivalente a CINCO MILLONES DE PESOS, junto con los intereses legales a la tasa del seis por ciento (6%) anual desde el 22 de abril de 2014 – fecha de la presentación de la demanda-. **OFÍCIESE** a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, y a la Notaria Cuarta del Círculo de Pasto, para que realicen las anotaciones correspondientes."

¹⁰ "ARTICULO 1948. FACULTADES DEL COMPRADOR Y VENDEDOR FRENTE A LA RESCISIÓN El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 236 de 2014.

No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón

¹¹ Este valor resulta de restar al precio justo, los cinco millones pagados por el comprador, y el 10 por ciento del valor: \$165.139.405- 5.000.000= \$160.139.405- 10%= \$144.125.462

SEGUNDO.- CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - CONTRATO DE MANDATO OCULTO - Análisis Probatorio: El indicio como medio para llegar a la verdad. / CONTRATO DE MANDATO – NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILÍCITO: No se configura. / CONTRATO DE MANDATO - RESTITUCIÓN EQUIVALENTE: Ante la imposibilidad de restituir el bien objeto del contrato - El funcionario judicial no realizó una adecuada valoración de los medios probatorios obrantes en el asunto, a fin de evidenciar la existencia de un contrato de mandato oculto, que por esa característica solo podía demostrarse mediante indicios, los cuales probaron la existencia del contrato entre las demandadas y la madre de la demandante, no siendo factible exigir una prueba directa de la convención. Así mismo, no procede la declaratoria de la nulidad absoluta del referido contrato por objeto ilícito, reclamada por el apoderado de la demandada principal, pues la compraventa de inmuebles no está prohibida por la ley, y la cortapiza que impuso la alcaldía para que la persona que ya tuviera un local comercial, no pudiera adquirir otro, hace relación con una nulidad relativa, la cual no fue alegada como tal. Igualmente como las mandatarias nunca cumplieron con su obligación de transferir el bien a la demandante y por el contrario, lo hipotecaron y fue objeto de embargo dentro de un proceso ejecutivo, haciendo imposible la restitución, con el fin de evitar que la sentencia se haga ineficaz, hay lugar a ordenar como restitución por equivalente el pago del valor del bien, determinado mediante dictamen pericial./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Ref.: Responsabilidad Civil contractual 2011-00085 (590-01)
Acta de discusión: _____

Pasto, once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Decide la Sala el recurso de apelación incoado por la parte demandada contra la sentencia de 5 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso responsabilidad civil contractual propuesto por ROCIO SARASTY MONTENEGRO frente a SONIA ISABELA MONTENEGRO MARTINEZ y LORENA MONTENEGRO MARTINEZ.

I. ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demanda principal presentada por señora Betty del Rocío Sarasty Montenegro, son: 1. obtener la declaratoria judicial de la existencia de un contrato de mandato celebrado entre la señora Rosario Montenegro de Sarasty (madre de la actora) y las señoras Sonia Isabela Montenegro Martínez y Lorena Montenegro Martínez (hermanas de la señora Rosario y tías de la demandante), consistente en que estas últimas se encargaban de adquirir ante el Municipio de Pasto el Local No. 3 del Centro Comercial Bomboná con dinero suministrado por la señora Rosario, y una vez la Alcaldía Municipal le otorgara las escrituras a favor de la hermanas Montenegro Martínez, éstas estaban obligadas a transferir dicho bien a favor de su hija Betty del Rocío Sarasty Montenegro, dado que aquella estaba impedida para ofertar en su nombre, en el de su esposo, o en el de sus hijos, por el local, el cual en todo caso, siempre ha sido explotado comercialmente por la mandante, ahora fallecida y por su hija.

El encargo conferido nunca fue cumplido por las demandadas, quienes por el contrario, gravaron el bien con hipoteca, y el inmueble fue embargado en el proceso ejecutivo hipotecario que se adelanta para el cobro de la obligación así avalada, en el cual ya se ordenó su venta en pública subasta. 2. Que la demandante se allanó a pagar a las demandadas el precio pactado en el mandato, sin que ellas se hayan avenido a recibirlo. 3. Que se cumpla por las demandadas la convención pactada 4. Que las demandadas paguen los perjuicios morales causados a la demandante, con su proceder omisivo. Subsidiariamente reclama la demandante que se declare: 1. Que las demandadas se han enriquecido sin justa causa con el consecuente empobrecimiento de la demandante y por ello deben indemnizar los perjuicios materiales y morales causados.

Por su parte las demandadas negaron los supuestos fácticos en los que se afincaron las pretensiones; propusieron como excepción, además de la genérica, la nulidad absoluta del mandato por objeto ilícito, dado que la mandante no podía adquirir ni directamente ni por interpuesta persona el inmueble. A su turno demandaron en reconvención la reivindicación del inmueble.

Tanto las pretensiones principales, como las de la demanda de reconvención fueron negadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico:

Corresponde a este Tribunal determinar como primera medida, si la valoración probatoria efectuada por la Juez *a quo*, que dio lugar a negar las pretensiones principales, fue adecuada, o si por el contrario la parte demandante demostró la existencia de un contrato de mandato entre la señora Rosario Montenegro de Sarasty, en calidad de mandante, y Sonia Isaela Montenegro Martínez y Lorena Montenegro Martínez en calidad de mandatarias, en caso negativo, la Sala deberá determinar si se configuró, o no, un enriquecimiento sin causa.

2. Análisis del caso

2.1. Conforme al artículo 2142 del Código Civil, el mandato es aquel negocio jurídico de naturaleza consensual, en virtud del cual una persona llamada mandante o comitente confía la gestión de uno o varios negocios a otra persona -mandatario, apoderado o procurador-, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo del mandante. El mandato puede ser con representación o sin representación, el mandato con representación es aquel mediante el cual el mandatario ante terceros manifiesta que actúa por cuenta y riesgo de otro, el mandatario obra en virtud de un poder que hace conocer a quienes con él contratan, dándoles a entender de manera indubitable que las operaciones que realiza se radicarán directamente en el patrimonio de otro, en cuyo nombre obra, y con quien deberán entenderse a efectos de ejercer los derechos y acciones derivados del contrato realizado. Mientras que hay mandato sin representación cuando el mandatario actúa como titular de los negocios que gestiona, frente a los terceros con quienes contrata, el mandatario aparece como titular de los derechos que agencia, así como de las acciones derivadas del contrato. No obstante, esto no quiere decir que el sustituido se mantenga totalmente al margen de la situación y que los resultados del negocio no lo alcancen: por supuesto que el intermediario, aunque obra frente a terceros en nombre propio, sigue haciéndolo por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto. Definiciones estas, extractadas de sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 17 de abril de 200, expediente 00645, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena.

2.2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, al hacer un estudio coherente del conjunto probatorio, se evidencia que aunque muchos de los declarantes desconocían la existencia de un contrato de mandato suscrito por Rosario Montenegro de Sarasty y las demandadas Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez, y que no se aportó el documento contentivo de dicha convención, ello no es óbice para desechar la pretensión principal de la señora Rocío Sarasty Montenegro, toda vez que los elementos de prueba muestran la existencia de un mandato oculto, lo que indica que la gestión confiada se hizo de manera secreta, no pública, y por lo mismo no hay lugar a exigir una prueba directa de la convención, y menos a prescindir de las declaraciones de familiares de la demandante, pues son ellos justamente los que pudieron conocer de primera mano, la convención velada que se dio entre la madre de la demandante y sus hermanas, a quienes les confió la gestión de aparecer como compradoras del local comercial, que ella no podía adquirir directamente, y luego efectuar la transferencia a la hija de aquella. De allí que fundamentalmente deba acudirse a la prueba indiciaria para evidenciar la existencia de un pacto que fue oculto.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 16 de febrero de 1996, siendo Magistrado Ponente Rafael Romero Sierra. Expediente 4575, expresó:

"resulta oportuno recordar que el mandato oculto, al igual que la simulación, difícilmente puede demostrarse

*con prueba directa, por cuanto lo que se busca con el ejercicio de la pretensión respectiva es descubrir la existencia de una autorización secreta, que usualmente no es expresa sino implícita, razón por la cual el interesado en evidenciarlo dispone de todos los elementos de prueba que puedan llevarle al juez la convicción de su ocurrencia, " - - .no solo porque en tal supuesto lo que se busca es la demostración de un contrato de mandato, el cual en nuestro derecho es típicamente consensual, sino también y fundamentalmente porque **no se trata en tal hipótesis de acreditar las obligaciones generadas de un acto jurídico solemne, otorgado con intervención de un testafierro, sino el acuerdo preexistente entre éste y el verdadero interesado en la negociación**" (Cas. Civ. de 17 de mayo de 1976 - G.J. Tomo CLII. pág. 154), dificultad probatoria que generalmente obliga a quien pretenda demostrar la existencia de un pacto de dicho linaje, a recurrir a los indicios, es decir, a todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general a todo hecho conocido, debidamente comprobado, susceptible de llevarle al funcionario judicial, por vía de la inferencia, la convicción de su ocurrencia." (Se resalta)*

2.3. Por consiguiente, dadas las circunstancias del caso en particular, debe este Tribunal para determinar si efectivamente hay un contrato de mandato y revocar la sentencia apelada o considerar que no existe prueba suficiente que acredite tal y confirmar la sentencia del *a quo*, hacer un análisis minucioso y en conjunto de todas las pruebas obrantes del proceso.

Así, observa la Corporación que la señora Betty del Rocío Sarasty Montenegro con la contestación de la demanda de reconvenición aportó en original dos comprobantes de pago del local comercial No. 3, el primero adiado el 8 de julio de 1998 por valor de \$5.000.000,00 (fl. 12, cdno. 2) y el segundo de fecha 21 de abril de 1999 por la cantidad de \$10.797.114 (fl. 13 cdno. 2), un indicio que permite determinar que fue la señora ROSARIO, madre de la demandante quien con recursos provenientes de su pecunio, canceló el valor total del local comercial que sus hermanas aparecían adquiriendo para sí, pero de manera engañosa, ya que no habría razón alguna que explique porqué estos recibos estaban en poder de la demandante y no de quienes supuestamente habían efectuado el pago.

De otra parte las señoras Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez, no probaron en manera alguna que contaran con el dinero para efectuar la compra del local comercial, ni allegaron ningún elemento de juicio que denote que efectivamente ellas cancelaron la totalidad del inmueble, mientras que los testigos, al unísono señalan que la mandataria, Rosario Montenegro de Sarasty, contaba con recursos económicos que le permitían hacer el pago del local comercial en el que trabajaba con su esposo e hijos, desde tiempo atrás. En adición, el esposo de quien fungió como mandante, y quien es el padre de la demandante, expuso detalladamente las circunstancias en las que se hizo el pago del precio del local, y su versión contó con el respaldo documental de los referidos recibos de pago, y con las versiones de los testigos que dan cuenta tanto de la oferta que hizo el municipio de Pasto a quienes ejercían el comercio en la antes denominada Plaza de Bomboná, como de las opciones de pago que se dio a los posibles compradores, lo que explica por qué aparecen dos recibos de pago, se itera en poder de quienes verdaderamente lo efectuaron.

Por otra parte, se evidencia que la actora ha pagado el impuesto predial y la cuota de administración, actos propios de persona que actúa como dueña de un bien, sin que, de nuevo, las demandadas principales hayan aportado prueba documental alguna que dé cuenta que están ejerciendo derecho alguno o cumpliendo con las obligaciones que conlleva su presunta calidad de propietarias del local comercial No. 3 del Centro Comercial Bomboná, pues no demostraron haber cancelado los impuestos correspondientes, ni las cuotas por la administración comunal del local, todos los cuales efectuó primero la señora Rosario, y a su muerte los continuó realizando la señora Betty Rocío Sarasty Montenegro, tal como se corrobora con los recibos de pago de febrero de 2009 a diciembre de 2009, diciembre de 2010 y enero a marzo de 2011 (fls. 29 a 30 del cdno. No. 1). Además María Constancia Jurado Bravo, administradora del Centro Comercial Bomboná en el año 2004, declaró que *"las cuotas ordinarias de administración se cancelan mensualmente y las extraordinarias de acuerdo a los requerimientos que tenga el centro comercial, en el caso de este local No. 3 siempre lo hacía la señora Rocío"* (fl. 15, cdno. 4), mientras que Omar Jesús Villareal Montenegro, quien manifestó ser administrador de Centro Comercial Bomboná por cinco años desde el año 2005, se refirió a la señora Rocío como quien pagaba puntualmente las cuotas de administración del local No. 3 de dicho centro comercial. A su turno Jaime Segundo García Cadena persona que laboró en el Centro Comercial Bomboná como guardia de seguridad afirmó *"yo trabajé en Centro Comercial Bomboná más o menos desde 2001*

a 2007, del local No. 3 siempre nos cancelaba la señora Betty Rocío Sarasty, esos pagos se hacían cada mes (fl. 18, cdno. 4).

A lo anterior debe agregarse que del testimonio de la señora María Constanza Jurado Bravo, persona que como se dijo anteriormente se desempeñó como administradora del Centro Comercial Bomboná se deduce que la persona que asistía a las reuniones de carácter ordinario y extraordinario era la señora Betty del Rocío Sarasty (fl. 14, cdno. 4), sin que obre prueba alguna en la que se demuestre que Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez hayan asistido a las asambleas de copropietarios como dueñas del local No. 3 del Centro Comercial Bomboná.

De otra arista, se ha acreditado dentro del plenario que las personas que siempre han estado ocupando y poseyendo el inmueble referido han sido Rosario Montenegro de Sarasty -madre de la demandante-, hasta el momento de su óbito, y en la actualidad Betty Rocío Sarasty Montenegro, explotándolo comercialmente en venta de artesanías, tal como lo declararon: Ilia Candida Bastidas de Benavides (fls. 3 a 7 cdno. 4); Franco Edgar Santacruz Enríquez (fls. 7 a 9, cdno. 4); Henry Guillermo Sánchez Moncayo (fls. 11 y 12, cdno. 4); María Constanza Jurado Bravo (fl. 15, cdno. 4); Jaime Segundo García Cadena (fl. 18, cdno. 35, cdno. 4), sin que de ninguna de las declaraciones se pueda extraer que las señoras Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez, hayan ocupado o explotado el local comercial No. 3 del Centro Comercial Bomboná, en algún momento, dado que se reitera los declarantes afirman que siempre las que han ocupado el inmueble han sido Rosario Montenegro y Betty Sarasty.

De allí que pueda afirmarse que no existe la más mínima prueba dentro del plenario que demuestre que las demandadas Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez hayan actuado como verdaderas propietarias del inmueble referido, a pesar de sostener que sí lo son, y a pesar de que el 9 de diciembre de 2010, el municipio de Pasto les otorgó la escritura pública de compraventa No. 6239 de la Notaría Cuarta de Pasto, pues su conducta no denota que hayan ejercido posesión, dominio y explotación del local comercial.

Para esta Sala, el testimonio de María Transito Cifuentes Díaz, ayuda a cimentar la postura argumentativa de la parte demandante, pues adujo que en 1997 fue elegida como presidenta del sindicato de comerciantes del Centro Comercial Bomboná hasta el año de 1999, y no obstante que manifestó no tener conocimiento de la existencia de un contrato de mandato entre Rosario Montenegro Sarasty y Lorena y Sonia Montenegro Martínez, sí señaló que los señores Guillermo -esposo de Rosario- y la señora Rosario le pidieron un consejo, dado que la alcaldía Municipal les había ofrecido a todas las personas que venían ocupando los locales en Bombona que podía adquirir sus locales, sin embargo, una persona no podía obtener más de un local, y ellos tenían, tres locales, por lo que le dijeron que querían poner ese local a nombre de las hermanas de la señora Rosario, también dijo de manera textual que *"yo tengo entendido que lo compraron don Guillermo y la señora Rosario, lo pagaron en dos cuotas, ... Ese local lo habían puesto a nombre de doña Lorena y de doña Sonia Montengro hermanas de la señora Rosario"*, también expresó que estas señoras (Lorena y Sonia) nunca han trabajado en ese local, y agregó que ese local número tres (3) fue construido por la señora Rosario Montenegro de Sarasty.

De igual manera reposa en el expediente el testimonio del señor Guillermo Alfredo Sarasty Leiton, esposo de Rosario Montenegro de Sarasty y padre de Betty Rocío Sarasty, el cual da cuenta de que ese local era de su esposa y de la negociación que se hizo con las hermanas de la señora Rosario, testimonio que si bien podría señalarse como sospechoso, dado que es el padre de la demandante, puede observar la Sala que el mismo coincide con lo señalado por la señora María Transito Cifuentes, y se corrobora con los recibos de pago aportados por la demandante en original con la contestación de la demanda de reconvención y en copia con la demanda principal.

A las pruebas anteriores se aúna lo dicho por el testigo Sixto Alberto Muñoz, sobrino de Guillermo Alfredo Sarasty, quien aseguró que Rosario Montenegro fue quien pagó en cuotas el precio del local No. 3 adquirido al Municipio de Pasto, sin que en ello hubieran intervenido otras personas; agregó que como la señora Rosario no podía adquirir otros locales en Bomboná, lo hizo a través de sus hermanas Lorena y Sonia, quienes *"con el tiempo tenían que hacerle el traspaso a la señora Rocío"*, pacto que constaba en un documento que se perdió.

También el testimonio del abogado que elaboró el documento del mandato, Luis Alvaro Enríquez, sirve para mostrar que entre Rosario Montenegro y Sonia y Lorena existió un contrato relativo a la compra de unos locales en Bomboná; y aunque indicó que estas fueron quienes ordenaron a aquella, pagar el precio del mismo, precisa que una vez hecho el pago, Lorena y Sonia tendrían que hacer el traspaso de dichos locales a favor de Rosario,

lo cual no se pudo hacer inmediatamente, dada la reglamentación de la Alcaldía sobre la imposibilidad de que quien tuviera un local en Bomboná adquiriera otro allí mismo, por lo menos durante 5 o 6 años, de allí que se corría el riesgo de que se impidiera el traspaso. Si bien este testigo, señala que las mandantes fueron Lorena y Sonia, no se encuentra explicación de su dicho, a este respecto, pues no existía razón alguna para que ello fuera así, y por el contrario los demás elementos de prueba señalan claramente que fue Rosario la mandante y estas las mandatarias.

Igualmente, los demás testimonios denotan que siempre se ha conocido como propietarias del local referido, a Rosario Montenegro y en la actualidad, a Betty del Rocío Sarasty, siendo aquella, quien conforme a las declaraciones tenía capacidad económica para adquirir dicho local, y la única razón suficiente para que no haya comprado el mismo de manera directa, a pesar de que lo había construido y lo venía ocupando, la constituía la orden de la Alcaldía de que una persona no podía adquirir más de 1 local en ese Centro Comercial; fundamento que considera la Sala razonable para que la señora Rosario Montenegro haya adquirido el bien a través de sus hermanas, por ser ellas de su absoluta confianza, quienes a pesar de haber presentado la mejor oferta del local y aparecer como propietarias del mismo, nunca han ocupado tal inmueble, ni han actuado como verdaderas dueña, sin que exista evidencia que aquellas hubieran trabajado para las demandadas principales o les hubieran pagado arriendo.

Además de lo anterior observa el Tribunal que la parte demandada no presenta prueba alguna que logre desvirtuar lo señalado por la actora y respaldar su alegato defensivo, dado que a pesar que pidió como prueba testimonial la declaración de los señores Elina Elizabeth Villacrés de Naranjo, Blanca Ligia León López, Mercedes de Jesús Torres de Enríquez; Ernesto Ricardo Almeida Ipíal, Aníbal Duval López Muñoz y el interrogatorio de la demandante y los mismo fueron decretados, como da cuanto el auto de 6 de octubre de 2014 (fl. 167, cdno. 1) ni el apoderado de la parte demandada, ni los testigos a su favor, asistieron a la audiencia; en lo tocante con el interrogatorio de parte, si bien compareció la interrogada (Betty de Rocío Sarasty Montenegro), el abogado de la demandada no asistió al interrogatorio ni lo presentó por escrito, sin que se evidencie dentro del expediente excusa alguna por la no concurrencia de los testigos ni del abogado a dichas diligencias. Tampoco desconocieron las demandadas el valor de los recibos de pago aportados por la parte demandante. De allí que su conducta procesal, a la luz de lo dispuesto en el art. 249 del CPC y 241 del CGP, deba ser apreciada en contra de su posición argumentativa, pues no se interesó la pasiva en demostrar o en controvertir con pruebas, los hechos que alegó la demandante en sustento de su pretensión.

Debe aclarar el Tribunal, que de ninguna manera puede entenderse que dicho contrato es nulo absolutamente por objeto ilícito, tal como lo planteara el demandado principal, pues la compraventa de inmuebles no está prohibida por la ley, y la cortapiza que impuso la alcaldía para que la persona que ya tuviera un local comercial en el sector Bomboná, no pudiera adquirir otro, hace relación con una nulidad relativa, en consideración a la persona interviniente en el contrato, la cual no fue alegada como tal, y por ende no cabe el pronunciamiento anulatorio que reclama el apoderado de la demandada principal.

Por último cabe señalar que las pretensiones indemnizatorias por el incumplimiento del pacto contractual, no pueden prosperar dado que ninguna prueba presentó la interesada respecto a los perjuicios morales causados con la conducta de las demandadas principales; por el contrario, el hecho de que las mandatarias no hayan cumplido con el encargo, hasta la presentación de la demanda, no significó merma alguna en la disposición del bien, pues a pesar de que no se efectuó el traspaso ordenado por la mandante a favor de su hija Rocío Sarasty, esta continuó ejerciendo actos de señora y dueña sobre el mismo, sin interrumpir su normal explotación comercial. Y en lo que respecta a los perjuicios materiales, estos se suplen con la orden de restitución.

En conclusión, de los elementos de prueba analizados, considera la Sala que en el caso concreto está demostrado que existió un convenio oculto, entre Rosario Montenegro de Sarasty mediante el cual encargó a sus hermanas Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez que aparecieran como adquirentes del local No. 3 del Centro Comercial Bombona y después de que la mandante lo pagara, se lo transfirieran a su hija Betty del Rocío Sarasty Montenegro, obligación que las mandatarias nunca cumplieron, y por el contrario, ahora están en imposibilidad de cumplir, porque hipotecaron el inmueble que debían transferir, y este se encuentra embargado dentro del proceso ejecutivo No. 2011-00521 adelantado ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, autoridad judicial que ya ordenó su venta en pública subasta, es decir que sobre él pesa la prohibición de ser enajenado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1521 del C.C., lo que de contera impide que las mandatarias demandadas puedan

cumplir con la obligación de transferir el bien a la demandante, cual era lo pactado en el contrato de mandato, cuya existencia se reconoce en este proveído.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia apelada y se declarará la existencia del contrato, reconociendo que el mismo fue incumplido por las mandatarias; ahora bien, en lo que respecta a la pretensión referente a que se ordene dar cumplimiento a lo convenido en el contrato de mandato, esto es, que las demandadas procedan a suscribir la escritura de propiedad del local comercial No. 3 Autoconstrucción 1 del Centro Comercial Bomboná de esta ciudad a favor de la señora Betty del Rocío Sarasty Montenegro, considera la Sala que tal pretensión no puede acogerse dado la imposibilidad jurídica que tienen las señoras Sonia Isaela Montenegro Martínez y Lorena Montenegro Martínez de cumplir, en virtud de que sobre el bien pesa hipoteca anterior a la inscripción de la demanda decretada al interior de este proceso, y medida cautelar de embargo. Por consiguiente, dado que el embargo pone el bien fuera del comercio, y cualquier negociación que sobre el mismo se haga tiene un objeto ilícito conforme el artículo 1521 del Código Civil, se hace imposible ordenar a las mandatarias cumplir con el objeto del contrato de mandato por lo que para evitar que esta sentencia se haga ineficaz, esta Sala no ordenará a las señoras Lorena Montenegro Martínez y Sonia Isaela Montenegro que le trasfieran el bien a la demandante, sino en virtud a la realidad que se avizora con respecto al bien, al momento de dictar sentencia, y para que no se haga nugatorias las pretensiones de la demanda se ordenará como restitución equivalente que las demandadas principales paguen a la señora Betty del Rocío Sarasty Montenegro el valor del bien, según se determinó mediante dictamen pericial que no fue objetado, cuyos valores deberán ser actualizados para el momento en que dicho pago se efectué, acudiendo a los valores del IPC.

Con respecto a este punto considera este Tribunal pertinente traer a colación una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, referente a resolución de contrato de compraventa, en la que se ordenó la restitución equivalente dada la imposibilidad de restituir los bienes objeto del contrato y señaló:

“Estando pues probado el incumplimiento de la demandada, el correlativo cumplimiento del actor, y tratándose además de un contrato bilateral válido, se encuentran reunidas las condiciones necesarias para la prosperidad de la acción resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil, lo que impone, por ende, la revocatoria de la sentencia apelada, para, en su lugar, acceder a la pretensión de resolución del contrato.

4. Acerca de las consecuentes restituciones mutuas que deben hacer las partes, conforme lo señalado en el art. 1545 del Código Civil, la Sala observa que con las pruebas documentales ordenadas en el fallo de casación, se encuentra acreditado que los litigantes enajenaron a terceros, en virtud de la celebración de varios negocios jurídicos [que no son materia de la acción resolutoria ejercida], los bienes que, en su día, mayoritariamente se transfirieron recíprocamente -en desarrollo del contrato de promesa-, mediante el otorgamiento de escrituras públicas de compraventa y su ulterior inscripción en las correspondientes oficinas de registro de instrumentos públicos circunstancia que constituye obstáculo insalvable para ordenar que cada una devuelva a la otra, materialmente, a título de restituciones mutuas, los bienes que recibió en desarrollo del pluricitado negocio jurídico, **lo cual implica, que debe adoptarse la decisión que mejor se acomode a la voluntad abstracta de la ley, que en este caso, será disponer unas restituciones por equivalente, que coloquen a las partes en la misma situación patrimonial que tenían al momento de contratar.**

El anunciado reconocimiento por equivalencia, en manera alguna, denota un cambio o mutación del objeto de la prestación respectiva, pues **“...cuando el Juez opta por condenar a pagar el equivalente monetario, no empece a haberse formulado pretensión dirigida a la persecución de la cosa.., lo único que hace es consultar la realidad probatoria del proceso, en cuanto le indica que se ha ‘hecho imposible o difícil’ la persecución’ en los términos que de ordinario correspondería decretar”** (CCXLIX, Vol. I, 320), tesis que si bien fue esgrimida por la Corte en un proceso reivindicatorio en el que se ejerció una acción real, puede ser aplicable a este asunto, en el que el actor promovió una acción personal, esto es, la tendiente a obtener la resolución del contrato de promesa por incumplimiento de la demandada.

Bajo este entendimiento no podría la Corte, ante la imposibilidad de disponer las restituciones mutuas que, ordinariamente, se ordenan en juicios de esta naturaleza, limitarse a declarar

la resolución del negocio jurídico sin tomar ninguna determinación encaminada a lograr la restauración de las cosas al estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato resuelto, pues un pronunciamiento con tal naturaleza, ciertamente carecería de eficacia y sería apenas aparente, puesto que cada contratante seguiría detentando los bienes que recibió en desarrollo del contrato, no obstante haberse declarado su resolución, lo que desconocería el alcance retroactivo que se ha reconocido al fenómeno resolutorio (art. 1544 Código Civil).

Recientemente, a propósito de los efectos que generaba la declaración de una simulación de unos negocios jurídicos, cuando los bienes materia de los mismos se encontraban en poder de terceros, esta Sala puntualizó que "Cuando la simulación ha quedado al descubierto, pero las secuelas restitutorias se hacen imposibles, porque los bienes han sido embargados a petición de los acreedores del comprador, nada justificaría que el propietario aparente pudiera retener bienes que son ajenos con claro desmedro de los derechos de los acreedores del dueño real. Basta con pensar por un momento en el fracaso total o parcial de la ejecución seguida contra el propietario aparente, o que luego de la venta en pública subasta algo quedase, para constatar cuán injusto sería que quien apenas pasa por dueño, sin serlo verdaderamente, pudiera recoger lo que quedase después de la ejecución seguida en su contra, o lo que es igual, que pudiese hacerse a unos bienes ajenos, y mientras tal injusto se consuma, los acreedores del verdadero dueño quedarán al margen de la posibilidad de valerse de ese patrimonio para la satisfacción de la deuda", por lo que "En semejante situación lo que más consulta los dictados de la justicia es, ante la imposibilidad de aniquilar los actos de enajenación fingidos, que el decreto de simulación se limite a reconocer el derecho de los acreedores del propietario real a recoger lo que llegase a quedar en las ejecuciones seguidas contra el propietario aparente" (cas. civ. 4 de septiembre de 2006, Exp. 5826), doctrina que, mutatis mutandis, puede ser aplicada al presente asunto, pues no sería justo, ni equitativo, declarar la resolución del negocio jurídico sin imponer unas restituciones mutuas que retrotraigan a las partes, aunque de forma distinta, a la situación patrimonial que tenían al momento de celebración del contrato.

Con otras palabras, pese a la resolución del contrato de promesa que se hará, es lo cierto que el demandante no podrá recuperar el dominio sobre el apartamento que, en su momento, enajenó a la demandada y, de igual modo, ésta tampoco recibirá los bienes que entregó al actor, pues tales negocios jurídicos, se itera, no están incluidos en la pretensión resolutoria contenida en la demanda y, adicionalmente, los objetos de los mismos se encuentran en poder de terceros, circunstancias que impiden que las restituciones mutuas comporten la orden de devolverlos real y materialmente.

Ello, empero, no es óbice para tener en cuenta, con miras a la decisión que adoptará la Corte, el valor económico de todos los bienes que fueron materia de la negociación, con el fin de establecer lo que recibió cada uno de los contratantes y adoptará la diferencia entre tales extremos, como parte del monto de la condena que se impondrá a la demandada a título de restitución."¹ (Se resalta)

Entonces, de la jurisprudencia traída a colación cabe concluir que en caso puesto a consideración de esta Corporación la forma de decretar la restitución a favor de la demandante, de manera que se consulte criterios de eficacia y equidad no es otra que mediante la entrega del valor del precio del bien inmueble objeto del contrato de mandato, es decir, restituirle por equivalencia conforme lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia en atención en casos similares al que aquí nos ocupa.

En este orden de ideas y dado que para la época de presentación de la demanda, la demandante presentó el avalúo del inmueble objeto del proceso, y ambas partes coincidieron que su valor correspondía a \$113.094.000,00, las demandadas deberá entregar a la demandante esta suma dentro del término máximo de quince días siguientes a la notificación de esta sentencia, actualizado con el IPC para la fecha en que se efectúe el pago, el que para el 30 de abril del presente año corresponde a la suma de \$144'965.582,36 de no hacerlo en este término, deberá pagar intereses moratorios, a la tasa máxima autorizada por la superintendencia Bancaria, por tratarse de un local comercial.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 3686 [SS-088-2007]

Ante la prosperidad de la pretensión principal no cabe el pronunciamiento de ninguna otra pretensión.

III.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Revocar la sentencia de 5 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO.- Declarar que existió un mandato oculto, en el que Rosario Montenegro de Sarasty, encargó a Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martinez, que aparecieran como adquirentes del local No. 3 del Centro Comercial Bombona, y después de que la mandante lo pagara, se lo transfirieran a su hija Betty del Rocío Sarasty Montenegro.

TERCERO.- Declarar que las mandatarias Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martinez están en mora de cumplir el encargo que Rosario Montenegro les hizo.

CUARTO.- Declarar que la restitución del inmueble, a efectos de cumplir el mandato, se hará por equivalencia, es decir, que las demandadas Sonia Isaela y Lorena Montenegro Martínez deberán pagar a la señora Betty del Rocío Sarasty Montenegro el valor del bien, actualizado para el momento en que dicho pago se efectuó actualizado con el IPC, valor que a 30 de junio corresponde a \$145.458.183, 56

QUINTO.- Negar la indemnización de perjuicios reclamados por la demandante.

SEXTO.- Sin lugar a condenar en costas.

SEPTIMO.- DEVUÉLVASE el expediente junto con la actuación surtida en ésta Corporación, al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

PROCESO REIVINDICATORIO – PRESUPUESTOS: Derecho de domino en cabeza del actor. / PROCESO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO - Es atributivo y no declarativo de dominio. / SENTENCIA DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO – Al constituir el fallo, la línea divisoria de los predios colindantes, atribuye a cada una de las partes un estado jurídico preciso y determinado sobre su propiedad hacia el futuro – Al existir una sentencia ejecutoriada de deslinde y amojonamiento entre las partes, la cual modificó los títulos de propiedad del demandante con relación a la extensión de su bien inmueble, haciendo que la titularidad de dominio del bien objeto de controversia, no se encuentre en cabeza de éste sino de los demandados, la acción reivindicatoria no está llamada a prosperar, al no cumplirse con el primer requisito, cual es el derecho de domino en cabeza del actor. /

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

**MAGISTRADO PONENTE:
Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ**

Referencia: Apelación de sentencia proceso ordinario reivindicatorio
Proceso No.: 2011 – 00211 – 00 (371 - 02).
Demandante: SEGUNDO ABEL CAÑAR CAÑAR
Demandado: JULIO ONIAS CAÑAR y otros

San Juan de Pasto, dieciocho (18) de abril dos mil diecisiete (2017).

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto el día seis (6) de mayo de dos mil quince (2015).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor SEGUNDO ABEL CAÑAR CAÑAR, por intermedio de apoderado judicial, presentó el día siete (7) de septiembre de dos mil once (2011) demanda contra MARÍA ROSALÍA BOTINA DE CAÑAR, ROSALBA DE JESÚS CAÑAR, JULIO ONÍAS, ROSA MARÍA CAÑAR, LUZ MARINA e ISABEL CAÑAR BOTINA, con el fin de que previos los trámites del procedimiento ordinario en ejercicio de la acción reivindicatoria, se acojan las siguientes pretensiones:

a) Solicitó que se declare que le pertenece en dominio pleno y absoluto el predio rural denominado “*Dos Lomas*”, ubicado en la vereda Duarte del municipio de La Florida (N), con el área, cabida y linderos descritos en la demanda (fl. 5 – C. Principal).

b) Consecuentemente solicitó que se ordene a los demandados a restituir a favor del demandante la porción de terreno que hace parte del anterior, identificado en los términos que se describen en el libelo y del cual son poseedores en virtud del deslinde establecido por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), en sentencia del día catorce (14) de abril de dos mil once (2011) (fls. 5 y 6 – C. Principal).

c) Que en virtud de la existencia de mala fe, se condene a los demandados al pago de los frutos naturales o civiles del inmueble mencionado, tanto los percibidos como los que se hubiera podido percibir a justa tasación de perito y el pago de las reparaciones que hubiere sufrido el demandante, por la culpa de los poseedores, sin que ellos tengan derecho a la restitución de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa.

d) Que la restitución deberá comprender las cosas que hacen parte del predio o que se reputan como inmuebles y por último, que se condene en costas a los demandados.

2. Supuesto fáctico

Los hechos en los que se fundamentan las anteriores pretensiones son en síntesis los siguientes:

a) Se describe en el libelo que dentro del proceso de sucesión del causante José Neftalí Cañar, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), adjudicó a la señora Emperatriz Botina de Cañar el predio denominado "Dos Lomas", ubicado en la Vereda Duarte en la jurisdicción del municipio de La Florida (N), protocolizado por medio de escritura pública No. 3295 del 24 de junio de 1988 de la Notaría Segunda del Círculo de Pasto y registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-47147. Se agregó que mediante escritura pública 4305 del 22 de septiembre de 1997 y matrícula inmobiliaria 240-139703, la mencionada señora donó una porción del predio, consistente de una (1) hectárea y nueve mil ochocientos metros cuadrados (9.800 m²) a su hija Rosalía Botina Cañar, y esta a su vez se lo vendió a su hijo Segundo Abel Cañar, ahora demandante, mediante escritura pública 2857 del 7 de junio de 2008.

b) Que el 14 de abril de 2011, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N) profirió sentencia dentro del proceso de deslinde y amojonamiento, promovido por el señor SEGUNDO ABEL CAÑAR contra los ahora demandados, por medio del cual se trazó una línea divisoria entre los predios colindantes, pero a su vez se cercenó de la propiedad del demandante cuatro mil quinientos metros cuadrados (4.500 m²), aproximadamente, según los levantamientos topográficos anexados con la demandada, lo que vulneró su derecho de dominio sobre la extensión de terreno de la que es dueño, como constan en las escrituras públicas anteriormente citadas.

c) Refirió que las sentencias proferidas en los procesos de deslinde o divisorios no tienen la virtualidad de ser traslaticios de dominio, razón por la cual recurrió a la acción reivindicatoria para que constatando los títulos se ordene restituir a favor del demandante los cuatro mil quinientos metros cuadrados (4.500 m²) que se encuentran en posesión de los demandados, en virtud esta sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), el día catorce (14) de abril de dos mil once (2011).

d) Finalmente, manifestó que se encuentran acreditados los todos los requisitos de la acción reivindicatoria, pues de la certificación expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos de Pasto se deduce el derecho de dominio en cabeza del demandante, de la posición asumida por los demandados dentro del proceso de deslinde y amojonamiento se deviene su condición de poseedores y del levantamiento topográfico y los títulos de adquisición allegados con la demanda se determinó de manera específica el bien o predio a reivindicarse.

3. El trámite de primera instancia

a) Con posterioridad a los trámites del impedimento alegado por la Jueza Primera Civil del Circuito de Pasto, este mismo despacho admitió la demanda mediante providencia del seis (6) de diciembre de dos mil once (2011), auto interlocutorio que se halló notificado personalmente a los señores MARÍA ROSALÍA BOTINA DE CAÑAR y JULIO ONÍAS CAÑAR BOTINA, los días doce (12) y trece (13) de enero de dos mil doce (2012) y a las señoras LUZ MARINA CAÑAR BOTINA y ROSALBA DE JESÚS CAÑAR DE CABRERA los días tres (3) y seis (6) de febrero del mismo año, respectivamente (fls. 61, 62, 78 y 80 – C. principal). Por su parte, las señoras ISABEL CAÑAR BOTINA o ISABEL CAÑAR DE PASICHANA y ROSA MARÍA CAÑAR BOTINA o ROSA MARÍA CAÑAR DE CAÑAR se notificaron personalmente de la demanda el día veinte (20) de abril del dos mil doce (2012) (fls. 122 y 123 – C. principal).

b) Las señoras LUZ MARINA CAÑAR BOTINA y ROSALBA DE JESÚS CAÑAR, a través de apoderado judicial, procedieron a dar contestación a la demanda, refiriéndose a cada uno de los hechos relatados en el exordio, tachándolos de parcialmente falsos en su mayoría, y proponiendo las excepciones que denominó: "falta de los

requisitos para reivindicar”, “sentencia en firme de deslinde y amojonamiento”, y “la innominada” (fls. 82 – ss. – C. Principal).

c) Subsiguientemente las señoras ROSA MARÍA DE CAÑAR DE CAÑAR e ISABEL DE CAÑAR PASICHANA, por conducto del mismo apoderado judicial, procedieron a contestar la demanda, oponiéndose a los hechos y pretensiones de la misma, frente a la cual formularon las mismas excepciones, pero excluyendo la segunda a la cual modificaron y denominaron: *“costado derecho del predio propiedad de la parte demandante deslindado y amojonado mediante sentencia judicial”* (fls. 127 a 139. – C. Principal). Posteriormente, se presentó memorial adicionando las excepciones de mérito planteadas por ellas (fls. 124 a 126 – C. Principal).

d) De las excepciones de mérito propuestas, el juzgado de primera instancia dispuso el respectivo traslado, interregno en el que la parte actora se pronunció tal como puede verse a folios 141 a 146 del cuaderno principal. Con posterioridad a ello, el despacho A quo mediante auto del día veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012) citó a las partes para la realización de la audiencia de la que habla el artículo 45 del Decreto 2303 de 1989, misma que fue llevada a cabo el día veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013), la cual se declaró fracasada y se fijó el litigio. Luego, en auto separado se decretaron las pruebas que en su oportunidad fueron aportadas y solicitadas por los litigantes (fls. 155 a 158 y 165 a 169 - C. Principal).

e) Una vez vencido el periodo probatorio, mediante auto calendado a tres (3) de marzo de dos mil quince (2015) se corrió el término de traslado para presentar alegatos de conclusión, derecho que fue ejercido por ambas partes con los escritos que obran a folios 214 a 226 del cuaderno principal. Surtido lo anterior, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, profirió la sentencia de primera instancia.

4. La sentencia objeto del recurso

La Jueza A quo mediante sentencia de seis (6) de mayo de dos mil quince (2015), procedió a resolver el asunto que había sido puesto en su conocimiento, tomando las siguientes determinaciones: **i)** Declaró denegadas las pretensiones de la demanda de cuyos cargos absolvió a los demandados **ii)** Impuso al demandante el pago de las costas procesales a favor de los demandados y fijó las agencias en derecho.

A grandes rasgos la sentencia de primera instancia denotó que en el proceso de deslinde y amojonamiento se discutieron las zonas limítrofes de los títulos de dominio de los predios colindantes de las partes, por lo que una vez clarificada esta situación a través de la sentencia judicial del catorce (14) de abril de dos mil once (2011) proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de la Florida (N), no podía venir a desconocerse o discutirse nuevamente tal aspecto bajo la égida de la reivindicación, so pretexto de la ausencia de presupuestos para la delimitación, máxime cuando el demandante dejó fenecer la oportunidad otorgada por la Ley para oponerse al deslinde practicado, en el que hubiese podido hacer valer los argumentos que ahora presentó.

5. Trámite de segunda instancia

a) Interpuesto el recurso de apelación en contra del fallo descrito, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, mediante providencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015) lo concedió en efecto suspensivo, siendo admitido en segunda instancia mediante auto de diecisiete (17) de septiembre del mismo año.

b) Durante el término de traslado la parte demandante sustentó su recurso de alzada, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifestó que es cierto que en el proceso de deslinde se delimitó el bien de propiedad del demandante, pero que delimitar no significaba adjudicar o declarar la propiedad, máxime cuando los demandados no aportaron ningún título que acreditara, aparte de la colindancia, derecho de propiedad o derecho real alguno que permitiera presumir el cumplimiento de uno de los requisitos de habilitan el deslinde, como lo es que se trabe entre dueños de predios contiguos y en ese sentido indicó que la sentencia en el proceso de deslinde se hizo bajo supuestos incorrectos.

Arguyó que la afirmación realizada por la Juez a quo según la cual el demandante no es dueño de la franja de

terreno que pretende reivindicar, contradice las pruebas idóneas allegadas al proceso que son la escritura pública de compraventa y el certificado de tradición del bien inmueble. Asimismo expuso que la Juez de primera instancia se contradijo en sus planteamientos al señalar que el juicio de deslinde es simplemente atributivo y no declarativo de propiedad ni de posesión, para que posteriormente afirmara que el demandante no era titular de propiedad de la franja que se pretende reivindicar, toda vez que su dominio fue modificado con la sentencia proferida dentro del proceso de deslinde y amojonamiento, quedando el predio en manos de los demandados.

En segundo lugar, señaló que los efectos de la cosa juzgada en el proceso de deslinde no puede extenderse a la acción reivindicatoria, pues aquella es el antecedente, más no la base de la acción de dominio, ya que la legitimación por activa le está dada al dueño del predio, quien interpuso la acción antes de que la referida sentencia fuese registrada, razón por la cual no puede producir efectos al ser un acto posterior a la conformación del litigio, y en ese sentido no se puede declarar a los demandados dueños de la franja de terreno a reivindicar.

Que lo anterior, en otras palabras significaba que el demandante tiene derecho a que se le resuelva la acción de dominio mirada desde el punto de vista de los extremos axiológicos que determinan los artículos 946 y siguientes del Código Civil, y que tan sólo ante una defensa adecuada por parte de los demandados podía llegarse a negar las pretensiones, hecho que desestimó al advertir que su contradictor nada probó y que por el contrario se acreditó que el demandante, para la fecha de la demanda, era el propietario del terreno que se pide restituir, por lo que solicitó que se revoque el fallo apelado.

c) En su respectiva oportunidad, el apoderado de la parte demandada y favorecida con la decisión de primera instancia, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Sanidad procesal

No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

2. Presupuestos procesales

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales, a saber: tenía el Juez de primer grado competencia para avocar conocimiento en virtud de la naturaleza, ubicación del inmueble, cuantía del asunto (art. 12 y 19 del C. de P. C.) y el domicilio del demandado (1ª regla del art. 23 *ibidem*). Las partes son personas naturales, mayores de edad, que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, fueron asistidas por profesionales del Derecho y finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las exigencias legales previstas.

3. Legitimación en la causa

El señor SEGUNDO ABEL CAÑAR CAÑAR se presentó como titular del derecho de propiedad respecto predio referenciado en la demanda, por lo que tiene pleno interés jurídico para promover la reivindicación o acción de dominio, tal como lo autorizan los arts. 946 y 950 del Código Civil. La personería sustantiva en relación con los señores MARÍA ROSALÍA BOTINA DE CAÑAR, ROSALBA DE JESÚS CAÑAR. JULIO ONÍAS CAÑAR BOTINA, ROSA MARÍA CAÑAR BOTINA, LUZ MARINA CAÑAR BOTINA e ISABEL CAÑAR BOTINA se explica por haber sido designados por el actor como los actuales poseedores del bien inmueble, cumpliéndose con lo previsto en el art. 952 ejusdem. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"(n)o existe duda alguna acerca de que "la reivindicatoria es aquella acción de naturaleza real para cuyo ejercicio está legitimado todo propietario que se halla despojado de la posesión material a que tiene derecho, para obtener ésta del poseedor a quien demanda con ese fin", por lo que "el ejercicio de la referida acción encierra necesariamente, explícita o implícitamente, junto con la afirmación de que el demandado es poseedor material de la cosa sobre la cual recae el derecho real de dominio del que el reivindicante es titular, aquella

otra en el sentido de que éste ostenta un título válido para reclamar la posesión que le ha sido rehusada" (Sentencia del 24 de noviembre de 1999, exp. 5339)

*Sin embargo, en tratándose del cumplimiento de las insoslayables cargas de lealtad y claridad que, plausiblemente, la ley impone a las partes vinculadas por el ejercicio de esta acción, le basta al actor señalar al demandado para efectos de legitimación como poseedor, para que éste, con sinceridad y adamantina probidad, como corresponde, niegue tal calidad por no encontrarse en esa específica relación material con la cosa, o manifieste, según el caso, ser simplemente tenedor del bien, que le ha sido entregado -"ex ante"- por el mismo demandante o por un tercero."*¹

En punto de legitimación en la causa es de advertir que como la calidad de propietario y poseedor son elementos que configuran la acción bajo estudio, se analizarán como tales llegado el momento.

4. La acción reivindicatoria

El derecho de dominio o de propiedad es definido por el art. 669 del Estatuto Sustantivo Civil como *"el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad."*

Para combatir la perturbación del ejercicio de este derecho real el legislador ha ideado la acción reivindicatoria, así el art. 946 *ibidem* establece que *"(l)a reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla"*.

De esta figura jurídico-sustancial se ocupa el Título XII del Libro Segundo del Código Civil. Por otra parte siguiendo la posición que de antaño defiende la rectora de la jurisdicción ordinaria civil diremos que:

*"(d)octrina y jurisprudencia han venido sosteniendo en forma reiterada y uniforme que para la prosperidad de esta acción es necesario acreditar los siguientes presupuestos: **a)** derecho de dominio en cabeza del actor; **b)** posesión del bien materia del reivindicatorio por el demandado; **c)** identidad del bien poseído con aquel del cual es propietario el demandante; y **d)** que se trate de cosa singular o cuota proindiviso en cosa singular.*

*Es claro entonces que la acción reivindicatoria, cual es en suma restituir a su dueño la cosa de que no está en posesión y que otro detenta en esa calidad, no exige ningún otro presupuesto adicional distinto a los acabados de citar."*² (Negrita fuera de texto)

En consecuencia, para resolver el recurso de apelación que ha sido interpuesto, para esta Sala será menester analizar uno a uno cada presupuesto enunciado, con el fin de verificar su cabal demostración dentro del proceso y en caso de así comprobarse, entrar al estudio de las excepciones de fondo propuestas para avizorar si éstas, tienen el alcance de destruir las pretensiones del el actor.

5. El caso concreto

Descendiendo ahora al asunto que por hoy centra la atención de esta Corporación se impone precisar el problema jurídico que suscita la presentación del recurso de alzada por parte del demandante, así: ¿La preexistencia de una sentencia ejecutoriada de deslinde y amojonamiento entre las partes, hace que en el presente caso se desestime la prosperidad de la acción reivindicatoria, toda vez que la demanda recae sobre mismo bien inmueble que anteriormente fue delimitado?

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente N° 6108.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, Sentencia de 1° de julio de 1987, citada en §4159 art. 946 Código Civil – Legis publicación electrónica.

Para brindar solución al interrogante es menester examinar el estudio que sobre el tema hizo la primera instancia y los reparos que hace el recurrente, para luego concluir si es procedente en estos casos la acción reivindicatoria o de dominio analizando cada uno de sus requisitos.

a) Derecho de dominio en cabeza del actor

Del material probatorio que obra en el plenario, la Sala encuentra acreditado que efectivamente el cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983), el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), aprobó la partición de los bienes sucesorales del señor JOSÉ NEFTALI CAÑAR, y ordenó su inscripción en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria, que pasaron a ser de propiedad de la señora EMPERATRIZ BOTINA y de sus hijos ROSALBA DE JESÚS CAÑAR, ONIAS, ROAS MARÍA, ISABEL, MARÍA ROSALÍA y LUZ MARINA CAÑAR BOTINA (fls.19 a 21-C. Principal 2). En ese orden de ideas, el bien inmueble denominado "Dos Lomas" ubicado en la vereda Tunjagrande de la jurisdicción del municipio de La Florida (N), fue adjudicado a favor de la señora EMPERATRIZ BOTINA, cuyo registro obra en el folio de matrícula inmobiliaria 240-47147(fls. 14 y 15 –C. Principal).

Luego, la señora EMPERATRIZ BOTINA DE CAÑAR donó a su hija MARÍA ROSALÍA BOTINA DE CAÑAR el derecho de dominio y posesión material sobre una (1) hectárea y nueve mil ochocientos metros cuadrados (9.800 m²) del terreno rural anteriormente citado, acto que se protocolizó el veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), mediante escritura pública 4305 otorgada por la Notaria Segunda del Círculo de Pasto y su registro en matrícula inmobiliaria 240-139703 y 240-47147 (fls 11 a 15 – Cuaderno Principal).

Posteriormente, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), mediante sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil cuatro (2004), aprobó la partición de los bienes sucesorales de la señora EMPERATRIZ BOTINA DE CAÑAR, a favor de sus hijos ROSA MARÍA, LUZ MARINA, ISABEL, MARÍA ROSALÍA, ROSABLA DE JESÚS Y ONIAS CAÑAR BOTINA, sentencia que fue aclarada mediante providencia del nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 240- 47147(fl. 22 a 31- C. Principal 2).

Ulteriormente, la señora MARÍA ROSALÍA BOTINA DE CAÑAR le vendió a su hijo SEGUNDO ABEL CAÑAR CAÑAR, la porción de terreno que le fue donada por la señora EMPERATRIZ BOTINA DE CAÑAR, la cual comprendía los siguientes linderos "(sic) CABECERA, linda con propiedades de Amilkar Criollo, zanja seca al medio; COSTADO DERECHO, con propiedades de Emperatriz Botina Vda de Cañar, surco de cabuyos al medio; POR EL COSTADO IZQUIERDO, con propiedades de Epaminondas Cañar Rogeio y Franco Popayán zajón o quebrada al medio; Y POR EL PIE, con propiedades de los herederos de Abelardo Criollo Obando, Almikar Criollo y Nelly Criollo, zanja seca y surcos de cabuyas al medio y termina". Este negocio fue protocolizado mediante escritura pública 2857 del siete (7) de junio de dos mil ocho (2008), otorgada por la Notaria Cuarta del Círculo de Pasto y se registró en el folio de matrícula inmobiliaria 240-139703 (fls. 9, 10 y 15- C. Principal).

Al año siguiente, el señor SEGUNDO ABEL CAÑAR CAÑAR interpuso la acción de deslinde y amojonamiento contra los ahora también demandados, con el fin de que se fijara la materialidad del lindero del costado derecho de su predio, proceso que terminó con sentencia, el día catorce (14) de abril de dos mil once (2011), por medio de la cual se ubicaron los mojones que trazaron la respectiva línea divisoria entre los predios, a una distancia del lindero con los demandados de 66.40 metros en el costado norte y 59.89 metros en el costado sur, corriéndose a su vez la distancia de un metro con ochenta y dos centímetros (1.82m), correspondientes a una servidumbre de tránsito que se dejó para los propietarios de los inmuebles, de un ancho aproximado de tres metros (3m). Esta sentencia fue elevada a escritura pública No. 147 del diez (10) de febrero de dos mil doce (2012), otorgada por la Notaria Segunda del Círculo de Pasto, y registrada en los folios de matrícula inmobiliaria 240-139703 y 240- 47147 (fls. 9 a 17- C. Principal 2).

Conforme a estos hechos, la falladora de grado pretérito no encontró acreditado el primer elemento de la acción reivindicatoria, al indicar que la titularidad del demandante sobre el predio denominado las "Dos Lomas", ubicado en la vereda Duarte del municipio de La Florida (N), no abarcaba el área del bien que se pretendía reivindicar con la acción, toda vez que la escritura pública 2857 de 7 de junio de 2008, otorgada por la Notaria Cuarta del Círculo de Pasto y registrada bajo folio de matrícula inmobiliaria 240-139703, fue modificada en su extensión y linderos por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), en sentencia emitida dentro del proceso 2009-00264 de deslinde y amojonamiento, creando una nueva situación jurídica para las partes en relación al bien inmueble.

Al respecto, el recurrente discrepó que si bien era cierto que la sentencia de deslinde y amojonamiento delimitó su bien inmueble, lo anterior en ningún momento significó que los aproximadamente cuatro mil quinientos metros cuadrados (4.500m²) que componen el predio que se pretende reivindicar, fueron adjudicados a los demandados, toda vez que esta decisión no tiene el alcance de ser traslativa ni declarativa de dominio, más aún cuando los demandados no aportaron en la diligencia de deslinde los títulos que acreditaran su propiedad, al contrario de él, quien sí demostró ser dueño del predio, en virtud de la escrituras públicas y los respectivos folios de matrículas inmobiliarias aportadas con la demanda.

Ante estos argumentos y con el fin de abordar el análisis, la Sala ve pertinente citar el artículo 900 del Código Civil en el que se consagra la acción de deslinde y amojonamiento, como el derecho que tiene todo propietario de solicitar y obtener en sí, la individualización específica de su predio frente al de su vecino, siendo su finalidad principal la de fijar la materialidad del lindero o línea de separación entre los predios adyacentes, imponiéndole al juez, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, el deber de *"garantizar la paz y la seguridad de los dueños de los predios colindantes por medio de la línea que señala donde termina el señorío de cada uno y empieza el de los demás. Por eso la ley le ordena dejar 'a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea, si ninguna de las partes se opone' -artículo 464 del Código de Procedimiento Civil- o como obvio, cuando no triunfa la oposición"*³.

Lo anterior significa que una vez establecido el deslinde de los bienes colindantes, sin que ninguna de las partes manifieste su oposición o habiéndolo hecho aquella no prosperó, los derechos que las partes tienen sobre sus bienes inmuebles, quedan a futuro sometidos o arreglados conforme a esa línea divisoria, argumento que más de una vez ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, cuando manifestó:

*"h.-) La sentencia que se pronuncia en el proceso de deslinde es constitutiva o atributiva de dominio, ello en atención a la confusión o incertidumbre existente entre los propietarios respecto de la verdadera y precisa línea de separación entre sus terrenos, pero nunca declarativa de dicho derecho. Esto es, el fallo proferido otorga un estado jurídico preciso y determinado. Concretamente a cada propietario le define hacia el futuro y con características de cosa juzgada cuál es la extensión de su respectivo predio sin posibilidades de que el otro pueda perturbarlo legalmente en lo sucesivo en su posesión y disfrute de la franja que le fue entregada por orden judicial."*⁴

Así las cosas, la Sala encuentra acertada la posición asumida por la Juez *a quo*, toda vez que la sentencia de deslinde y amojonamiento que profirió el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), dentro del proceso 2009-00264, sí modificó el contenido de la escritura pública 2857 del 7 de junio de 2008 otorgada por la Notaria Cuarta del Círculo de Pasto y registrada bajo folio de matrícula inmobiliaria 240-139703, en lo concerniente a la **extensión** y el alindamiento del costado derecho del bien inmueble del demandante, y en ese sentido no se puede desconocer o discutirse nuevamente tal aspecto bajo la égida de la reivindicación, *máxime* si antes de haberse proferido dicha sentencia, no podía predicarse derecho de dominio específico y concreto de alguna de las partes sobre los aproximadamente cuatro mil quinientos metros cuadrados (4.500 m²) que componen el bien a objeto de controversia, ni tampoco pretender que los demandados o el demandante son perturbadores de la posesión del otro, pues ambas partes podían ejercer su legítimo derecho hasta mientras no se les hubiese deslindado sus bienes inmuebles, y así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, quien ha reconocido que la persona que promueve una acción de deslinde y amojonamiento *"está reconociendo el derecho de dominio o propiedad del demandado, aunque pretende que por la jurisdicción y por la vía del proceso correspondiente se determine de manera definitiva cuál es la línea material o espacial que divide o separa sus predios que hasta ese momento es confusa, equívoca e incierta"*⁵.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del seis (6) de julio de dos mil siete (2007). Ref.: Expediente No. 7802.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, M.P.: Nicolás Bechara Simancas, sentencia del catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), Ref.: Expediente No. 4040.

⁵ Ibídem.

Bajo ese entendido, la confusión e incertidumbre que existía en relación con la línea divisoria entre los predios colindantes de las partes, hacía que la extensión de los mismos no estuviese definida y, por ende, carecían de protección legal, por dicha razón. En resumen, cada colindante estaba en “su” propio fundo y actuaba como dueño de lo que tenía en su poder con el reconocimiento de todos, incluyendo a su vecino.

Como corolario de lo anterior, para la Sala no tienen fundamento los argumentos propuestos por la parte demandante en la alzada, toda vez que no se logró avizorar que la sentencia de deslinde y amojonamiento haya declarado un dominio que con anterioridad no estuviese en cabeza de los demandados, sino que por el contrario aquella constituyó la línea divisoria de los predios colindantes, atribuyéndoles a cada una de las partes un estado jurídico preciso y determinado sobre su propiedad hacia el futuro, siendo obvio en este caso la modificación de los títulos de propiedad que estaban en cabeza del demandante, que contó con la mala suerte de que su posesión frente a la extensión de su terreno fuese mermada, situación que es totalmente permitida teniendo en cuenta que la acción de deslinde y amojonamiento *“persigue una decisión definitiva, pudiendo determinarse los límites respectivos de los terrenos de acuerdo con los títulos de propiedad o los signos de delimitación, aun contrariando el estado de las posesiones (...) El Juez podrá fijar la línea de separación de los terrenos, aún en contra de lo que resulta de la posesión actual de las partes, mediante documentos o señales, el estado de los lugares, la configuración de las tierras respectivas”*⁶.

Además, debe tenerse en cuenta que la fijación de los linderos que realizó el Juzgado Promiscuo Municipal de la Florida (N), el día catorce (14) de abril de dos mil once (2011), se dio conforme a lo establecido en el numeral 3º del artículo 464 del Código Procedimiento Civil, en el entendido que en la práctica del deslinde ninguna de las partes se opuso a la línea fijada, por lo que el juez pronunció allí mismo sentencia, dejando en posesión de los respectivos terrenos con arreglo a ella, por lo que no es de recibo que ahora el demandante pretenda que con la acción reivindicatoria se vuelva a tratar el asunto, con el argumento extemporáneo de que el deslinde no se hizo conforme a lo establecido en sus títulos de propiedad que allegó oportuna y debidamente en la diligencia de deslinde, cuando dejó pasar la oportunidad procesal de interponer su oposición de conformidad con lo establecido en el artículo 465 del Código de Procedimiento.

Al respecto, debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia en providencia del 24 de abril de 1984, puntualizó que no es cierto que el único objeto del proceso de deslinde y amojonamiento sea la fijación de linderos de acuerdo con los títulos, dado a que también se pueden tratar asuntos con respecto al dominio en la etapa ordinaria del mismo, consagrada en el artículo 465 del Código de Procedimiento Civil, en el entendido que *“la etapa especial del proceso, la que implica una aceptación de la titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido espacial de tales títulos; no en la etapa ordinaria en la cual, para determinar la legalidad o ilegalidad de la demarcación hecha, tienen que estudiarse hechos referentes al dominio alegados por el inconforme como motivo de su oposición”*⁷.

E incluso, agregó que:

“Las controversias sobre dominio no son ni pueden ser ajenas al proceso de deslinde e inclusive la alegación de la posesión para fundamentar la prescripción adquisitiva extintiva de dominio, sea ordinaria o extraordinaria, según el caso. Naturalmente que el escenario para dirimir tales discusiones es el proceso ordinario en el que deviene aquél cuando se presenta oposición a la línea demarcatoria fijada por el juez del conocimiento”⁸.

Ahora, bajo la lógica de lo resuelto, es claro que el demandante tenía la oportunidad procesal para oponerse al deslinde practicado por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N) el día catorce (14) de abril de dos mil once (2011). Sin embargo, se constata que él se abstuvo de presentar tal oposición atendiéndose a las consecuencias que esto implicaba, como lo es la firmeza del deslinde practicado, la cancelación de la inscripción de la demanda y la protocolización del expediente ante notaría.

⁶ Ibídem.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil Y Agraria, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sentencia del doce (12) de abril de dos mil (2000), Ref.: Expediente No. 5042.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 4040 de 14 de agosto de 1995. M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Ahora bien, respecto al penúltimo argumento esbozado por la parte demandante según el cual no existe cosa juzgada en el presente caso, toda vez que el proceso 2009-00264 de deslinde y amojonamiento, adelantado por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), es el antecedente de la acción reivindicatoria más no el cimiento de la acción, la Sala ha de señalar que está en lo correcto, pues de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, se evidencia que si bien el nuevo proceso tiene identidad jurídica entre las parte y el objeto, no sucede lo mismo con la causa, pues mientras el primer proceso buscó la delimitación de sus predios, ésta última pretende la restitución del bien, no obstante, frente a ello la acción reivindicatoria no está llamada a prosperar en vista de que la delimitación de los predios colindantes realizada a través de la sentencia del catorce (14) de abril de dos mil once (2011) del Juzgado Promiscuo Municipal de La Florida (N), definió que sobre el bien a reivindicarse la titularidad de dominio no se encuentra en cabeza del demandante si no de los demandados, lo que lleva a desestimar la prosperidad de la acción.

Ante ésta conclusión tampoco tiene asidero la prosperidad del último argumento esbozado por el demandante, respecto a que él interpuso la presente demanda antes de que la sentencia de deslinde y amojonamiento fuese registrada en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria, lo que lo legitimaba activamente para interponer la acción reivindicatoria toda vez que la titularidad de la porción de terreno objeto de controversia seguía en esa época a su nombre. Lo anterior se afirma con base en el artículo 34 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, en relación a las sentencias y el efecto *inter partes* que estas producen una vez se encuentran ejecutoriadas, de tal forma que si bien la sentencia de deslinde y amojonamiento consagró en su acápite resolutivo la protocolización de la misma, debido a lo estipulado por el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, ello es con el fin de hacerlo público y que así tenga efectos frente a terceros, pero con respeto a las personas que fueron partes en esa sentencia, desde su ejecutoria se entiende que los predios colindantes fueron delimitados y los derechos que las partes tenían sobre estos bienes quedaron atadas a futuro con respecto a esa línea divisoria, desde la firmeza del deslinde practicado.

En consecuencia, al no acreditarse el primer requisito de la acción reivindicatoria y teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que impone al demandante el deber procesal de acreditar los supuestos de hecho de la acción, la Sala procederá advertir que en presente caso no se aportó prueba alguna que tuviere la convicción o la fuerza probatoria de lograr visualizar la titularidad de la franja de terreno en cabeza del demandante, por lo que al negar éste primer presupuesto, la Sala no ve pertinente indagar sobre los demás requisitos de la acción.

No obstante lo anterior, si **sólo** en gracia de discusión pudiera entenderse que el primer requisito de la acción reivindicatoria se encontrare satisfecho, vale mencionar que el segundo de ellos hace relación a la posesión del bien materia del reivindicatorio por el demandado, de donde deviene que la parte opositora debe ser necesariamente poseedora del bien a reivindicar. No obstante, se recaba que tal como lo consideró la Sala de Casación Civil en la sentencia varias veces citada, explicó:

*"El deslinde es una típica contención **entre propietarios o titulares de derecho real** de terrenos contiguos, **y quien promueve una acción de este linaje está reconociendo el derecho de dominio o propiedad del demandado**, aunque pretende que por la jurisdicción y por la vía del proceso correspondiente se determine de manera definitiva cuál es la línea material o espacial que divide o separa sus predios que hasta ese momento es confusa, equívoca e incierta".*

Bajo ese entendido, entonces tampoco procedería la acción reivindicatoria en tanto el demandado no ostenta la calidad de poseedor respecto de la porción del inmueble en disputa, sino de propietario o titular del derecho de dominio, la cual jamás se le desconoce cuando se determina de manera definitiva la línea material y especial que separa los predios.

Finalmente, los argumentos establecidos a lo largo de éste proveído llevan indudablemente a confirmar en su integridad la sentencia fechada el día seis (6) de mayo de dos mil quince (2015) proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto. Cabe señalar que al haber sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación, se debería proceder a condenar en costas de segunda instancia, sin embargo, no habrá lugar a ello en la medida que no se han causado.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto en este proveído, el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pasto, en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto.

SEGUNDO.- SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia.

TERCERO.- ORDENAR, una vez cumplida la actuación procesal en esta instancia, el envío del expediente al juzgado de origen, dejando las anotaciones del caso en el libro radicator que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

(La H. Corte Suprema aún no ha designado su reemplazo)

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

Acta No. _____

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: Su aplicación al caso concreto exige el cumplimiento de todas las subreglas en él contenidas. / **IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD - INTERÉS ACTUAL PARA ACCIONAR:** Este sólo se renueva si el reconocimiento se realizó bajo la duda, y que la misma fuera despejada mediante la práctica de una prueba genética con anterioridad a la presentación de la demanda. / **IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD – CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:** Opera de no acreditarse el interés actual del actor. / **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: Puede ser declarada de oficio** – En tanto el actor tenía conocimiento que no era su hija biológica y que ante la ausencia de esas dudas no existía la necesidad de despejarlas a través de la práctica de una prueba de ADN prejudicial, no se entiende renovado el interés actual para accionar; verificándose que ha operado la caducidad de la acción, siendo procedente su declaratoria./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

**MAGISTRADO PONENTE:
Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ**

Referencia: Apelación de sentencia en proceso de impugnación de la paternidad
Proceso No.: 2011 - 00075 - 01 (003-01)
Demandante: WAR
Demandado: ASRZ

Buenas tardes a todas y todos, en San Juan de Pasto hoy doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las 2:30 de la tarde, fecha y hora previamente señaladas en auto del pasado veintiuno (21) de noviembre, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO en SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA, integrada por las Magistradas AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA, MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO y quien les habla GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ como Magistrado Ponente, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia prevista en el art. 327 del C. G. del P, dentro del asunto de la referencia radicado bajo el N° 52 001 3110 002 - 2011 - 00075 - 01 propuesto por WAR en contra de ASRZ, asunto que en primera instancia fue conocido por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO.

En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen, indicando:

1. NOMBRE Y APELLIDOS COMPLETOS
2. CÉDULA DE CIUDADANÍA
3. TARJETA PROFESIONAL (SÓLO PARA ABOGADOS)
4. DIRECCIÓN PARA RECIBIR NOTIFICACIONES
5. NÚMERO DE TELÉFONO
6. CORREO ELECTRÓNICO

Se comienza con la apoderado de la parte demandante (...)

Se continúa con el apoderado de la parte demandada (...)

A continuación, no habiendo pruebas que practicar, se oirá la alegación que constituye la sustentación del recurso formulado por el apoderado judicial de la parte demandada. Se le advierte:

- Que debe sujetar su alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada expuestos ante el juzgado de primer grado, puesto que la segunda instancia examinará la cuestión debatida, únicamente

en relación con tales reparos; y

- Que para la sustentación del recurso será suficiente que los recurrentes expresen las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Tiene la palabra el apoderado de la señora LAZ representante legal de la niña ASRZ, a fin de que sustente su recurso y para ello, se le concederá la palabra hasta por 20 minutos:

(...)

Se concede ahora la palabra a la contraparte, para que presente sus alegaciones respecto a la sustentación del recurso que hizo la parte contraria, hasta por 20 minutos.

EN ESTE MOMENTO, ACUDIENDO A LO DISPUESTO EN EL ART. 373 NUM. 5º INC. 2º DEL C. G. DEL P., APLICABLE EN ESTA AUDIENCIA POR LO DISPUESTO EN EL ART. 327 PENÚLTIMO INCISO, LA SALA DECRETA UN RECESO DE VEINTE MINUTOS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA.

REANUDADA LA AUDIENCIA Y Una vez oídas las alegaciones de las partes, procede la Sala a decidir sobre la alzada interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandada contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto al interior del presente asunto. Para ello, se impone precisar el problema jurídico señalando que el debate en la presente instancia gira en torno a un cuestionamiento: ¿Los precedentes invocados por la jueza de primera instancia resultan aplicables al presente asunto para entender renovado el interés actual del demandante a fin de impugnar la paternidad de la niña AS?

Ahora, antes de resolver el cuestionamiento jurídico que ha sido planteado, se recuerda que de conformidad con lo establecido en el artículo 328 del C. G. del P., el fallador de segunda instancia únicamente tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apelante, los cuales escuchados en esta oportunidad, se resumen en que la falladora *A quo* al desechar las excepciones que habían sido propuestas, no tuvo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que regulan la materia, a efectos de entender, a partir de cuándo se podía renovar el interés actual del demandante para enervar la paternidad.

Así, para resolver el problema jurídico planteado, es necesario inicialmente realizar unas precisiones. En primer lugar, el señor WAR alegó en la demanda que reconoció a la niña AS bajo la convicción de que se trataba de su hija, pero que luego en razón de comentarios y rumores, confrontó a la señora LAZ confesándole esta última que en realidad él no era su verdadero progenitor, momento a partir del cual se interpuso inmediatamente la demanda que actualmente ocupa a la jurisdicción.

No obstante, la posición expuesta por la parte demandada es que lo narrado por el actor era falso, puesto que desde el principio el señor WA sabía que la niña AS no era su hija, y que aún a pesar de dicho conocimiento y las advertencias realizadas por los abuelos maternos de la menor de edad, él procedió a realizar el reconocimiento voluntario.

Ahora, de las pruebas recabadas en el proceso, en especial los testimonios traídos por la parte demandada, entre quienes están las versiones de Johana Maritza Jojoa Yazcual¹, Maribel Díaz Acosta², Fenix Johana Díaz Acosta³, Lorena del Pilar Oviedo Montenegro⁴ e Irma Liliana Chávez Delgado⁵, la falladora *A quo* consideró que la versión que merecía credibilidad era la de la parte demandada, en el sentido de entender que el señor WA reconoció a la niña AS, a sabiendas de que no se trataba de su verdadero padre.

¹ Fl. 1 - C. Pruebas No. 4.

² Fl. 10 - C. Pruebas No. 4.

³ Fl. 18 - C. Pruebas No. 4.

⁴ Fl. 27 - C. Pruebas No. 4.

⁵ Fl. 36 - C. Pruebas No. 4.

Y es que al respecto, no resulta posible llegar a otra conclusión por cuanto todas las testigos, cuyas versiones se recogieron en las actas legajadas en el cuaderno 4 del expediente, refieren de manera categórica el conocimiento que tenían tanto de WA como de LAZ, de su relación de noviazgo, de una discusión que existió entre los dos previa a un traslado del demandante a la ciudad de Ibagué por cuestiones laborales, que la niña AS fue el producto de una relación entre L y otro hombre que en la actualidad está fallecido, y que cuando el actor regresó a Pasto, reconoció a la niña como suya a pesar de saber que no era su hija y de las advertencias que los abuelos maternos le hicieron.

Por lo demás, en adición a lo expuesto por las mencionadas testigos, también corrobora la versión de la demandante la existencia de un registro civil de nacimiento de AS, en donde en principio ostentaba los apellidos maternos únicamente⁶, lo que también puede verse en el original de su carné de afiliación al régimen subsidiado de salud⁷ y fue el 26 de septiembre de 2008, casi un año después de su nacimiento, que aparece reconocida por el demandante conforme a los documentos que se anexaron al libelo⁸.

Por ello, en su oportunidad la *A quo* y ahora este *Ad quem*, se encuentran ante un marco fáctico en el que el señor WA al momento del reconocimiento de AS estaba plenamente consciente de que él no era su padre biológico, de ahí que los apartes jurisprudenciales invocados por la Juez de primera instancia no resultan aplicables al asunto, o al menos no en la forma en que fueron invocados.

Y es que la juez de primera instancia cuando dictó el fallo que ahora se impugna, se fundamentó en la lectura de grandes apartes contenidos en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el 27 de agosto de 2015. No obstante, dicha providencia falló un caso que si bien a simple vista pudiera parecer análogo al presente, era diametralmente diferente.

Así, la anotada incompatibilidad consiste en que en el caso que estuvo bajo el conocimiento de la Alta Corporación, el presunto padre reconoció a quien consideraba su hijo **bajo la plena convicción de que se trataba de su descendiente**, situación que desde ya marca distancia con el que es de competencia de este Tribunal. Pero además de ello, las dudas que le surgieron posteriormente a dicho presunto padre, fueron develadas gracias a una prueba de ADN realizada **con anterioridad** a la presentación de la demanda, momento en el que la Corte entiende que se renovó el interés actual para accionar judicialmente la impugnación del reconocimiento voluntario.

Ahora, llama la atención de esta Sala que dentro de la extensa lectura de los apartes de la sentencia SC11339-2015 que hizo la Juez, hubiera excluido los extractos en los que acogía la posición expuesta por la Corte Constitucional, misma corporación que en el año 2010 explicó las subreglas para que el precedente fuera aplicable de la siguiente forma:

*"Como se ve, hay entonces una laguna axiológica cuando no se toma en cuenta un hecho sumamente relevante (la contundencia de una verdad científica) al interpretar una ley generalmente válida, y esa laguna amenaza derechos fundamentales del tutelante. En esos casos, debe buscarse una interpretación distinta que colme la laguna. Y en este en particular eso puede lograrse si se entiende de un modo distinto el "interés actual". Por ejemplo, si se interpreta que cuando una persona (i) **reconoce a otra como su hija**, (ii) **aunque con dudas sobre la verdadera paternidad**, (iii) **luego deja pasar un tiempo prolongado para cuestionar la paternidad**, y (iv) **decide finalmente impugnarla con fundamento en esas mismas dudas**, pero (v) **lo hace pocos días después de tener certeza sobre la realidad de la filiación, gracias a una prueba de ADN**, entonces el "interés actual" o bien se presume, o bien no se presume pero se entiende actualizado gracias a la novedad de la prueba científica"*⁹.

⁶ Fl. 26 - C. Principal.

⁷ Fl. 22 - C. Principal.

⁸ Fl. 6 - C. Principal.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 888 de noviembre 10 de 2010. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Las anteriores reflexiones, obedecen a un criterio sentado en las sentencias T – 411 de 2004, T – 1226 de 2004 y T – 584 de 2008, reiterado en la sentencia T – 888 de 2010 y luego en el año 2012, según el cual, la contundencia de los resultados contenidos en una prueba de ADN es de tal importancia, que el juez se encuentra obligado a interpretar la ley en la medida en que garantice en las mayores proporciones posibles “la primacía de la verdad manifiesta y palmaria –el derecho sustancial– consagrada en ella, sobre cualquier otra consideración jurídico formal”¹⁰. Pero siempre que se cumpla con todas las reglas antedichas, las que imperan que el reconocimiento se haya hecho bajo la duda, y que la misma fuera despejada mediante la práctica de una prueba genética con anterioridad a la presentación de la demanda.

Así, para el caso concreto no resulta aplicable el precedente invocado por cuanto WAR, al momento del reconocimiento de la niña AS, ninguna duda le asaltaba respecto de la verdadera paternidad, pues según lo demostrado en el plenario, él lo hizo a sabiendas de que no era su hija biológica.

Por ello, en el presente asunto no puede hablarse de renovación del interés actual para impugnar la paternidad, puesto que en primer lugar nunca existieron dudas sobre la verdadera filiación de la niña, la que de antemano sabía no correspondía al ahora demandante; en segundo, ante la ausencia de esas dudas no existía la necesidad de despejarlas a través de la práctica de una prueba de ADN prejudicial, la que en todo caso resultaba irrelevante, en tanto de antemano se sabía iba a resultar incompatible. Pues, del juicioso estudio realizado por la *A quo* y corroborado por esta Sala de la prueba testimonial y documental, se encuentra que todas las declaraciones que se hallan en el plenario son consistentes y responsivas en manifestar que el señor WA reconoció a AS cuando desde un principio tenía conocimiento de que la mencionada infante NO era su hija.

Tan es así, que ni la parte pasiva de la *litis*, ni los testigos cercanos a la situación familiar de aquella, afirmaron o adujeron que el demandante era el padre de la referida infante, más por el contrario, son insistentes en manifestar que el demandante NO es el progenitor de AS, en la lógica de que cuando regresó a la ciudad de Pasto, luego de varios meses de ausencia y sin tener contacto sexual con LA, ella ya estaba embarazada, y que fue iniciativa propia, la de reconocerla y hacerla pasar como su descendiente, pese al pleno conocimiento de las verdaderas circunstancias.

Es por lo dicho que en el presente caso no puede hablarse de renovación del interés actual para impugnar el reconocimiento voluntario realizado por el señor WA el día 26 de septiembre de 2008.

Ahora, **Y SÓLO EN GRACIA DE DISCUSIÓN**, tampoco puede hablarse de la mentada actualización, puesto que antes de interponer la acción de impugnación de la paternidad, si es que existían, jamás despejó sus dudas respecto de si él era el verdadero padre de la niña AS, pues contrario a lo expuesto en el libelo, la Corte Constitucional exige **el elemento de la certeza** para entender renovado el interés para actuar, mismo que se requiere, encuentre fundamento en una prueba de carácter científico, no en los simples “rumores”¹¹.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC11339-2015, explicó:

“En ese orden, es preciso determinar cuál es el hecho, el acto o la situación a partir de la que se puede considerar que el progenitor supo con una probabilidad rayana en la certeza, sobre la ausencia del nexo biológico con quien aparentemente detenta la condición de hijo y, por lo tanto, empieza a contabilizarse el término legal para impugnar el vínculo filial.

*Por ello, **es preciso distinguir entre la simple duda acerca de la existencia de la relación parental y la certidumbre sobre su apariencia**, pues es a partir de este último suceso que debe contar el **término de caducidad** para promover la acción de que se trata, vale decir, que el derecho a impugnar la paternidad **solo surge cuando el demandante es consciente de que no es el verdadero padre** (CSJ SC 12 Dic. 2007, Rad. 2000-01008-01).*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Fl. 3 – C. Principal.

En resumen, el “*interés*” para interponer la acción de acuerdo con los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T – 888 de 2010 reiterada luego en la sentencia T-071 de 2012, sólo se entiende actualizado cuando se tiene certeza respecto de la inexistencia de la paternidad a través de la **práctica de una prueba de ADN, antes de adelantar la acción de impugnación de la paternidad**, mientras que en el sub examine, el actor, con anterioridad a la interposición de la demanda nunca comprobó de manera científica que **él** no era el padre de la niña voluntariamente reconocida y en esa medida su “*interés*” jamás se puede entender actualizado.

Para concretar lo dicho, vale cuestionarse: ¿Desde cuando el demandante WARC era consciente de que no se trataba del verdadero padre de AS? Pues la respuesta no puede ser otra que desde el mismo día del reconocimiento voluntario, de ahí que es desde ese momento en que se cuenta el término de caducidad para interponer la acción de impugnación de la paternidad.

Por ello, el reconocimiento voluntario de la niña AS como hija del señor WA se hizo el día 26 de septiembre de 2008, a la fecha de interposición de la demanda 3 de marzo de 2011, ya habían transcurrido el interregno máximo que la norma dispone para ello y de ahí que haya operado la caducidad.

Ahora, el término establecido por el artículo 216 del Código Civil modificado por el artículo 4º de la ley 1060 de 2006, de acuerdo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia es un término de caducidad, cuya declaración puede realizarse incluso de oficio por el Juez.

Bajo los argumentos expuestos se responde el problema jurídico planteado en los albores de este fallo de manera negativa, en la medida que los precedentes invocados por la jueza de primera instancia no resultan aplicables al presente asunto para entender renovado el interés actual del demandante a fin de impugnar la paternidad de la niña AS. Lo anterior, consecuentemente indica la revocatoria en su integridad del fallo objeto de apelación.

Cabe resaltar que decisiones similares a la aquí declarada se proferieron en las sentencias emitidas al interior de los asuntos con radicación 2008-0370-01 (636-01) del 9 de octubre de 2012 y 2009-0241-01 (024-01) del 17 de abril de 2013, casos que resultan de ribetes fácticos análogos al presente asunto.

Por lo demás, esta Corporación es consciente del fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia STC16969 del 19 de octubre de 2017. No obstante, la Sala se separa del criterio y de la decisión allí adoptada por una razón particular, y es que en el caso analizado en la mencionada sentencia, los falladores de primera y de segunda instancia que tuvieron bajo su conocimiento la acción de impugnación de la paternidad, disponían dentro del material probatorio recogido en el plenario, no sólo el examen de ADN que descartaba la paternidad del demandante, sino también el elemento de convicción que indicaba con certeza quien era el verdadero progenitor, persona que además fue vinculada al proceso; motivo por el cual, tal realidad manifiesta prevalecía sobre cualquier consideración de índole procesal. No otra cosa puede interpretarse cuando en el pronunciamiento de la Alta Corporación se lee: *“Por ende, era deber del Juez de Familia pronunciarse en relación con la situación de este [El Padre biológico], a fin de poder establecer la real filiación de la menor.*

Sin embargo, en el presente asunto no existe prueba que determine la verdadera filiación de la niña AS, de ahí que en este caso y ante las situaciones particulares que lo enmarcan, resulta más garantista de sus derechos a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen, entre ellos el nombre, la revocatoria de la sentencia de primera instancia, la cual la despojó de toda filiación paterna. Por lo demás, se aclara que esta decisión **no es ni será** óbice para que en cualquier tiempo la niña ya mencionada pueda adelantar la acción de impugnación e investigación de su paternidad, cuando ella así lo solicite.

Finalmente, en virtud de que la parte demandante es el extremo vencido del litigio, es imperativo imponerle la condena en costas de ambas instancias. Por ello, en lo referido a las agencias en derecho de lo que corresponde al trámite *Ad quem* la Sala se regirá bajo los límites establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003, es decir, que ellas pueden ascender hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, y que fuera objeto de apelación. En su lugar se dispone:

- 1. Declarar oficiosamente que ha operado la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad invocada por el señor WARC.*
- 2. En consecuencia, denegar la totalidad de las pretensiones expuestas por la parte demandante.*

SEGUNDO. CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte actora.

TERCERO. Al momento de tasar las costas de segunda instancia, tener como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

La presente decisión se notifica por estrados de acuerdo al art. 294 del C. G. del P.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, la misma se da por terminada, no sin antes solicitar a los intervinientes que antes de retirarse, procedan a firmar el formato de control de asistencia, que hace parte del acta a que se refiere el art. 107 del C. G. del P. Gracias.

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Magistrada

CONTRATO DE DONACIÓN – Requisitos. / CONTRATO DE DONACIÓN – NULIDAD ABSOLUTA
– La inobservancia de alguno de los requisitos legales, conlleva a que el acto jurídico se encuentre viciado y proceda la declaratoria de nulidad – Teniendo en cuenta que el contrato de donación contenido en el instrumento público, no cumple con los presupuestos que exige la ley para su validez, hay lugar a decretar la nulidad absoluta de este acto, en tanto que, para la fecha en que se formalizó la escritura, el valor comercial del bien superaba los 50 salarios mínimos y en consecuencia, el trámite de la insinuación era un requisito necesario, el cual no se llevó a cabo.

PRESCRIPCIÓN - Sea adquisitiva o extintiva, debe alegarse – No es factible determinar si ha operado el fenómeno de la prescripción adquisitiva o extintiva de dominio, siendo que no fueron oportunamente propuestas. /

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

**MAGISTRADA PONENTE
Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO**

Acta No. ____

Pasto, veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

I.- EL ASUNTO

Procede la Sala a proferir por escrito la sentencia que decide RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del presente Proceso Ordinario instaurado por ROSAURA MIRANDA HERRERA

II.- ANTECEDENTES

1.- PRETENSIONES:

Exigió la actora, como peticiones, declarar que, es inexistente por la omisión de los requisitos o formalidades que la Ley prescribe para su valor, el acto o contrato de Donación celebrado por los demandados, el cual consta en la Escritura Pública 1861 del 13 de diciembre de 1991, documento en el que los demandados junto con su padre FIDENCIO BASTIDAS ROSERO (Q.E.P.D.), dieron en Donación el inmueble conocido como "Loma Linda" o lote número uno, con desconocimiento de todos los requisitos que la ley exige y en consecuencia:

- se declare la inexistencia del acto de Donación determinado en el anterior párrafo, con las consecuencias previstas en la Ley.
- Se reconozca los derechos de la demandante, como esposa, y por lo tanto se le asigne porción conyugal.
- Se reconozca el derecho para intervenir en la Sucesión intestada, la cual cursa en el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, radicada con el No. 2007-00474 a nombre de FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, con el fin de hacer valer su condición de esposa legítima y reclamar su parte dentro de la porción conyugal.
- Se declare a los demandados, responsables de los perjuicios que haya sufrido la Demandante como consecuencia de la supuesta donación celebrada por ellos, cuyo monto se fijará por los trámites del NCP.

- Se condene a los demandados a pagar a la demandante las costas del presente proceso.

Por otra parte, expresó que de no ser viable la declaración de la inexistencia del acto de donación, se decrete la Nulidad existente dentro de la Escritura 1861 de 13 de diciembre de 1991 registrada con la matrícula inmobiliaria 240-95041 de Pasto.

De igual forma solicitó que en el primer auto que dicte el juzgado de primera instancia, se comunique al Juez Segundo de Familia de Pasto, con el fin de suspender la partición de los bienes de la herencia del causante FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, mientras se defina la controversia.

2.- HECHOS:

Narró la demandante, que el señor FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, contrajo matrimonio católico, por segunda vez, con la actora ROSAURA MIRANDA HERRERA, el día 8 de abril del año 2000, hecho en el que anota que con la cónyuge tenía varios hijos anteriores al matrimonio, los cuales fueron legitimados en la ceremonia católica, mediante acta matrimonial de la parroquia de la Sagrada Familia.

Por lo anterior, considera la demandante, ser la esposa legítima con derecho a ser parte en este proceso y pretenda que a sus hijos se les dé un tratamiento igual que a los del primer matrimonio, toda vez que fueron discriminados, en razón de haberse hecho una donación del inmueble pretendido, entre el donante y los donatarios, quienes son padre e hijos respectivamente.

Expone la actora que para hacer esta donación se recurrió a la violación de los requisitos esenciales para la validez y existencia del acto de donación, tales como: **(i)** no realizar la insinuación judicial o notarial estando obligado hacerlo por ser requisito esencial del acto, **(ii)** no haber hecho el inventario de los bienes del Donante, para establecer si los bienes sobrantes son suficientes para la subsistencia del Donante, **(iii)** no se hicieron las publicaciones de Ley para que los posibles acreedores se informen y puedan hacerse parte, **(iv)** se adulteró el precio y por lo tanto se cometió un fraude fiscal, pues no se pagaron los impuestos y gravámenes correspondientes a la donación, **(v)** por último, no se tuvo en cuenta la cuarta de mejoras y la porción conyugal en el asunto. En este sentido, la demandante considera que, la donación está viciada de inexistencia por cuanto no se cumplió con los requisitos esenciales del mismo.

Por último, rescata la demandante que el señor FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, murió el día 5 de agosto de 2007, dejando entre sus bienes el lote "Villa Linda" que fue donado a sus hijos, y el cual consta en la escritura pública 1861 del 13 de diciembre de 1991. Por lo cual considera que el bien señalado corresponde al núcleo de herederos dentro de la sucesión de FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, la cual cursa en el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, radicada con el No. 2007-00474.

3.- ADMISIÓN Y CONTESTACIONES

La demanda se admitió el tres (3) de mayo de dos mil trece (2013), corriéndose traslado a la parte demanda y sus anexos por el término de veinte (20) días previa notificación personal, adicionalmente se inscribió la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-95041, a través de la ORIP de Pasto.

Los demandados se notificaron de la siguiente manera; las señoras MARLENE BASTIDAS ROSERO y CLARA ESTHER BASTIDAS ROSERO se notificaron personalmente el día 23 de mayo de 2013, la señora ALBA LUCY BASTIDAS ROSERO se notificó personalmente el día 24 de mayo de 2013, la señora ANA LINDA BASTIDAS ROSERO se notificó personalmente el día 27 de mayo de 2013, la señora MARIA DEL ROSARIO BASTIDAS ROSERO se notificó personalmente el día 28 de mayo de 2013, el señor RICARDO DE JESUS BASTIDAS ROSERO se notificó personalmente el día 31 de mayo de 2013, el señor MARIO FIDENCIO BASTIDAS ROSERO se notificó personalmente el día 19 de junio de 2013.

Quienes contestaron la demanda de forma oportuna, mediante apoderado judicial el día 21 de junio de 2013, argumentando que es verdad que la demandante fue la esposa del difunto padre de los demandados, sin embargo, la donación fue un acto entre vivos, por lo cual se trató de un contrato bilateral entre donante y donatario,

conforme a los lineamientos del artículo 1443 a 1493 del Código Civil. En ese sentido, se opuso a las pretensiones de la demandante y solicitó la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio del bien inmueble señalado en la escritura No. 1861 del 13 de diciembre de 1991, ya que los demandados lo han poseído durante más de 5 años, con justo título de forma continua, pública e ininterrumpida.

Posteriormente, el abogado de los demandantes, reformó la demanda propuesta, en la cual constan los mismos hechos y las mismas pretensiones, adicionando la pretensión de reconocer a OLIVERIO BASTIDAS MIRANDA como vocero de la sucesión de su padre FIDENCIO BASTIDAS, la cual cursa en el Juzgado Segundo de Familia.

La anterior reforma fue admitida mediante auto del dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), providencia en la que se ordenó correr traslado de la reforma a la parte demandada por el término de diez (10) días. Motivo por el cual, en concordancia con la orden precedente, la parte demandada, reiteró la contestación debido a que los hechos y pretensiones reformados eran mínimos

4.- SENTENCIA RECURRIDA:

Finalizada la instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, declaró la nulidad absoluta del acto contenido en la escritura pública No. 1861 de fecha de 13 de diciembre de 1991, corrida en la Notaría Primera del Círculo de Pasto y registrada a folio de matrícula inmobiliaria 240-95041 de la ORIP de Pasto.

Lo anterior fundamentado en que no se cumplió con los requisitos del contrato de donación, puesto que:

- (i) Si bien se podía omitir la insinuación, toda vez que, para la fecha en la que se celebró el contrato discutido, el valor asignado al inmueble no superó los 50 salarios mínimos, se evidencia una alteración respecto al precio obligatorio que se debió informar, así lo demuestra el concepto del perito asignado para determinar el valor real del inmueble, por lo cual, en razón de su valor real, el contrato debió cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 3 del decreto 1712 de 1989.
- (ii) El donatario no realizó la declaración acerca de la existencia de bienes suficientes para su congrua subsistencia, al igual que el sustento de las personas que estaban a su cargo,
- (iii) Tampoco se realizó la declaración de la existencia de bienes suficientes, que garantizarían a los acreedores el pago de las deudas obtenidas.

En conclusión el *A quo* expuso que, las pruebas recaudadas en el proceso, dejaron al descubierto que no se cumplió con los requisitos legales exigidos en la fecha que se formalizó la escritura contentiva de la donación, por lo cual declaró nulo el contrato de donación contenido en el instrumento público 1861 del 13 de diciembre de 1991 en sujeción a lo ordenado en el art. 1740 del C. Civil y en consecuencia ordenó la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes del contrato tal como lo establece el art. 1746 del citado código, en este sentido incumbe a la parte demandada restituir los frutos que pudo haber surtido el inmueble, desde el trece de diciembre de 1991 hasta la actualidad.

En último lugar y respecto a la prescripción adquisitiva de dominio, el Juzgado de primera instancia, argumento que se debió proponer mediante demanda de reconvención y no como excepción de mérito, tal como lo establece el Código de Procedimiento Civil.

5.- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del señor Mario Fidencio Bastidas, quien actúa como parte demandada, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia formulando los siguientes reparos concretos:

1. No se comparte el criterio de tener que demandar en reconvención la declaración de pertenencia, toda vez que la Ley 791 de 2002 aplicable al proceso, dice que la prescripción se puede alegar como acción o como excepción y en este caso se alegó oportunamente por el apoderado de los demandados la excepción de prescripción adquisitiva, dado que se ha ejercido la posesión del bien inmueble de forma

continua, pacífica y pública desde el año 1991, fecha en que data la escritura pública, contando de esta forma con un justo título.

2. El juez debió negar las pretensiones principales o subsidiarias, puesto que, en el caso bajo estudio, operó el fenómeno jurídico de la prescripción ordinaria, toda vez que según dispone la Ley 791 de 2002 el término de la prescripción para inmuebles que cuenten con justo título es de cinco (5) años, además los demandados han ejercido sobre el terreno actos de señor y dueño conllevando con ello una posesión continua, pacífica y pública sobre el mismo.

3. Se argumenta que solo estuvo arrendada una parte determinada del terreno Villa Linda, mas no la totalidad del mismo, por lo tanto, existe inconformidad en cuanto al monto de la condena de restitución y pago de frutos pues, el juez *A quo* tomó el valor total de \$358.117.419 como monto de la condena, lo cual para el apelante es una suma que no se encuentra ajustada a derecho, toda vez que no discrimina verdaderamente el valor recibido por concepto de arrendo.

4. Igualmente, no se comparte la condena en costas, por cuanto al decretarse las pretensiones de la demanda se estaría dando valor a la cuantía de la misma, pero al estar la parte demandada absolutamente en contra de la decisión, es el superior jerárquico quien decidirá si proceden o no las pretensiones de la demanda y en caso de cambiar la decisión no se deberá condenar en costas a la parte demandada.

5. Se advierte que la fecha en que se celebró la escritura pública de donación, se parte de la presunción de buena fe que el acto no superaba los 50 salarios mínimos, pues el salario mínimo para la época era de \$51.716, por lo cual no era necesario el trámite de la insinuación, además se aportó un avalúo comercial correspondiente al avalúo catastral de la fecha, igualmente se debe tener en cuenta que un avalúo comercial puede ser del doble del catastral, por lo cual no se puede tomar que el predio tenía un valor de \$179.772.894 toda vez que es costumbre en la compra y venta de inmuebles rurales que se venda y compre por hectáreas no por metros cuadrados, así las cosas le corresponde al Superior determinar incluso la cuantía del proceso.

Se debe tener en consideración que al momento de sustentar su apelación, el recurrente nada dice sobre los frutos a restituir, por lo cual esta Sala no se ocupara de tal punto.

6.- ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al Tribunal el dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), sin embargo, por inconvenientes tecnológicos, se ordenó al Juzgado de primera instancia enviar una copia del DVD de la audiencia adelantada el ocho (08) de febrero hogaño, a fin de realizar el estudio exhaustivo del proceso, en este sentido, una vez cumplida la orden por el *A quo* el veinte (20) de febrero cursante se admitió el trámite del recurso de apelación.

III.- CONSIDERACIONES

3.1 ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

3.1.1 Presupuestos Procesales

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales: competencia, capacidad para ser parte y para comparecer al proceso de los sujetos involucrados, constatándose finalmente que la demanda acredita los supuestos básicos de formalidad para su análisis en sentencia de mérito.

3.1.2 Sanidad Procesal

No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insaneable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

3.2 PROBLEMAS JURÍDICOS

Es de cargo del Tribunal, en esta ocasión, determinar en primer lugar si el contrato de donación celebrado bajo la Escritura Pública 1861 del 13 de diciembre de 1991 cumple con todos los requisitos que exige la Ley para su validez, una vez examinada la anterior cuestión, se analizará en segundo lugar si en el caso bajo estudio ha operado o no el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio.

3.3 EL CASO CONCRETO

Como es de conocimiento éste Tribunal debe analizar dos problemas jurídicos, el primero de ellos relativo al cumplimiento o no de los requisitos del contrato de donación contenido en Escritura Pública 1861 del 13 de diciembre de 1991, frente al cual se hacen las siguientes consideraciones:

El contrato de donación, como se ha estipulado en el artículo 1500 del Código Civil, es un contrato solemne en el cual deben acaecer todos los requisitos que la Ley dispone así como los del Decreto 1712 de 1989, razón por la cual la inobservancia de alguno de ellos conllevaría a que el acto jurídico se encuentre viciado y por ende la declaratoria de nulidad sería una actuación inminente.

En este sentido, el artículo 3º del Decreto 1712 de 1989 establece que la escritura pública de donación deberá contener *"la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia"*, por su parte el artículo 1º del mismo Decreto señala que *"corresponde al notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor excede la suma de 50 salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal (...)"*

Frente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha manifestado que:

Del recto y armónico entendimiento de estos preceptos, se infiere con precisión que la tasación de las donaciones, a efectos de determinar si su valía hace necesaria la insinuación, debe surgir del valor que los activos involucrados tienen en el comercio¹.

Así mismo ha manifestado la más Alta Corporación que *"el avalúo catastral y el avalúo comercial, tienen naturalezas, metodologías y finalidades diferentes que impiden asimilarlos"*, pues por una parte el avalúo catastral fue concebido por las normas tributarias con el fin de determinar la base gravable del impuesto predial y *"tal estimación se efectúa a través de un procedimiento generalizado y abstracto, con base en la información que se obtiene a través de los procesos de formación y conservación catastral y, además, teniendo en cuenta parámetros objetivos que se aplican a los bienes que se hallan en una determinada zona"*.

Por su parte el avalúo comercial, *"representa el valor de un bien en el mercado, en un momento y en un lugar determinado, teniendo en cuenta sus características particulares, es decir, es el precio más favorable por el cual un inmueble se transaría en un mercado donde el comprador y el vendedor actuarían libremente, con el conocimiento de las condiciones tanto físicas como jurídicas que afectan el bien"*.

Así las cosas, si bien en el caso bajo estudio el instrumento público que contiene la donación refleja que se hizo por el valor de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000.00) M/CTE, por su parte, la prueba aportada por la perito demuestra que el bien objeto de donación para la fecha en que se realizó el acto tenía un valor comercial de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES SETESIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$179.772.894.00) M/CTE, peritazgo que no fue objetado por ninguna de las partes y que al corresponder a un tema técnico, el Juez puede solicitar los conocimientos de un auxiliar de la justicia experto y valerse de los mismos para su pronunciamiento de fondo.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia: 25269-3103-001-2006-00210-01

En este orden de ideas, se evidencia que para la fecha de la escritura en mención, el valor comercial del bien superaba los cincuenta (50) salarios mínimos, pues no es de recibo para este Tribunal acoger la tesis del apelante de que sí se "aportó un avalúo comercial correspondiente al avalúo catastral", según lo manifestó en sus reparos concretos, toda vez que no cabe confundir o asimilar una y otra noción, ya que no basta con aportar el avalúo catastral, porque con ello no se acredita cuál es el costo real que en el mercado tiene un inmueble específico, en una época y en un sitio específico, en consecuencia, el trámite de la insinuación era un requisito necesario que en el presente caso no se llevó a cabo.

Por lo tanto, se ha demostrado que el contrato de donación contenido en la Escritura Pública 1861 del 13 de diciembre de 1991, adolece del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, y en consecuencia se confirma la sentencia de primera instancia que declara la nulidad absoluta del acto en mención, lo anterior, con base en los argumentos ya expuestos.

Ahora, pasando al segundo problema jurídico que nos compete, lo referente a determinar si en el caso bajo estudio ha operado o no el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio, se debe primeramente hacer relación a que según lo dispone el artículo 2513 del Código Civil "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquier otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

De la lectura de la norma anterior, es claro que se debe alegar la prescripción, sea ésta adquisitiva o extintiva, y a ella debe dársele el trámite legal. En el caso sub lite, se verifica que en la contestación de la demanda se solicitó por el apoderado inicial de todos los demandados la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, por cuanto los demandados a la fecha de la demanda, esto es, 19 de marzo de 2013, tenían más de 20 años de posesión sobre el inmueble cuya donación se pretende sea declarada inexistente, o nula en forma subsidiaria. Es de precisar que no se alegó en esta misma oportunidad la prescripción extintiva de la acción. Para mayor claridad del asunto es menester rememorar que con posterioridad a la contestación inicial de la demanda, se presenta reforma a la misma, la cual es admitida mediante providencia de fecha 16 de septiembre de 2013, frente a la cual se pronuncia oportunamente el apoderado de Clara Esther, María del Rosario, Marlene, Ricardo, Alba Lucy y Ana Linda, el día 07 de octubre de 2013, siendo reiterada por el apoderado la petición de declarar la prescripción extraordinaria de dominio a favor de sus procurados judiciales, sin que en esta oportunidad se hiciera alusión a contestar el libelo petitorio a nombre de MARIO FIDENCIO BASTIDAS. Con fecha diez (10) de octubre de esa misma anualidad se allega escrito del codemandado MARIO FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, en el cual otorga poder a otro togado para que represente sus intereses en el proceso de la referencia, quien da respuesta a la reforma a la demanda, proponiendo la excepción de prescripción extraordinaria de dominio y la extintiva de la acción, esta última con fundamento en que han transcurrido más de diez años desde el momento en que entró a regir la ley 791 de 2002, en relación con la fecha de presentación de la demanda; pero dicha contestación se consideró extemporánea por el Juzgado de primera instancia, mediante providencia del 26 de noviembre de 2013, frente a la cual se interpuso recurso de reposición y apelación, siendo confirmada lo resuelto mediante providencia del día 18 de septiembre de 2014. Por lo cual existe un pronunciamiento de fondo con efectos de cosa juzgada al cumplirse con las exigencias del artículo 303 del Código General del Proceso, que implica finalmente entre otras que las prescripciones propuestas, no fueron oportunamente alegadas.

De otra parte, al interponerse el recurso de apelación frente a la sentencia de segunda, el único apelante resulta ser el apoderado del señor MARIO FIDENCIO BASTIDAS, respecto de quien se determinó en la forma indicada anteriormente que su respuesta no había sido formulada oportunamente, considerando esta Sala que mal puede alegar como motivo de apelación la prescripción tanto extintiva de la acción, como la adquisitiva de dominio. Y si se admite que al trabarse la litis, el señor MARIO FIDENCIO estuvo representado por un togado diferente, baste decir que el recurso interpuesto por este fue declarado desierto por la señora Juez, con fundamento en la no debida sustentación del mismo. Al respecto Memórese que dicho apoderado sólo atino a afirmar que se atendía a lo expuesto por el apoderado que sustentó el recurso de apelación, en representación del señor Mario Fidencio. La situación que se acaba de exponer, no constituye violación al debido proceso, porque palmario resulta que se encuentra ajustada a derecho.

Con relación al valor que se debe cancelar por frutos, es claro que en la debida oportunidad procesal, esto es, al momento de intervenir en la audiencia de sustentación del recurso, nada dijo en concreto el apelante sobre tal

punto, y solo atinó a indicar que no existía auto que declarara en firme el dictamen pericial, pero resulta que a la luz del Nuevo Código General del Proceso resulta suficiente que sea puesto en conocimiento de la parte contra la cual se aduce (Artículo 228 C.G.P.) lo que efectivamente se cumplió en el presente trámite. Ver folio 41 cuaderno de pruebas de la parte demandante.

Finalmente, haciendo alusión al reparo formulado por la demandada cuando alude que las agencias en derecho se tasaron muy altas, habrá que decidir que resulta completamente impróspero, toda vez que el artículo 366 numeral 5º. Del CGP reza: *"la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo"*.

COSTAS: Teniendo de presente el contenido del artículo 365 del CGP, se condena en costas a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a favor de la parte no apelante.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del ocho (08) de febrero de 2017, proferida por Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del presente proceso Ordinario instaurado por ROSAURA MIRANDA HERRERA Y OLIVER BASTIDAS MIRANDA contra MARIO FIDENCIO BASTIDAS ROSERO, MARÍA DEL ROSARIO BASTIDAS ROSERO, CLARA ESTHER BASTIDAS ROSERO, MARLENE BASTIDAS ROSERO, ALBA LUCY BASTIDAS ROSERO, ANA LINDA BASTIDAS ROSERO y RICARDO BASTIDAS ROSERO.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante. Por concepto de agencias en derecho en esta instancia se señala una suma de dinero equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En la liquidación inclúyase por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

CONTRATO DE VINCULACIÓN DE VEHÍCULO AUTOMOTOR - Responsabilidad Solidaria en Accidentes de Tránsito – La parte actora se encuentra legitimada en la causa por activa, para proponer la acción de reintegro de lo pagado, teniendo en cuenta que en caso de accidentes de tránsito existe una responsabilidad solidaria entre las empresas transportadoras, junto a propietarios, poseedores o tenedores de vehículos de transporte de servicio público y el conductor, pudiendo el acreedor demandar a todos los deudores solidarios o a cualquiera de ellos, por lo cual no era obligatorio para la empresa llamar en garantía a la aseguradora.

CONTRATO DE VINCULACIÓN – El contrato es ley para los contratantes, debe ejecutarse de buena fe y obliga a lo que en él se expresa. / CONTRATO DE VINCULACIÓN DE VEHÍCULO AUTOMOTOR – Incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa - Procedencia de declarar probada la excepción de negligencia de la parte demandante en la defensa de los intereses del demandado y a la consecuente reducción del monto de la obligación impuesta a éste, teniendo en cuenta que la empresa no cumplió con las obligaciones estipuladas en el convenio suscrito, en tanto no le brindó la debida asesoría jurídica, ni fue diligente en el proceso de responsabilidad civil extracontractual adelantado en su contra, por lo cual no puede pretender reclamar el pago de la totalidad del valor cancelado por la condena impuesta./

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

**MAGISTR
ADA PONENTE:
*Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO***

Acta No. ____

Pasto, veintiuno (21) de Noviembre de dos mil diecisiete (2017)

I.- EL ASUNTO

Procede la Sala a proferir por escrito la sentencia que decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia dictada el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis 2016, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto por FLOTA GUAITARA S.A. frente a BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ. Lo anterior atendiendo lo dispuesto en audiencia de apelación del pasado 03 de noviembre de 2010, en la cual se anunció el sentido de fallo, advirtiéndole que el mismo sería proferido dentro de los diez días siguientes.

II.- ANTECEDENTES.

LAS PRETENSIONES

A través de apoderado debidamente constituido, y mediante demanda presentada el día 14 de mayo de 2014 la sociedad demandante FLOTA GUAITARA S.A. presentó demanda ordinaria declarativa en contra de BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ, en la cual pretende

1.- Se declare que entre el demandado y la sociedad demandante se firmó un contrato de vinculación respecto del vehículo de placas SJP 224 fechado el primero de abril de 2005, vigente para el momento del accidente de tránsito.

- 2.- Que se declare que el vehículo SJP 224 afiliado a Flota Guaitara el día tres de febrero de 2008, de propiedad del señor BERNARDO GUERRERO, cuando cubría la ruta de Pasto a Cali cerca de la población de El Estrecho, Patía, en el cual OSMAR GIRON y NICOLASA CORREA y en virtud del cual el Juzgado Civil del Circuito de Patía, dentro del proceso 2009 – 00017 dictó sentencia condenatoria el día 28 de abril de 2011 en contra de Flota Guaitara, la cual se encuentra ejecutoriada.
- 3.- Declarar que para evitar el embargo de los bienes FLOTA GUAITARA S.A. y en virtud de lo pactado en la cláusula novena del contrato de vinculación ante los hechos descritos, la empresa demandante logró un acuerdo de pago con los demandantes y el día cinco de agosto de 2013, y pagó la suma de \$90.562.396 al apoderado de los demandantes FAVIO ANDRES LÓPEZ DAZA en cheque de Bancolombia.
- 4.- Que se declare que BERNARDO ARNULFO GUERRERO en virtud de lo consagrado en el contrato de vinculación en la cláusula novena está obligado a reintegrar a FLOTA GUAITARA lo que ésta ha pagado por daños ocasionados en el accidente de tránsito ocurrido el tres de febrero de 2008. Producido con el vehículo de placas SJP 224.
- 5.- En virtud de lo consagrado en la cláusula novena del contrato de vinculación, de lo dispuesto en la ley y del pago hecho por FLOTA GUAITARA S.A. se condene al demandado a pagar la suma de \$90.562.396, más los intereses moratorios a la tasa máxima permitida desde el día cinco de agosto de 2013 y hasta que se haga efectivo el pago
- 6.- Se condene en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS FACTICOS

- 1.- El día cinco de abril BERNARDO ARNULFO GUERRERO suscribió con la empresa FLOTA GUAITARA un contrato de vinculación respecto del vehículo de placas SJP 224.
- 2.- Dicho contrato se ha venido renovando y se encuentra vigente conforme a la cláusula segunda del mismo.
- 3.- El objeto del contrato fue destinar el automotor mencionado al servicio público de transporte de pasajeros en la modalidad interdepartamental, para laborar en el radio de acción, rutas y horarios autorizados, obligándose a respetar y cumplir las normas legales que rigen el transporte y los reglamentos de la empresa.
- 4.- Los derechos y obligaciones pactados en el contrato de vinculación son de obligatorio cumplimiento tanto para el propietario BERNARDO GUERRERO como para la empresa FLOTA GUAITARA S.A.
- 5.- En la cláusula novena del contrato se pactó:

*"Indemnizaciones: Cuando ocurran siniestros de tránsito con consecuencias dañosas para el propietario y /o representante del vehículo, pasajeros o terceras personas, propietario y/o representante del vehículo **deberá asumir la responsabilidad de los daños y perjuicios ocasionados, obligándose contractualmente a salir en garantía de la EMPRESA en caso de acciones contravencionales, administrativas, civiles o penales o extrajudiciales en las cuales se le vincule como solidariamente responsable, pactando desde ahora que LA EMPRESA pueda exonerarla de cualquier responsabilidad indemnizatoria y que si por algún motivo esta debe pagar indemnización de perjuicios por hechos dañosos derivados de acciones del conductor, para obtener el reembolso de la suma pagada, sin que se requiera sentencia condenatoria, ya que si a juicio del apoderado de LA EMPRESA existe indicio de responsabilidad podrá transar y conciliar con los afectados, la indemnización a reconocer y a pagar, contribuyendo el acta, desistimiento, conciliación, u otros similar que demuestre este pago, prueba de la cuantía de la obligación a pagar por el titular del vehículo."***

- 6.- El día tres de febrero de 2008 el vehículo de propiedad del señor BERNARDO GUERRERO, cuando

cubría la ruta de Pasto a Cali, cerca de la población de El Estrecho, Patía, sobre la vía panamericana tuvo un accidente. Así consta en la sentencia que se adjuntó como prueba emitida dentro del proceso tramitado en el Juzgado Civil del Circuito de Patía.

7.- Con ocasión del accidente ocurrido el 3 de febrero de 2008 falleció OSMAR GIRON CORREA y la señora NICOLASA CORREA.

8.- Los señores Nuvia González de Girón, y Cristian, Omar, Oneida, Yacqueline, Dianet María, presentaron demanda de responsabilidad extracontractual en contra de Bernardo Arnulfo Guerrero de la Cruz, Luis Alfonso Rodríguez y Flota Guaitara.

9.- La demanda indicada se radicó en el Juzgado Civil del Circuito del Patía Cauca con el número 2009 00017.

10.- Flota Guaitara contestó la demanda.

11.- El Juzgado Civil del Circuito el 28 de Abril de 2011 dictó sentencia condenatoria por la muerte de OSMAR GIRÓN y otra.

12.- En dicha sentencia se profirieron las siguientes condenas:

Primero: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de fondo denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA y CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, propuestas por la apoderada judicial de la empresa FLOTA GUAITARA S.A. de conformidad con las consideraciones que antecede.

Segundo: DECLARAR no probada la excepción de fondo denominada INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD, planteada por la misma apoderada atendiendo las consideraciones precedentes.

Tercero: TENER por excluidos de las pretensiones de la demanda, como integrantes de la parte demandada, a los señores, BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ y LUIS ALFONSO RODRÍGUEZ, propietario y conductor del vehículo de placas SJP 224, por voluntad de su apoderado y teniendo en cuenta los motivos ya expuestos.

Cuarto. DECLARAR, que la empresa FLOTA GUAITARA es civilmente Responsable de los perjuicios de orden material y moral causados a los demandantes, derivados del accidente de tránsito ocurrido en el kilómetro 16 más 100 mts de la vía panamericana, en jurisdicción del corregimiento de El Estrecho, municipio de Patía, el 3 -02- 2008, en el cual falleció el señor OSMAR GIRÓN y otra, por la colisión de los vehículos de placas SJP 224, afiliado a la empresa transportadora mencionada y DPS35A motocicleta conducida por la víctima.

Quinto: CONDENAR a la empresa FLOTA GUAITARA S.A. a pagar, una vez esté ejecutoriada la presente sentencia las siguientes sumas de dinero:

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES, LUCRO CESANTE a favor de la señora NUVIA GONZÁLEZ DE GIRON la suma de cuarenta y un millones ochocientos nueve mil cuatrocientos setenta pesos (\$41.809.470) y por daño emergente la suma de un millón novecientos treinta y cinco mil pesos (\$1.935.000)

Por concepto de perjuicios morales. A favor de NUVIA GONZÁLEZ GIRON Y CRISTIAN GIRON GONZÁLEZ el equivalente a treinta (30) SMLV. Para OMAR, ONEIDA, YACQUELINE Y DIANET MARIA GIRÓN GONZÁLEZ El equivalente a veinticinco (25) SMLV.

Sexto: Una vez la obligación sea exigible y no la pague oportunamente el obligado causará a favor de los demandantes intereses legales a la tasa del 6% anual.

SEPTIMO: Condenar en costas a la empresa FLOTA GUAITARA S.A. a favor de la parte demandante, en proporción del 60%. Oportunamente, liquídense por secretaria.

- 13.-** Una vez en firme la sentencia indicada, los demandantes procedieron a instaurar a continuación del proceso ordinario, uno de naturaleza ejecutiva, que tuvo por objeto cobrar la totalidad de la indemnización, agencias en derecho y costas procesales de las dos instancias y las que se causaban en el nuevo trámite.
- 14.-** El nueve de septiembre de 2011 se libró mandamiento de pago por las sumas indicadas en la sentencia del Juzgado de Patía y por la suma de \$4.808.488 como costas del proceso ordinario de responsabilidad extracontractual más los intereses legales de las sumas antes relacionadas.
- 15.-** El día cuatro de octubre de 2011, el Juzgado Civil del Circuito de Patía, ordenó seguir adelante la ejecución en contra de FLOTA GUAITARA S.A. conforme se decretó en el mandamiento ejecutivo y ordenó practicar la liquidación del crédito. Igualmente condenó en costas a la parte ejecutada; señaló como agencias en derecho la suma de \$5.000.000 a favor de la parte ejecutante y a cargo de la ejecutada.
- 16.-** El 23 de noviembre de 2012, el Juzgado Civil del Circuito del Patía ordenó modificar la liquidación del crédito, que totalizada arroja el valor de \$78.010.938 que con intereses legales desde el 19 de septiembre de 2011, hasta noviembre de 2012 \$5.460.765 y Agencias en derecho \$5.000.000 lo que arroja un total de crédito de \$88.471,703.
- 17.-** Para evitar el embargo de bienes FLOTA GUAITARA S.A. logró un acuerdo de pago con los demandantes y el día cinco (5) de agosto de 2013 pagó la suma de \$90.562.396.00
- 18.-** Dicho pago se hizo a los demandados, por intermedio de su apoderado FAVIO ANDRÉS LÓPEZ DAZA, mediante cheque JQ281269 de Bancolombia. Se anexa comprobante de pago.
- 19.-** Como está demostrado, FLOTA GUAITARA pagó la suma \$90.562.396, obteniendo una rebaja de las sumas cobradas en el proceso ejecutivo.
- 20.-** En virtud de lo pactado en la cláusula novena del contrato del vinculación, ya transcrita anteriormente, FLOTA GUAITARA S.A. mediante este proceso hace la reclamación al señor BERNARDO GUERRERO de las sumas pagadas por valor de \$90.562.396.
- 21.-** El señor BERNARDO GUERRERO adeuda la suma antes indicada a FLOTA GUAITARA en virtud de lo dispuesto en el contrato de afiliación.
- 22.-** Desde el 8 de Agosto de 2013 BERNARDO ARNULFO GUERRERO debe sobre la suma de \$90.562.396 los intereses máximos permitidos por la ley.
- 23.-** La suma adeudada no ha sido pagada por BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ, por tanto la obligación es exigible.
- 24.-** FLOTA GUAITARA S.A. solamente puede reclamar del demandado su dinero, desde el momento que hace el pago a los demandantes.
- 25.-** FLOTA GUAITARA citó al señor BERNARDO GUERRERO a conciliar ante el centro de conciliación de la cámara de comercio de Pasto, declarándose fracasada.

ACTUACIÓN PROCESAL SURTIDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, admitió la demanda mediante proveído del día 25 de julio de 2014, ordenó notificar al demandado quien a través de apoderado da respuesta a la demanda oportunamente y se pronuncia frente a cada uno de los hechos de la demanda y formula como excepciones AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, CARENCIA DEL DERECHO A DEMANDAR, CULPA DE LA PARTE ACTORA POR NO HABER FORMULADO EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL PROCESO ORDINARIO 2009 00017, QUE CURSÓ EN EL JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE PATÍA CAUCA, PRESCRIPCIÓN, LA INNOMINADA O GENÉRICA QUE SE DESPRENDA DE TODO HECHO FAVORABLE A LA PARTE DEMANDADA.

Como hechos en los cuales sustenta las excepciones se relaciona:

1. La parte actora no se encuentra legitimada en la causa por activa, habida cuenta que el pago de la condena la obliga única y exclusivamente a la misma, quien por desidia, incuria, negligencia, falta de cuidado y vigilancia en la representación judicial que confirió en el proceso ordinario 2009 00017, dejó de llamar en garantía a la aseguradora la equidad, seguros.
2. El demandado contaba con los seguros exigidos por ley, los cuales se encontraban vigentes para el momento del accidente de tránsito.
3. El demandado desconoce las razones de orden fáctico y legal que haya tenido el señor gerente de FLOTA GUAITARA S.A. por no haber entregado a su apoderado judicial las pólizas consiguientes, con las cuales pudo la aseguradora en cita pagar el monto de la indemnización que le correspondía.
4. A la empresa FLOTA GUAITARA S.A. no le asiste derecho alguno para reclamar el reintegro, sabiendo como sabía su representante legal, que el demandado contaba con los seguros vigentes al momento del accidente de tránsito.
5. El pago de la indemnización fue el resultado de doble conducta culposa de parte del representante legal de FLOTA GUAITARA S.A. a saber: 1) por no haber llamado en garantía a EQUIDAD SEGUROS y 2) por haber pagado la obligación judicial después de la sentencia de primera instancia que incluso no pudo ser revisada por el Superior jerárquico del Juzgado Civil del Circuito de Patía Cauca, cuyo recurso de apelación interpuesto al parecer fue declarado desierto.
6. La empresa demandante permitió el ejecutivo a continuación del proceso ordinario, donde no solamente se liquidó daños materiales y morales sino intereses y costas del ejecutivo, cuando de haber sido su representante legal diligente pudo haber depositado el monto de las condenas en el término legal concedido.
7. La exigibilidad del posible reintegro se daba para el mes de abril de 2011 y a las alturas de esta contestación la acción propuesta se encuentra prescrita.
8. Han transcurrido tres (3) años y seis (6) meses desde cuando quedo ejecutoriada la sentencia y la fecha de pago es irrelevante para postular la acción de reintegro de lo pagado, máxime cuando la indemnización materia de condena pudo haberse pagado por EQUIDAD Seguros, bajo supuesto de haberse llamado en garantía, lo cual no se dio por culpa de la FLOTA GUAITARA, por medio de su representante legal quien tenía pleno conocimiento de la vigencia de las pólizas consiguientes.
9. Todo hecho que resulte favorable a las manifestaciones de voluntad de la parte demandada, quien fue desvinculado del proceso, por las razones que se connotan en la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Patía Cauca.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En providencia del dieciséis (16) de noviembre de 2016,¹ el *a quo* profirió las siguientes decisiones: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por el señor **BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ**, y declaro que el mismo incumplió las obligaciones derivadas del contrato de vinculación que celebraron con Flota Guaitara, por lo tanto, deberá pagar a FLOTA GUAITARA S.A, la suma de noventa millones quinientos sesenta y dos mil trescientos noventa y seis pesos (\$90.562.396) más los intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, causados desde el 14 de abril y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

¹ Fls 107 C-1.

RECURSO DE APELACIÓN.

Actuando dentro del término legal, la parte demandada señor BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ, formuló recurso de apelación en contra de la decisión en comento oportunamente.

Los reparos concretos enunciados se fundan en que hubo conducta negligente de la empresa en su defensa al interior del proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual en el cual resultó FLOTA GUAITARA condenada por el deceso del señor OSMAR GIRON y NICOLASA CORREA, en tanto el gerente no hizo entrega a la apoderada que defendía los intereses de la demandada en el proceso referido de las pólizas que amparaban el vehículo de propiedad del señor BERNARDO GUERRERO, pese a que la abogada representaba a ambos demandados, y no se hizo por parte de ésta llamamiento en garantía a la aseguradora y era deber de la empresa adjuntar la póliza de seguro vigente a la hora de adelantar el trámite, precisando que dicha actuación no estaba a cargo del señor Bernardo Guerrero, ya que dependía de la junta directiva y la gerencia. Igualmente indica que por lo tanto se debía realizar el cruce de la deuda con el valor correspondiente a la póliza, resultando disminuida la deuda del señor Bernardo Guerrero. Lo anterior en tanto que de haberse llamado en garantía a la aseguradora la condena tenía que haber sido menor, si se considera el valor asegurado en la póliza menos el deducible. Igualmente y en relación con la misma conducta negligente de la empresa expresa el recurrente que la Empresa tenía que haber pagado oportunamente la condena impuesta en sede del proceso de responsabilidad civil, pero espero hasta el mes de Agosto de 2013 para proceder a su cancelación, lo cual generó intereses de mora, que incrementaron el valor de la condena.

III. CONSIDERACIONES

DEL CONTRATO DE VINCULACIÓN

Resulta indiscutible que en el presente asunto existe un contrato de vinculación suscrito entre la empresa demandante y el señor BERNARDO ARNULFO GUERRERO, y en relación con el vehículo de placas SJP 224, (Folios 12 a 19 cuaderno principal)

Sobre dicho contrato el decreto No. 171 de 2001 por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Pasajeros por Carretera, en sus artículos 53 y 54 dispone el tipo de contrato por medio del cual se realiza la vinculación de un automotor a una empresa de servicio público, en principio define *"La vinculación de un vehículo a una empresa de transporte público es la incorporación de éste al parque automotor de dicha empresa. Se formaliza con la celebración del respectivo contrato entre el propietario del vehículo y la empresa y se oficializa con la expedición de la tarjeta de operación por parte del Ministerio de Transporte. Por otra parte, se entenderá que "El contrato de vinculación del equipo se registrará por las normas del derecho privado, debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, su término, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas, las obligaciones de tipo pecuniario y los mecanismos alternativos de solución de conflictos al que se sujetarán las partes. Igualmente, el clausulado del contrato deberá contener en forma detallada los ítems que conformarán los cobros y pagos a que se comprometen las partes y su periodicidad. (...)"*

DE LOS REPAROS CONCRETOS

En cuanto a lo inicialmente esbozado por la parte demandada respecto de la obligación de la empresa de llamar en garantía a la aseguradora, parte la sala por considerar que en el caso de accidentes de tránsito existe una responsabilidad solidaria entre las empresas transportadoras, junto a propietarios, poseedores o tenedores de vehículos de transporte de servicio público y el conductor, conforme al artículo 991 del Código de Comercio. Asimismo la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la solidaridad pasiva comulga del litisconsorcio facultativo, recordando que tiene lugar cuando la presencia de los sujetos que lo integran no es requisito para la debida integración del contradictorio, porque ostentan relaciones jurídicas independientes respecto de la otra parte procesal y solo por razones de conveniencia o de economía concurren a un mismo proceso, es decir, *"demandados algunos de los obligados, es dable resolver de fondo sin la presencia de los otros. Por esto, según el artículo 1571 del Código Civil, el "(...) acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios, o contra*

cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que pueda oponérsele el beneficio de división.” A la luz de lo expuesto resulta entonces cierto que no era obligatorio para Flota Guaitara llamar en garantía a la aseguradora.

Corresponde ahora ocuparnos del otro reparo elevado por el apoderado del demandado atinente a que la Empresa fue negligente en su defensa y que tal proceder afectó finalmente los intereses de su procurado judicial. Para dar respuesta al planteamiento hemos de tener presente los literales h y k de la cláusula quinta del contrato de vinculación de vehículo automotor, cuyo tenor literal es el siguiente: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: h) *Tomar con una compañía de seguros una póliza de seguros colectivo que ampare a cada uno de los vehículos vinculados y con una prima a cargo del vinculado* y k) *brindar al VINCULADO asesoría jurídica por conducto de un profesional acreditado ante LA EMPRESA o contratado por ésta, en la etapa administrativa o de investigación de la infracción de tránsito correspondiente. La asistencia jurídica posterior a las acciones judiciales por reclamación de derechos vulnerados, será pactada entre el VINCULADO y el profesional del derecho autorizado por LA EMPRESA.*

Sobre la existencia de las pólizas de seguro no queda duda a esta Sala, en tanto a folios 14 y 15 del cuaderno de pruebas de la parte demandada obra el SEGURO DE AUTOMOVILES PÚBLICO, POLIZA AA000840, FACTURA AA006911 documento en el cual figura como tomador Flota Guaitara; asegurado Bernardo Guerrero de la Cruz y Beneficiario Flota Guaitara, con vigencia desde el día 10 de junio de 2007 hasta el día 10 de junio de 2008. En dicha póliza al hacer detalle de las coberturas y valor asegurado se tiene responsabilidad civil extracontractual, daños a bienes de terceros, valor asegurado \$26,022.000; lesiones o muerte de una persona \$26,022.000; lesiones o muerte de dos o más personas \$52,044.000, deducible del 20%. De la lectura de la póliza se tiene que la mentada póliza ampara el vehículo de placas SJP 224 y en ella además se incluye asistencia jurídica, y en caso de homicidio el amparo por este concepto ascendía a la suma de \$3.345,600.

La existencia del contrato de vinculación del vehículo de placas SJP 224 y de la póliza a que acaba de aludirse no es puesta en duda ni por la parte demandante, ni por el demandado, quien por el contrario advierte que la empresa debió hacerlas efectivas lo cual no hizo por su conducta negligente.

De conformidad con el artículo 1602 del C.C.C. todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales y adicionalmente conforme al artículo 1603 ibídem deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

En relación con la buena fe en el cumplimiento de los contratos nuestra Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia T 537 de 2009, Expediente T- 1954.426 Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto, providencia en la cual se expresó:

“El contenido del principio de buena fe es tan variado como las situaciones en que se concreta o en que sirve como parámetro interpretativo de otras disposiciones, sean éstas las generales o las propias de cada contrato. Sin embargo esto no significa que su contenido sea gaseoso y se evapore dejando al juez sólo con un elemento de naturaleza moral abstracta de poca utilidad o de gran subjetividad al momento de decidir en los casos concretos. Al igual que los demás principios constitucionales, y más los que son precisados en disposiciones legales específicas, el contenido del principio de buena fe se debe concretar en aspectos que limiten la amplitud con el que las partes y el juez lo deben valorar; en este sentido puede decirse que de este principio se derivan deberes propios del tráfico negocial en la sociedad de un Estado que, como el previsto en la Constitución de 1991, resalta los valores de inclusión, pluralismo y solidaridad entre sus habitantes. De esta forma entiende esta Sala de Revisión que, aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, equilibrio reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros. Sin embargo, debe así mismo resaltarse que la aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe no puede hacerse de una manera mecánica, sino que serán los elementos propios de cada situación, la actitud de las partes en ejecución del contrato, las cláusulas específicas por éstas acordadas, etc. las que determinen la interpretación que el juez haga del principio de buena fe en cada específica situación.

En este sentido, la aplicación del principio de buena fe no significa la quiebra de la seguridad jurídica que debe regir las relaciones entre particulares, ni el reemplazo de las cláusulas contractuales y las disposiciones

legales por pareceres subjetivos del juez al momento de resolver las controversias contractuales. El juez debe siempre tener como fundamento de su fallo las disposiciones jurídicas relativas al caso; el principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual –aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma–, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados. En otras palabras, el principio de buena fe obliga a que las partes, además de cumplir lo estipulado en el contrato y exigido expresamente por el ordenamiento, asuman comportamientos que honren los deberes que se deriven de la naturaleza de la obligación contractual y de la finalidad por ellas buscada al realizar el contrato, lo cual puede conducir a un resultado diferente del obtenido de una interpretación literal simplista y superficial, pero que, sin duda alguna, será acorde con los postulados de un Estado social de derecho inspirado en principios de justicia material y privilegio de lo sustancial sobre lo formal.”

De acuerdo con la respuesta dada por el presidente de la junta directiva de Flota Guaitara, (folio 5) la empresa brindó asesoría jurídica al acá demandado, pero la misma no fue adecuada tal como pasa a analizarse.

Se dice por el recurrente, que Flota Guaitara fue negligente cuando habiendo sido demandada en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, propuesto por NUVIA GONZALEZ DE GIRON, CRISTIAN GIRON GONZALEZ, OMAR GIRON GONZALEZ, YACQUELINE GIRON GONZALEZ, DIANET MARIA GIRON GONZALEZ, el cual se adelantó en el Juzgado Civil del Circuito de Patía (Cauca), no sólo no llamó en garantía a la Aseguradora, sino que no apeló la sentencia en la cual se declaró responsable extracontractualmente a la empresa, (sentencia que tiene por fecha abril 28 de 2011) y menos aún canceló el valor de la condena en forma oportuna.

Sobre estos puntos se tiene que efectivamente existe certificación que acredita que en el proceso de responsabilidad civil extracontractual no hubo llamamiento en garantía, (folio 31 cuaderno pruebas parte demandada). El señor Vicente Arnulfo Vallejo Mera, presidente de la junta directiva de la empresa, en declaración que obra a folio 5 del cuaderno de pruebas de la parte demandante manifiesta que conoció de la renuncia al poder por parte de la asesora jurídica de la empresa y preguntado sobre ello responde que la renuncia la presentó al cargo “no al poder del caso que nos ocupamos.” Después en la misma diligencia aclara que la empresa siempre ha tenido asesor jurídico, pero de su misma declaración se concluye que en relación a los procesos adelantados en contra de la empresa, se atienen a los informes que éste rinda. Además precisa que la persona que sabe porque no se hizo uso de las pólizas es el gerente. De otra parte llama la atención de la Sala el hecho de que la empresa si bien inicialmente dirigió reclamación a la aseguradora, ésta se exoneró así misma, como se desprende del folio 18 y 19 del cuaderno de pruebas de la parte demandada. Pese a esto esa manifestación no era óbice para que la empresa demandada al contestar la demanda de responsabilidad, la llame al proceso para que judicialmente se determinara si en alguna medida estaba llamada o no responder. Esa era la instancia en la cual se podía determinar con meridiana claridad tal aspecto, pero la empresa se atuvo a la negativa de la aseguradora sin reparo alguno.

También es cierto que Flota Guaitara no pagó oportunamente el valor de la condena impuesta y los interesados debieron promover el proceso ejecutivo correspondiente y a continuación del ordinario de responsabilidad civil extracontractual, librándose mandamiento de pago el nueve de septiembre de 2011, y dictándose providencia de seguir adelante la ejecución el cuatro de octubre del 2011, y solo viene a realizarse el pago de la condena el cinco de Agosto de 2013, por valor de \$90.562.396. Como explicación por parte de la empresa se adujo que se vieron en la necesidad de acudir a préstamos bancarios para proceder al pago exigido sin que se encuentre acreditada tal situación.

En ese orden de ideas aparece claro que la Empresa no defendió diligentemente sus intereses y mal puede pretender ahora reclamar el pago de la totalidad del valor pagado por la condena impuesta en su contra al señor BERNARDO GUERRERO, en tanto si se hubiese llamado a la Aseguradora, ésta debía responder, al menos por el monto del valor asegurado, con su respectivo deducible, tal como lo advierte la parte apelante. La demandada omitió tal llamamiento, pese a contar con la póliza que amparaba el vehículo, y que ella era la tomadora y beneficiaria de la misma. Por lo tanto Flota Guaitara deberá asumir la consecuencia de su omisión y sus efectos, toda vez que no actuó de manera diligente en la defensa de sus intereses, contando con los medios para ello.

Si es como se tiene que en el proceso ejecutivo que surgió como consecuencia del no pago de la sentencia condenatoria inicial, la liquidación del crédito, que fue modificada por el mismo juzgado mediante auto del 23 de noviembre de 2012, ascendió a la suma de \$78.010.938, cifra que habrá de tomarse como base para efectos de la condena y no la suma \$90.562.396 que fuere cancelada finalmente con ocasión a la mora en el pago por parte de Flota Guaitara.

Precisamente de la suma de \$78.010.938 deberá descontarse el valor asegurado, esto es, \$26.022.000 menos deducible, que es el 20% por valor de \$5.204.400 según se desprende del texto de la misma póliza, arrojando un valor a descontar de \$20.817.600, debiendo reconocer el señor Bernardo Guerrero a la Empresa Flota Guaitara la suma de \$57.193.338, cifra respecto de la cual reconocerá intereses de mora desde el dos de octubre de 2014, fecha en la cual se fue notificada la demanda.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), por El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, en el proceso ordinario civil con radicado 520013103002201400136-00

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de negligencia de la parte demandante FLOTA GUAITARA S.A. en la defensa de los intereses del demandado BERNARDO ARNULFO GUERRERO DE LA CRUZ.

TERCERO.- REDUCIR el monto de la obligación impuesta al demandado Bernardo Arnulfo Guerrero de la Cruz, **DECLARANDO** que el valor a cancelar por aquel a la Empresa Flota Guaitara, en atención al contrato de vinculación es por \$ 57.193.338, cifra respecto de la cual deberá pagar intereses de mora desde el momento de notificación de la demanda, esto es, el día dos de octubre de 2014.

CUARTO.- Condénese en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante en un 50%. Como agencias en derecho se señala la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense oportunamente.

QUINTO.- DEVOLVER oportunamente el expediente diligencias al Juzgado de origen, dejando las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

LOS MAGISTRADOS,

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVAEZ

SIMULACIÓN RELATIVA – REQUISITOS: Análisis Probatorio. / SIMULACIÓN RELATIVA – PRUEBA INDICIARIA: El vínculo filial no es suficiente, per se para entender configurada la simulación del negocio jurídico – De la valoración en conjunto de los medios de prueba recaudados, se determina que no hay lugar a declarar la simulación relativa de los actos jurídicos de compraventa y declaración de mejoras realizados, al no encontrarse demostrados los requisitos para ello, por cuanto la prueba aportada por los demandantes y los indicios deducidos, no tienen la suficiente contundencia para inferir que lo deseado por los contratantes, fue distinto a lo declarado en las escrituras; a pesar de encontrarse acreditado el parentesco entre los negociantes, no hay prueba de otros indicios de simulación, por lo cual debe darse prevalencia a lo exteriorizado en dichos actos jurídicos que se tachan de simulados./

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación: 2011-00129-00 (898-02)
Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario de simulación
Demandante: Eduardo Ordoñez Castillo y Otros
Demandado: Carlos Andrés Ordoñez Jaramillo
Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto

MAGISTRADA PONENTE: AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto al interior del referenciado asunto.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA.- El señor EDUARDO ORDOÑEZ CASTILLO y otros por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de simulación en contra del señor CARLOS ANDRES ORDOÑEZ JARAMILLO con el fin de que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declare **(i)** que la compraventa contenida en la escritura pública 1794 del 15 de abril de 2004, protocolizada ante la Notaría Cuarta de Pasto, referida al inmueble distinguido con folio de matrícula inmobiliaria N° 240-152290, situado en la calle 17 # 24-80 y 24-82 de esta ciudad, *“es simulada relativamente, y que la venta contenida en el citado instrumento público, solo lo fue del 50% de la propiedad sobre el citado inmueble”*. Por lo tanto, que el verdadero propietario común y proindiviso del 50% del aludido bien es el señor Sergio Elías Ordóñez Bucheli, fallecido, quedando el restante 50% en cabeza del demandado. **(ii)** Que las mejoras declaradas en el mencionado predio, denunciadas en la escritura pública 4839 del 1º de septiembre de 2004, cursada ante la Notaría Cuarta de Pasto, es simulada relativamente, por lo que se debe definir que las mismas son del demandado apenas en un 50%, perteneciendo el saldo a Sergio Elías Ordóñez Bucheli (q.e.p.d.). **(iii)** Se comunique a la ORIP de Pasto, para hacer las modificaciones respectivas en el folio de matrícula inmobiliaria –anotaciones 8 y 9-. **(iv)** Se condene al demandado a pagar los frutos producidos por el inmueble, cuyo 50% pertenece a Sergio Elías Ordóñez B. (q.e.p.d.) desde el 7 de julio de 2010 hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso, en una suma mensual de \$5'000.000, la cual se pidió indexar; **(v)** se condene en costas al demandado (folios 71 a 74 del primer cuaderno principal).

Los hechos en los que se fundamenta la demanda, son los siguientes:

El 2 de mayo de 2001, a través de escritura pública 1962 de la Notaría Cuarta de esta ciudad, Sergio Elías Ordóñez Bucheli adquirió el inmueble ubicado en la calle 17 # 24-80/82 también de esta localidad, cuyos linderos se insertaron en el hecho primero de la demanda; lo cual hizo para construir en él un centro comercial con locales para arrendar, según consta en las solicitudes por él radicadas ante la Curaduría Segunda de esta ciudad, el 17 de julio de 2003, encaminadas a demoler la edificación presente y construir otra en su reemplazo, obteniendo

pronunciamientos favorables.

Seguidamente, con su patrimonio, procedió de conformidad, levantando el *"centro comercial Santa Fe"*. Mediante *"acuerdo de confianza"* con Carlos Andrés Ordóñez Jaramillo, Sergio Elías Ordóñez Bucheli acordó venderle el 50% del centro comercial, conviniendo, a efectos de evitar mayores gastos, que el 100% del inmueble quedaría a nombre del demandado. Así procedieron en 2004 por conducto de la escritura 1794 de 15 de abril, pese a que el convocado no tenía ingresos laborales o por honorarios, *"y su patrimonio no le generaba dificultad tributaria en incorporar a su favor la totalidad de la propiedad del inmueble"*. Por eso en realidad la transferencia fue del 50% del bien, reservándose el señor Sergio Elías el restante 50%.

Seguidamente, el levantamiento de mejoras fue pagada en partes iguales por Sergio Elías y Carlos Andrés, pese a lo cual en la escritura pública 4839 del 1º de septiembre de 2004 se declaró su edificación únicamente a favor de Carlos Andrés.

El centro comercial se explota con el arrendamiento de sus locales y espacios, entregándose por Carlos Andrés el 50% de su producción a Sergio Elías, persona que falleció el 7 de julio de 2010, sobreviviéndole su cónyuge Dévora Moreno y sus hijos, Eduardo Rafael, Sergio Segundo, Campo Elías, Luz Marilyn Ordóñez Castillo; Gloria del Rosario Ordóñez Moreno, Carmen Alicia Ordóñez de Caicedo, Patricia Liliana Ordóñez Jaramillo y el demandado Carlos Andrés Ordóñez Jaramillo. Este último efectuó consignaciones a favor de sus hermanos Luz Marilyn, Segundo Sergio, Eduardo Rafael y Campo Elías Ordóñez Jaramillo, haciéndoles suscribir constancias de pago en las que se dijo que las mismas eran por concepto de *"derecho de propiedad de parte del inmueble denominado CENTRO COMERCIAL SANTA FE"*.

El porcentaje del inmueble y sus mejoras que en realidad le corresponden al causante Sergio Elías Ordóñez Bucheli, deben retornar a su patrimonio, cuya liquidación se adelanta por vía de proceso de sucesión tramitado ante el Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (folios 75 a 80 del primer cuaderno principal).

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA. El juzgado de primera instancia, una vez presentada la demanda, procedió a admitirla, imprimiéndole el trámite de un proceso ordinario de simulación, ordenando la notificación personal del demandado.

Efectuado esto último, el demandado a través de apoderada judicial, procedió a contestar oportunamente la demanda impetrada, formulando las excepciones que consideró pertinentes.

Posteriormente agotada la audiencia prevista en el art. 101 que en su momento contemplaba el C. de P. C., se abrió a pruebas el asunto, decretándose los medios de convicción solicitados por las partes.

Evacuada dicha etapa, se corrió traslado para que los extremos en litigio presentaran alegatos de conclusión, oportunidad que, dicho sea de paso, fue aprovechada por las partes en contienda.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. La señora Jueza Primera Civil del Circuito de Pasto, profirió sentencia, en la que decidió negar las pretensiones de la demanda tras considerar que los indicios carecen de la gravedad, contundencia y coherencia para colegir la simulación.

DEL RECURSO DE APELACIÓN. Actuando dentro de término, la parte demandante formuló recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, presentando de manera concreta los argumentos de disconformidad frente al mismo, de acuerdo a lo establecido en el art. 322 del Código General del Proceso. El recurso que fue concedido en el efecto suspensivo por la a quo.

En audiencia celebrada el día 9 de noviembre del hogaño, el recurrente sustentó su recurso, sin embargo, de acuerdo a los argumentos ahí esbozados, se estimó que el fallo de segunda instancia debía ser proferido de manera escrita, tal y como lo autoriza el inciso 2º, numeral 5º del artículo 373 del C. G. del P.

Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Reunidos como están los presupuestos procesales para resolver el fondo del asunto, y sin que se avizore causal alguna de nulidad del proceso, deberá la Sala pronunciarse sobre los recursos de apelación incoados por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia. Para ello, nos ceñiremos a los reparos concretos formulados por el apelante, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de conformidad con los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P., y que pasamos a analizar partiendo de los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

El apoderado de la parte demandante argumentó que hay incongruencia entre los presupuestos fácticos obrantes en el proceso y los usados en la parte motiva de la sentencia, ya que la parte demandante sí probó los hechos de la simulación reclamada, errando en la apreciación de la prueba y en la aplicación de la Ley.

Adujo que la sentencia es incongruente porque no se le dio el valor probatorio a las pruebas contenidas en el proceso, no se tuvieron en cuenta o apenas se soslayan las pruebas presentadas por los demandantes. No se tuvo en cuenta que hubo documentación sospechosa procedente de la parte demandada, como son las declaraciones de renta que no probaron la capacidad económica del demandado, no hay prueba de pago del precio, hay ausencia de movimientos bancarios, egresos o movimientos asociados con los pagos efectivos. Se dejó de apreciar la falta de capacidad de pago, máxime cuando el dictamen pericial concluyó aquella no se podía establecer. No se dio valor probatorio a documentos como el acuerdo verbal sobre derechos de propiedad diferente a la supuesta deuda que dijo tener el demandado con Sergio Elías, así como los recibos de pago, esta situación se presentó como derechos de pago del centro comercial. No se le dio el valor probatorio al documento suscrito por Sergio Elías cuando aclaró lo referido a su propiedad en el momento de su enfermedad, pues dicha declaración no puede considerarse unilateral dado que no fue controvertida y por lo tanto se debe entender como una confesión ficta. Por eso no se hizo eco a los argumentos de la demanda. También se probó la causa para simular con testimonios que no fueron tenidos en cuenta de manera suficiente para probar lo que efectivamente acreditaron, mismos que tampoco fueron tachados de falsos, debiéndose acoger, más por las personas de quienes provinieron.

Planteados de esa forma los reparos formulados por la parte apelante, es labor de la Sala determinar si la valoración probatoria hecha en primera instancia fue o no adecuada, de cara a la pretendida simulación relativa de los actos jurídicos de compraventa y declaración de mejoras, contenidos en las Escrituras Públicas 1794 y 4839 de 2004, emitidas ante la Notaría Cuarta de Pasto y debidamente registradas en el folio de matrícula inmobiliaria N° 240-152290 de la ORIP de Pasto.

Para tal efecto, arriba al Tribunal, ajeno a toda controversia entre las partes, que el 2 de mayo de 2001, a través de escritura pública 1962 de la Notaría Cuarta de esta ciudad, Sergio Elías Ordóñez Bucheli adquirió el inmueble ubicado en la calle 17 # 24-80/82 también de esta localidad, por la suma de \$81.000.000 (folios 50 y 51 del cuaderno principal). Igualmente, que con Resoluciones 2C000373-18-07-2003-2 y D-000369-18-07-2003-2 de 18 de julio de 2003, se concedieron sendas licencias de construcción y demolición en el aludido inmueble, ambas a favor del señor Sergio Elías Ordóñez, especificándose en la primera que las mejoras a levantar consistirían en un centro comercial de tres plantas, con un área total de 1.089,44 metros cuadrado; reconociéndose en ambas como responsable de la obra al arquitecto Carlos Andrés Jurado (folios 30 a 33 del cuaderno principal y 175 a 178 del cuaderno de pruebas de la parte demandante).

Escapa también a cualquier discusión, que en la escritura pública 1794 del 15 de abril de 2004, protocolizada ante la Notaría Cuarta de Pasto, se formalizó un contrato de compraventa referido al inmueble trabado en la Litis en su estado de lote de terreno posterior a la demolición de la antigua casa que sobre él se levantaba; comprensivo también de la licencia de construcción concedida por la Curaduría Segunda de Pasto. La venta se hizo por parte del señor Sergio Elías Ordóñez y a favor de Carlos Andrés Ordóñez Jaramillo, declarándose que el valor de la negociación ascendió a \$148'407.277 -\$140'000.000 por el lote de terreno y \$8'407.277 por la licencia y planos aprobados-, plasmándose que el vendedor Sergio Elías Ordóñez recibió *"el dinero en efectivo y a su satisfacción de manos del COMPRADOR, en la fecha de suscripción del presente documento"* (folios 27 a 29 del cuaderno principal).

Hay también consenso en que por medio de la E.P. 4839 del 1° de septiembre de 2004, el demandado declaró ante la Notaría Cuarta de esta ciudad, la construcción del *"edificio santafe"*, el cual dijo haber levantado con sus propios

recursos, con un costo final de \$100'000.000 (folio 39 del c. principal).

Teniendo en cuenta que la parte demandante acusa la sentencia de una inadecuada valoración de los elementos de convicción, la Sala debe por ello efectuar el escrutinio de las piezas procesales que al respecto obran en el expediente, anunciando que, en la misma forma como lo concluyó la funcionaria de primer grado, se concluye que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

Atacándose tanto la escritura pública de venta como el levantamiento de las mejoras en el inmueble, señaló la parte demandante que en ella la participación real para el comprador hoy demandado solamente era del 50%, y no todo, como en la transacción se declaró únicamente para *"no hacer una sociedad que implicaba más gastos, costos e impuestos"*, así como porque ello no implicaba dificultad tributaria para el demandado, pero sí beneficiaba a su padre.

Comenzaron los demandantes por presentar insistente y consistentemente una versión coherente con esos sucesos, cuando cada uno de ellos compareció a cumplir con su declaración de parte. En sus interrogatorios se ocuparon de relatar cómo su padre Sergio Elías Ordóñez les dijo que en efecto transfirió el inmueble disputado a su hijo Carlos Andrés hoy demandado, en su totalidad, aunque en realidad solamente lo fue de un 50%, conservando la mitad para sí, a efectos de guarecerse y asegurarse contra las contingencias de la vejez, evitando al paso problemas de tributación.

Valga aclarar que la fuente del conocimiento de los hechos narrados no se halla en la percepción directa que por sus sentidos pudieron advertir los declarantes de los hechos que comentaron, sino que se encuentra en lo que según contaron, les ilustró su padre, el señor Sergio Elías, en circunstancias que de haber en efecto así sucedido, debieron contar con otros insumos probatorios que los refrendaran, lo cual no ocurrió, según se verá a lo largo de esta providencia.

Dentro del trámite también se logró que se presentara como testigo a cargo de la parte actora, Emma Lucía Ordóñez, hermana del causante, quien refirió que su consanguíneo construyó junto con el demandado, por mitades, recibiendo igualmente el 50% de los cánones, según él le comentó. Igualmente el difunto le dijo que había pagado solo el precio respectivo. Empero, ningún conocimiento directo tuvo de lo que contó, sino que todo lo conoció a partir de lo que le comentaba su hermano (folios 165 a 169 c. pruebas demandante).

También concurrió Franklin Córdoba vecino de Sergio Elías, quien le contó lo que haría, coincidente con la versión de la demanda. No obstante, igualmente, todo lo conoció por menciones del hoy fallecido Ordóñez Bucheli, a quien dijo haberle creído por ser una persona cumplida con sus deberes (folios 169 a 172 c. pruebas demandante).

Entonces, a pesar de que existen declaraciones de parte y testimonios de oídas respecto a la existencia de un negocio simulado entre Carlos Andrés y su padre, considera la Sala que los mismos no tienen la fuerza probatoria que lleve directamente a concluir tal situación, pues sus argumentos decaen ante la contradicción de los otros medios de prueba, cuyo análisis se emprende a continuación.

Frente a la copia de un manuscrito que se dice firmado por Sergio E. Ordóñez, en el que bajo el título *"Sergio tiene propiedades así"*, se enlistó *"1 cuarto del centro (sic) comercial"*, tal como se avista a folio 234 del segundo tomo del cuaderno principal, debe precisarse inicialmente que en él no hay confesión ficta, porque ella se produce cuando no se contesta la demanda o no se hace un pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o se emiten afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad (art. 97 CGP), cuando la parte no asiste a la audiencia en la que se le ha de interrogar, es renuente a responder o emite respuestas evasivas (art. 205), cuando una parte impide la práctica de un dictamen pericial (art. 233), cuando la parte es renuente injustificadamente a la exhibición de un documento en su poder (art. 267) y cuando la parte deja de asistir sin justificación a la audiencia inicial (art. 372 num. 4); es decir, no encaja en ninguno de los presupuestos que la ley procesal ha contemplado para tal efecto.

No obstante, si en gracia de discusión se le diera el alcance que se pretende otorgarle, la real noción de dicha prueba llevaría a sugerir una apropiación de un porcentaje de la construcción, mas en nada afectaría la venta precedente, por lo que habiendo sido ella primero y sin que en su contra exista evidencia de irrealidad parcial, la

participación del causante a lo sumo, consistiría en una apropiación de algo erigido en suelo ajeno, lo que a su turno explica lo esbozado por el demandado cuando adujo que su padre le prestó una suma de dinero para la construcción del centro comercial.

Luego, a folio 235 del segundo tomo del cuaderno principal aparece otra lista de bienes, en la que se enuncia que el centro comercial Santa Fe es *"de Sergio la mitad"*. Pieza procesal que logra tener incidencia probatoria, aunque carezca de firma o rúbrica de quien la creó, pues nunca se discutió su autoría, presumiendo que quien la profirió fue Sergio Elías. Dicha prueba valorada en armonía con la que antecede, permite llegar a la misma conclusión y es que Carlos Andrés, en efecto, construyó la edificación con ayuda de su padre que se materializó a través de un mutuo, pues el demandado reconoció que Sergio Elías le prestó \$440.000.000, mismos que fueron pagados en un porcentaje directamente a él y con posterioridad a su muerte, consciente de la deuda, a algunos de sus hermanos, tal y como aparece probado en el plenario y de lo cual se hablará en detalle cuando se analicen las pruebas aportadas por el extremo pasivo de la Litis.

Entonces, con lo hasta aquí advertido, se colige que no hay probanza alguna a cargo de la parte demandante que muestre o sugiera la irrealdad parcial de la venta, la que por cierto fue superior al avalúo catastral del inmueble que para 2004 era de \$127'307.000 (folio 716 c. pruebas demandante).

Como atrás se dejó enunciado, en la escritura pública correspondiente se aseguró que el valor atribuido a la transacción se recibió a satisfacción por el vendedor, quien así lo percibió en dinero en efectivo de manos del comprador-demandado, en la fecha de suscripción del instrumento público. Tal versión bien pudo ser derribada por la parte demandante, puesto que al respecto existe libertad probatoria y posibilidad de arribar a dicho fin, según lo recordara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de octubre de 2010 (rad. 2003-00527-01). Con todo, no ocurrió así. Por el contrario, acompañando la nitidez de la declaración de los contratantes en la escritura, se presentó Patricia Liliana Ordóñez Jaramillo, hermana del demandado, quien compartía su residencia para la época de los hechos tanto con su padre como con el encartado, relatando en este proceso que el dinero en cuestión se entregó en efectivo y de contado en la oficina de su padre, situada en la casa donde vivían (folios 36 a 55 del cuaderno de pruebas de la parte demandada), sin que, vale decir, en su contra resulte próspera la tacha que por sospecha formulara la vocería judicial de la parte demandante, porque no obstante el grado de parentesco con el citado a juicio, no hay prueba que ello alterara su imparcialidad, dado que se concretó a informar los hechos que le constaban.

Por ese sendero, no parece exótico para el Tribunal, a la luz del as probatorio, que se dijera que el pago fue en efectivo. Los testigos traídos por la parte demandada fueron consistentes y coherentes en señalar que las negociaciones en las que ha participado el señor Carlos Andrés, tanto como negociante de papa o ganado, como las de préstamos de dinero, se han hecho siempre en efectivo. Así lo manifestó Rodolfo Alfonso Gelpud Arboleda, quien fuera conductor sacando papa para el demandado y su padre, quien presencié la venta de entre 800 y 900 bultos semanales, cancelados en efectivo (folios 2 a 4 c. pruebas demandado). Beatriz Delgado de Arellano, comerciante de papa en el mercado Potrerillo dijo conocer al demandado como vendedor del producto aproximadamente desde 1992 luego del secuestro de su padre, destacando que todos los pagos se le hacían en efectivo y que de hecho fiaba (folios 7 y 8 c. pruebas demandado). Manuel Efraín Delgado Enríquez, también comerciante de papa en el mercado de Potrerillo, en su declaración en 2014, comentó ser comprador de la papa que vende el demandado los días miércoles y jueves, aproximadamente desde 18 años atrás, reportando que todas las transacciones se hacen en efectivo (folios 8 y 9 c. pruebas demandado). Similar fue la versión de Regulo Marcial González Jiménez, quien en su condición de negociante de papa, le ha comprado tal producto al demandado por un lapso que para 2014 dijo que ya alcanzaba los 20 años, cancelándole siempre efectivo (folios 11 y 12 c. pruebas del demandado). Franco Elías Mejía Ortega, quien conoció tanto al demandado como a su padre en la venta de ganado, dijo haber recibido siempre los pagos en efectivo y de contado (folios 12 y 13 c. pruebas demandado). Álvaro Agreda Rojas, vecino del demandado, relató que este le ha prestado sumas de dinero con intereses desde 1995 o 1996, describiendo que los mutuos se realizaban y se pagaban en efectivo (folios 14 a 16 c. pruebas parte demandada). Lina María Santacruz Benavides, vecina del demandado, también dijo que le facilitó en dos ocasiones de a \$30'000.000, devolviendo parte en efectivo y un saldo en materiales de construcción, mutuos que también beneficiaron, en otros momentos, a su madre y su padrastro (folios 16 y 17 c. pruebas parte demandada). Guillermo Javier Benavides Fuertes, quien dijo conocer al demandado por su gusto en común por el motociclismo, aceptó haber recibido de él préstamos de entre ochenta y sesenta millones, entregados y devueltos en efectivo

(folios 28 a 33 c. pruebas parte demandada).

Entonces, que el demandado no posea cuentas con Banco Popular, Banco de Occidente Credencial, Banco Agrario de Colombia, BBVA, Bancolombia, Davivienda y Caja Social (folios 179, 180, 186 a 198 c. pruebas demandante) no parece anómalo ni menos sintomático de insolvencia.

A cargo del señor Sergio Elías tampoco parece extraño, o por lo menos novedoso, que dispusiera o admitiera un flujo de capital en moneda circulante, por ejemplo si se repara que el 5 de julio de 1973 hizo parte de la constitución de la sociedad Embotelladora Nariñense Limitada, aportado \$450.000 entre dinero en efectivo -\$250.000- y un camión (f. 73 a 83 c. pruebas demandante), cifra nada despreciable para ese tiempo al equivaler a 378.78 s.m.l.m.v.¹. A su vez, tal cual lo resaltara la señora Juez, esto plantea que el causante no era bisoño en materia de negocios ni que no supiera cómo estos se hacían, incluyendo la constitución de sociedades mercantiles. De la misma forma, que con E.P. 2221 de 13 de mayo de 1987 el causante comprara un inmueble situado en sección Casanare, Municipio de Pasto, denominado Armenia, junto con sus hijos Eduardo Rafael y Segundo Sergio Ordóñez Castillo (folios 85 a 88 c. pruebas demandante), y que en otra oportunidad donara una casa de habitación a favor de Gloria del Rosario Ordóñez Moreno y Carmen Alicia Ordóñez de Caicedo, el 14 de octubre de 1998 (folios 89 y 90 c. pruebas demandante), lo que muestra es que también sabía que los negocios en conjunto o con participación de sus descendientes eran posibles, acometiéndolos públicamente.

De otra parte, no se logró corroborar eventual insolvencia o falta de capacidad económica del demandado. Contrario sensu, aparece en el plenario que compró un camión marca FORD línea F350 de placas SDL956 que matriculó a su nombre, reportando su adquisición como ocurrida el 30 de marzo de 1995, cuando contaba con aproximadamente 21 años (folio 39 c. pruebas p. demandante). El 3 de mayo de 1996 suscribió como vendedor contrato de compraventa de una motocicleta marca YAMAHA línea 125, con número de motor y chasis 3TL-032877, por valor de \$1'850.000 que se dijeron pagos en ese momento –equivalentes a 13.01 salarios mínimos de la época²- (folio 40 c. pruebas p. demandante). El 11 de marzo de 1999, presentándose como comerciante, adquirió en el Batallón Boyacá de esta capital una pistola Glock Cal 9 mml 9 T 2 prov., pagando \$2'709.200 –equivalentes a 11.45 salarios mínimos de la época³ - (folio 34 c. pruebas p. demandante). El 2 de mayo de 2000 el llamado a juicio adquirió un vehículo BMW por \$63'000.000 de la época, cancelando \$50'000.000 en efectivo –equivalentes a 192.23 s.m.l.m.v. de la época⁴ - (folios 36 a 38 c. pruebas p. demandante). Compró un camión marca INTERNATIONAL línea 4700-4x2 de placas SDM355, ocurriendo su adquisición el 12 de septiembre de 2000 (folio 43 c. pruebas p. demandante). El 18 de abril de 2001 firmó como vendedor contrato de compraventa de una motocicleta marca HONDA, por valor de \$7'500.000 que se dijeron pagos de contado –equivalentes a 26.22 s.m.l.m.v. de la época⁵ - (folio 43 c. pruebas p. demandante). El 14 de junio de 2001 compró 20 hectáreas de terreno en Sección Casanare del Municipio de Pasto, por un precio declarado de \$30'000.000 –equivalentes a 104.89 s.m.l.m.v. de la época⁶ - (folios 46 a 48 c. pruebas demandante). Por último, el 8 de agosto de 2001 obtuvo el lote de terreno rural San Joaquín situado en la Sección El Campanero del Municipio de Pasto, con una extensión aproximada de 4 hectáreas 9000 metros cuadrados, por valor declarado de \$6'000.000, precisándose en la promesa de compraventa que el monto real sería de \$25'000.000 –equivalentes a 87.41 s.m.l.m.v. de la época⁷- (folios 51 a 57 c. pruebas demandante).

Militan, en consonancia con lo precedente, varias certificaciones comerciales tales como la de Agroganadero el 19 de septiembre de 2011, referenciando al demandado como su cliente *"de contado, con compras aproximadamente 12 años"* (folio 65 c. pruebas demandante). De Agropecuaria La Hacienda y CIA S.A. el 15 de septiembre de 2011, refiriendo al convocado como su cliente comprador de fertilizantes y remedios foliares para el cultivo de papa desde aproximadamente 11 años atrás (f. 66 c. pruebas demandante). De Agrícola San Pedro, fechada el 21 de septiembre de 2011, presentando al demandante como su cliente por compras que acumulan 11 años (f. 67 c. pruebas demandante).

¹ Decreto 577 de 1972. Salario mínimo de 1973: \$660

² Decreto 2310 de 1995. Salario mínimo de 1996: \$142,125

³ Decreto 2560 de 1998. Salario mínimo de 1999: \$236.460

⁴ Decreto 2647 de 1999. Salario mínimo de 2000: \$260.100

⁵ Decreto 2578 de 2000. Salario mínimo de 2001: \$286.000

⁶ Ídem

⁷ Ídem

El desempeño mercantil del demandado, conforme lo traído a colación, no puede calificarse de aventurado, novedoso o irrelevante para cuando firmó la escritura pública de compraventa del lote de terreno que le vendiera su padre. Probado está que las transacciones por él acometidas de ordinario se efectuaban con la entrega directamente del dinero inmiscuido, en ejercicios negociales que al menos reportan movimientos nada despreciables desde el año 1995. Coherentemente declararon entonces los extremos del negocio en la respectiva escritura, que el pago se producía en efectivo.

Este comportamiento, que no se muestra apuntalado en la intención de esconder una realidad contraria o distinta a la declarada, contó igualmente con un reflejo en las declaraciones de renta de los involucrados.

Del año gravable 2003, Carlos Andrés Ordóñez Jaramillo declaró renta reportando \$57'942.000 en efectivo y bancos –es decir, dineros disponibles–, activos fijos por valor de \$145.559.000 y un patrimonio bruto de 203'500.000; sumando \$40'336.000 entre ventas netas (\$39'630.000) e intereses y rendimientos financieros (706.000). Deudas no se declararon. (folio 69 c. pruebas parte demandante).

Al reportar el periodo 2004 –cuando se suscribió la venta acusada de simulación–, el patrimonio bruto del demandado ascendió a \$335'757.000, incrementándose también las deudas a \$220'000.000. Se informó haber recibido \$12'240.000 por otros ingresos (arrendamientos, etc.). (folio 70 c. pruebas parte demandante).

En el lapso -2004-, el señor Sergio Elías Ordóñez Bucheli declaró \$520'000.000 como patrimonio bruto, \$0 por deudas y \$148'407.000 por concepto de ganancia ocasional. El valor del impuesto, entonces, fue de \$4'274.000 (folio 68 c. pruebas parte demandante).

En este punto el dictamen pericial encaminado a verificar la capacidad económica del demandado indicó que por lo valores anualizados no es posible determinar capacidad de pago específica para cuando se produjo la compraventa, pero calculada a partir de declaración de renta alcanza a cubrir los valores de la adquisición, contrastando la situación fiscal reportada en 2003 y la del 2004, sumando los \$57'942.000 que se reportaron en efectivo y bancos al finalizar el ejercicio fiscal de 2003, a las deudas que en 2004 sumaron \$220'000.000, arribando a \$277'940.000 disponibles, con los que se cubriría tanto el valor de la compra como el de las mejoras (folios 643 a 657 y 705 a 708 c. pruebas demandante)

Puestas así las cosas, no hay cómo entender, de no corresponderse la venta con la realidad, que pese a ello en la declaración respectiva el causante incluyera la totalidad del monto del negocio que ajustó con su hijo hoy demandado, lo cual sumado a su apreciable patrimonio, y a la inexistencia de deudas, resultó en un pago por renta equivalente a 11.93 s.m.l.m.v. de la época⁸. A esto se suma que la parte demandante, debiéndose ocupar de ello, no acompañó ni pidió allegar las declaraciones previas y posteriores, para por ejemplo contrastar, tal como lo sostiene, si en efecto por la manera como se produjo la negociación, finalmente esta repercutió en alguna ventaja plausible para el señor Ordóñez Bucheli, o si en las sucesivas los ingresos por arrendamientos se vieron reflejados. Y en este punto también se ocupa la Sala de resaltar cómo no es sólida la tesis de la parte demandante, en tanto en una de sus declaraciones refirieron que una porción del proceso de levantamiento del centro comercial se financió con recursos que el Señor Ordóñez Bucheli habría recibido, a título de préstamo, de un primo llamado César Enríquez, por la suma de \$200'000.000 (folios 211 del cuaderno principal), persona esta a quien no se llamó a declarar, no existe constancia de dicho desembolso ni tampoco hubo de él relación en la declaración de renta de 2004, rendida por el causante.

Es más, del 2005 el demandado informó \$357.331.000 como patrimonio bruto, \$170'000.000 en deudas y \$85'370.000 por otros ingresos (arrendamientos, etc.), cifra esta última que tanto se asocia con su titularidad del centro comercial, así como con la explotación personal que de él ha hecho.

Y poniéndose en duda su músculo financiero para construir el edificio que hoy alberga el establecimiento de comercio en cuestión, como se anunció en precedencia, el demandado dijo que recibió ayuda de su padre, en una suma de \$440'000.000. Mientras tanto, están en el expediente una serie de recibos visibles a folios 247 a 252 c.

⁸ Decreto 3770 de 2003. Salario mínimo de 2004: \$358.000

pruebas demandante con la firma del causante, de los que el demandado aceptó en su interrogatorio su autoría, y los que, vale anotar, no recibieron tacha o reproche por desconocimiento de ninguna de las partes en litigio. Lo interesante de los mismos es que totalizan \$242'326.000, de tal suerte que la mención que en tales se hace al centro comercial, se entienden alusivas a la deuda que el convocado dijo tener en efecto con su padre. Así se concluye, no solamente con lo antes dicho. Precisamente esa versión se acompaña de la declaración de Patricia Liliana Ordóñez Jaramillo quien contó que su hermano se benefició de un mutuo de su padre, al tiempo que recibió uno de ella misma, por valor de \$40'000.000, cifra que soportó con el extracto visible a folio 68 del cuaderno de pruebas de la parte demandada. Adicionalmente, el cúmulo de facturas asociadas con la adquisición de materiales e insumos para construcción, todas a nombre del señor Carlos Andrés, acompañan la versión de su responsabilidad personal y financiera de la obra (folios 550 a 630 del cuaderno de pruebas de la parte demandante).

Por eso es razonable que el 4 de agosto de 2010 el demandado consignara en las cuentas de los actores Luz Marilin, Eduardo Rafael, Segundo Sergio y Campo Elías Ordóñez Castillo la suma de \$25'000.000 a cada uno (folios 38 a 42 del cuaderno principal) y que con fecha 4 de agosto de 2011, Carlos Andrés Ordóñez J. se dirigiera a Campo elías, Sergio, Eduardo y Marilin Ordóñez C., Carmen Alicia Ordóñez de Caicedo, Gloria del Rosario Ordóñez Moreno y Dévora Moreno, citándoles para cancelarles la suma adeudada (folio 249 del cuaderno principal), en los términos del saldo insoluto que quedara con su padre, más allá de la forma como se presentara la citación a título de compra y no de pago de la deuda, puesto que esto insularmente podría sugerir una inconsistencia que, por el análisis del rigor probatorio asumido por la parte demandada, de tajo se descarta. Al tiempo se precisa que si bien Luz Marilin, Eduardo Rafael, Segundo Sergio Ordóñez Castillo firmaron sendas constancias de pago, en las que se alude a *"acuerdo verbal sobre los derechos de propiedad de la parte del inmueble denominado CENTRO COMERCIAL SANTA FE"* (folios 43 a 45 del cuaderno principal), tales documentos no resultan oponibles al demandado, quien no los firmó y en su interrogatorio manifestó no haber participado en su confección. Aunado a lo expuesto, ninguna confesión puede recabarse en la convocatoria a audiencia de conciliación presentada por el demandado, cuando aludió al cobro e intención de pago de *"los derechos de propiedad de una parte del inmueble denominado CENTRO COMERCIAL SANTA FE"* (folio 254v, cuaderno principal 2), primero porque en la transcripción que de tal se hace, claramente se anota que ese apartado se puso entre comillas, connotando que no eran palabras del compareciente, y segundo, porque aunque de él provinieran, no se hicieron en el marco de una actuación jurisdiccional contenciosa o con vocación de serlo en la que legalmente se haya estatuido tan puntual efecto –como sucede para los procesos judiciales y para las pruebas extraprocesales–, lo que de suyo descarta que esa manifestación pudiese tener la rasgo de consciencia que se demanda para la confesión en el numeral 4 del artículo 191 del Código General del Proceso, más cuando se emitió en un ámbito de composición directa de una controversia, donde el radio de acción de las partes y su derecho a materializar la esperanza de un acuerdo no puede limitarse sojuzgando el riesgo latente de una confesión.

Se agrega cómo Álvaro Agreda Rojas atestiguó, como propietario de una cantera en esta ciudad y vecino del demandado, que fue quien realizó la demolición de la casa junto al centro comercial la 17, efectuando la excavación, los rellenos con material de recebo de cantera y todos los materiales como triturado, arena y ladrillo para la construcción del Centro Comercial Santa Fe, siendo contratado y remunerado siempre por el demandado, de quien recibía las órdenes e instrucciones, no así de su padre a quien conocía como su vecino (folios 14 a 16 del cuaderno de pruebas de la parte demandada).

Bernardo Guerra de la Rosa, por su parte, dijo haber sido contratado por el demandado para hacer las instalaciones eléctricas del centro comercial, recibiendo de él las órdenes y su remuneración en efectivo; de hecho, dijo, fue el señor Carlos Andrés quien asumió el sobre costo generado a raíz de los cambios hechos al diseño de la ubicación del transformador. Comentó que conoció al señor Sergio como el padre del demandado, aclarando que nunca lo vio en la construcción y explicando que llegó a trabajar cuando estaba *"en la parte final, acabados"* (folios 34 y 35 ídem).

La hermana de demandado Patricia Liliana Ordóñez Jaramillo, en su momento, relató, en síntesis, que el proyecto inmobiliario inició conjuntamente entre su padre y hermano, pero que el primero se retiró porque advirtió de la posible existencia de exceso de competencia en razón a la reconstrucción del centro comercial la 17 y la adecuación de una casa de en frente también con locales comerciales (folios 36 a 55 ídem).

Es de cardinal valía, en este estado de cosas, la presentación de Carlos Andrés Jurado Bravo, arquitecto reconocido

en las licencias respectivas como responsable de la obra, quien aseguró haberse encargado de la gestión de la autorizaciones para la construcción, la demolición y de la dirección posterior de la obra. Señaló que a mediados de 2003 se iniciaron las gestiones, en principio, en forma conjunta por el demandado y su padre, comunicándole éste último que únicamente su hijo seguiría con los trámites del proyecto. Expuso que todos los pagos del papeleo los asumió el señor Carlos Andrés. De él se recibían todas las órdenes, él cancelaba los salarios de los trabajadores, a él se le reenviaban los informes sobre avance de la obra, a él se le solicitaban los materiales para la obra; nunca al señor Sergio quien a veces iba solamente para llevarles el “*entredía*” a los obreros (folios 22 a 26 del cuaderno de pruebas de la parte demandada).

Estas probanzas connotan el papel protagónico que en exclusiva desempeñó el demandado una vez adquirido el bien, a efectos de asumir la edificación del centro comercial, resultando marginal y casi intrascendente el rol de su padre en todo este acontecer, muy distante a la permanencia y apersonamiento que le atribuyeron los demandantes. Tal cual es posible predicarlo, asimismo con los varios contratos de arrendamiento de locales del centro comercial Santafé, en todos los cuales, desde 2004, aparece como arrendador el demandado (folios 489 a 542 c. pruebas demandante).

Es por lo menos llamativo, que el 14 de julio de 2010, entre otros los demandantes, salvo Campo Elías Ordóñez Castillo, suscribieran un acta de reunión, en la que enlistaron el patrimonio que en vida detentó su padre, relacionando cuentas bancarias, tres bienes raíces (de nombres Barranco, Nariño y Casanare) y tres vehículos automotores. Seguidamente se plasmó “*Los Señores Marylin Ordóñez Castillo, Eduardo Ordóñez Castillo, Campo Ordóñez Castillo y Segundo Sergio Ordóñez Castillo manifiesta que como hijos más cercanos al Señor Sergio Ordóñez Buchely pueden certificar que los bienes mencionados anteriormente eran los bienes que poseía su Padre*” sin que en esa oportunidad, o en otras posteriores, se anotase nada en punto de lo que ahora se debate, pese y todo a que los demandantes ahora plantearan que antes de su muerte su padre les reseñara por escrito parte del centro comercial como suyo, e inclusive antes permanentemente ventilara su orgullo o satisfacción por el mismo (folios 9 a 11 del c. pruebas parte demandante).

Al margen de las pocas alusiones que pondrían en duda la existencia de la financiación debida a su progenitor, todo el material probatorio apunta, tal como quedó exhibido, a la realidad del negocio. Por lo tanto, no hay insumos para considerar plenamente probados hechos indicadores suficientemente robustos que dirijan a convencerse que los actos escriturarios atacados fueron simulados. La proposición de la parte demandante descansa apenas en especulaciones o muy particulares visiones de lo sucedido, mas no con ello alcanza a desvirtuar los actos jurídicos que censura. No es por ende “*...atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el Juez, al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia*”⁹.

Muy a pesar del parentesco entre los negociantes, no hay prueba de la falta de capacidad económica del comprador, ni de retención de la posesión por parte del vendedor, destacándose que su comportamiento fue público, dijeron cómo actuaron, incluyeron en la negociación las licencias y declararon el pago en efectivo. Para nada se insolventó el causante al disponer de su inmueble, existiendo razón suficiente, debidamente probada, para justificar tanto por qué se deshizo del mismo, como la forma de pago asumida. No concurren, por consiguiente, los indicios de simulación, restando destacar que el vínculo filial no es suficiente, *per se* para entenderla configurada, ya que “*a pesar de que uno de los patrones de la simulación ... es que la titularidad del dominio se radique en una persona de confianza de quien ficticiamente transfiere, por lo que no es extraño que se acuda al grupo familiar cercano con ese fin, eso no quiere decir que toda negociación entre parientes quede cubierta con un manto de duda por esa sola razón. Inclusive, los lazos de afecto pueden incidir en que los términos de las transacciones sean más benéficos de lo acostumbrado, en ellas se tomen menos precauciones de lo normal o estén encaminadas a brindar un apoyo o colaboración recíproco o unilateral, ya sea para facilitar la conformación de un capital o superar crisis financieras de un allegado, que antes que censurable se inspira en altos principios de orden superior, si se tiene en cuenta que el artículo 42 de la Constitución Política impone la «protección integral de la familia» por el Estado y la sociedad. Es por*

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo III. 2ª ed. Dupre Editores. Bogotá. 2008. p. 312.

esto que las ventas entre consanguíneos deben ser analizadas a fondo, sin que el ánimo favorecedor del enajenante se convierta en un determinante de desprendimiento total, eso sí, siempre y cuando no se rebasen los límites que impone la ley en el campo civil y mercantil”¹⁰.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la sentencia apelada habrá de confirmarse.

Así las cosas, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera negativa a la parte que lo interpuso, se hace necesario imponer condena en costas de segunda instancia, al momento de liquidar las mismas, téngase como agencias el derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, al interior del presente asunto.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia en contra de la parte demandante y a favor de la parte demandada. Al momento de liquidar las mismas, téngase como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

TERCERO.- ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA

Magistrada

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC16281-2016 (18 nov), rad. 2007-00005-01

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA Y DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS – Deber del funcionario judicial como director del proceso - Al juez le asiste el deber de realizar un estudio lógico, razonado, sistemático e integral de la demanda, sin alterar ni sustituir su sentido genuino, como una de las manifestaciones de la primacía del derecho sustancial sobre lo formal, con el fin de examinar la verdadera intención de la parte actora, no solamente del petitum, sino también de los hechos y del fundamento de derecho, incluso más allá de la calificación jurídica que le haya dado el demandante. Así mismo, es una obligación el decreto oficioso de pruebas, con la finalidad de esclarecer los supuestos sometidos a su conocimiento y que son la materia de debate, en aras de cumplir con su compromiso de hallar la verdad, como presupuesto de la justicia.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – La prueba por Indicios como medio demostrativo - Hay lugar a la condena al pago de perjuicios, teniendo en cuenta que se encuentran acreditados los presupuestos que configuran este tipo de responsabilidad, dado que la entidad encargada de la prestación del servicio de salud demandada, actuó con negligencia al no adoptar todos los protocolos de asepsia y antisepsia que estaban a su cargo, la cual tenía el deber objetivo de cuidado por encontrarse la demandante bajo su esfera de control; estableciéndose mediante la valoración integral de la prueba, tanto directa como indiciaria, que la infección por la paciente padecida, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes legales de la IPS, descartando que el daño pueda ser considerado jurídico o inherente a la cirugía practicada, en tanto se expuso a la demandante a mayores riesgos de los que normalmente se hubiera encontrado expuesta, y no obstante la existencia del consentimiento informado, éste no exonera de responsabilidad si los daños ocasionados a la paciente se debieron a negligencia o descuido de la entidad.

PERJUICIOS MORALES – Al presumirse el daño moral a partir de los lazos de consanguinidad para su acreditación basta la prueba del parentesco – Procedencia de la condena a la indemnización por esta clase de perjuicios, siendo que basta la acreditación del parentesco para presumir el dolor y sufrimiento que se causa con el hecho, a los miembros de un determinado grupo familiar, y en tanto tal presunción no fue desvirtuada por la parte demandada, hay lugar a su tasación conforme las directrices que marca la jurisprudencia y el arbitrium iudicis. /

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación: 2012-00163-00 (333-01)
Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil médica contractual y extracontractual.
Demandante: RdelSM y otros
Demandado: Clínica Oftalmológica Unigarro y otros
Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto

MAGISTRADA PONENTE: AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la aseguradora llamada en garantía, contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso referenciado.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA. RDELSM, JSMM y MAMM, por intermedio de apoderada judicial, presentaron demanda en contra de PROFESIONALES DE LA SALUD S.A – PROINSALUD S.A y la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA. con el fin de que, previo el trámite del proceso ordinario, se declare a las entidades demandadas responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, causados a los demandantes, los cuales tasa en montos determinados.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, en síntesis refieren lo siguiente:

- La señora RDELSM, cotizante de los servicios de seguridad social en salud con la empresa PROINSALUD S.A., acudió a cita por oftalmología siendo diagnosticada de catarata de ojo derecho y como conducta a seguir, una extracción e implantación de un lente intraocular.
- Lo anteriormente descrito, dio lugar a que la señora RDELS fuera intervenida quirúrgicamente en la CLÍNICA UNIGARRO S.A. por el médico JPU, quien le practicó la cirugía ambulatoria de extracción extracapsular de catarata más implante de lente intraocular. No obstante, al día siguiente a la operación la paciente presentó una reacción inflamatoria, con acumulación de pus en la cámara intraocular, lo que se conoce como hipopión, debiendo ser intervenida para la realización de distintos procedimientos, toma de muestras para laboratorio, debiendo ser remitida de urgencias a la Clínica Oftalmológica de Cali.
- Así, en la capital del Valle el día 5 de septiembre de 2007, a cuatro días de la intervención quirúrgica realizada en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA., el médico Alberto Castro le diagnosticó una infección severa por abundante crecimiento de la bacteria pseudomona aeruginosa, que una vez sometida al respectivo tratamiento con antibióticos, se controló, no obstante con lamentables consecuencias funcionales y estéticas en el ojo derecho de la paciente, pues existió una pérdida total e irreversible de dicho órgano de la visión como consecuencia de una endoftalmitis post operatoria por la mencionada bacteria.
- Los familiares de la paciente, en especial sus hijos JS y MAMM, la acompañaron y colaboraron desde el inicio de la situación descrita hasta la actualidad, sufriendo con ella todas las vicisitudes de esta etapa, sufriendo como consecuencia de estos hechos junto con su madre un daño moral.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.- Una vez corregida la demanda, se admitió, imprimiéndole el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía y se ordenó notificar personalmente la decisión a las entidades demandadas por conducto de su representante legal, corriendo traslado de la misma. Valga anotar que la parte demandante desistió de la acción frente a PROINSALUD S.A.

Siendo así, la Clínica Oftalmológica Unigarro Ltda., se pronunció frente a los hechos y declaraciones propuestas por la parte actora, señalando que el riesgo de infección subsiste aun entre las mejores medidas de asepsia y antisepsia, pre e intraquirúrgicas y cubrimiento antibiótico intra y postquirúrgico, básicamente.

Señaló que habiéndose cumplido con los protocolos de manejo en relación a la asepsia y antisepsia de los quirófanos, habiéndose suministrado los antibióticos profilácticos o preventivos de rigor, siendo la pseudomona aeruginosa una bacteria no exclusiva de medios hospitalarios y ajenos a clínicas oftalmológicas, no es jurídicamente válido sostener o imputar como causa del contagio, la intervención quirúrgica hecha en la clínica oftalmológica demandada, además de existir otras formas de contagio ajenas al devenir quirúrgico y al oftalmológico en particular.

En atención a lo manifestado, formuló las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO"*, *"CULPA DE LA VÍCTIMA"*, *"CASO FORTUITO"*, *"INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL PRESUNTO DAÑO Y LA ATENCIÓN MÉDICA BRINDADA"*; Y LA *"INNOMINADA"*.

La Clínica Oftalmológica Unigarro llamó en garantía a la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. quien se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL"*, *"INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL*

DAÑO Y LA CONDUCTA DEL CODEMANDADO”, “INEXISTENCIA DEL PERJUICIO”, “INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL PERJUICIO”, “EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS”, “ROMPIMIENTO DEL NEXO DE CAUSA POR DILIGENCIA Y CUIDADO COMPROBADA – HECHO IRRESISTIBLE”, “LA GENÉRICA”.

De las excepciones formuladas se corrió traslado a la parte demandante, quien las replicó dentro del término establecido.

Siguiendo con el trámite, se abrió el proceso a pruebas, decretando las pruebas solicitadas y decretando otras de oficio que se consideraron pertinentes. Culminada la etapa probatoria, mediante auto se corrió traslado a los litigantes para presentar sus alegatos, siendo esta etapa aprovechada oportunamente por ambas partes.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, profirió sentencia de primera instancia el día 28 de abril de 2016 en la que decidió:

Declarar a la Clínica Oftalmológica Unigarro Ltda., responsable civilmente por los daños causados a los demandantes, condenándola al pago de los perjuicios a título de daño emergente, daño moral y a la vida de relación de la señora RDELSM, al igual que los perjuicios morales a favor de JS y MAMM.

Monto que estimó en las siguientes sumas de dinero:

A favor de RDELSM:

- \$ 40.000 por concepto de daño emergente.
- 60 SMLMV por concepto de perjuicios morales.
- 60 SMLMV por concepto de daño a la vida de relación.

A favor de JS y MAMM:

- 30 SMLMV para cada uno de ellos por concepto de perjuicios morales.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la Clínica demandada y probada la excepción de *“SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, CONDICIONES, AMPAROS Y LÍMITES (...) DE LA PÓLIZA”* formulada por la aseguradora llamada en garantía.

Condenó a Seguros Generales Suramericana S.A, en su calidad de llamada en garantía por la Clínica Oftalmológica Unigarro Ltda. al reembolso parcial de los dineros que la Clínica debe pagar a los demandantes, en la suma de \$45.000.000.

DEL RECURSO DE APELACIÓN. Actuando dentro de término, la parte demandada y la llamada en garantía, formularon recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, presentando de manera concreta los argumentos de disconformidad frente al mismo de acuerdo a lo establecido en el art. 322 del Código General del Proceso. El recurso que fue concedido en el efecto devolutivo por la *a quo*.

En audiencia celebrada el día 29 de noviembre del hogaño, los recurrentes sustentaron su recurso, sin embargo, dada la complejidad del caso en examen, se estimó que el fallo de segunda instancia debía ser proferido de manera escrita, tal y como lo autoriza el inciso 2°, numeral 5° del artículo 373 del C. G. del P.

Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Reunidos como están los presupuestos procesales para resolver el fondo del asunto, y sin que se avizore causal alguna de nulidad del proceso, deberá la Sala pronunciarse sobre los recursos de apelación incoados por la

entidad demandada y la sociedad llamada en garantía, contra la sentencia de primera instancia. Para ello, nos ceñiremos a los reparos concretos formulados por los apelantes, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de conformidad con los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P, y que pasamos a analizar partiendo de los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

Advirtió el apoderado de la PARTE DEMANDADA su inconformidad de la siguiente manera:

i) Que la *a quo* dio lugar a la interpretación de los hechos y pretensiones de la demanda, sin tener en cuenta que la justicia civil es de naturaleza rogada; **ii)** Que la alteración del marco procesal que precisa la demanda se constituye como un quebranto al derecho a la igualdad y de defensa de la parte demanda; **iii)** Que se afectó el equilibrio probatorio en el proceso, al punto de convertirse en un reforzamiento probatorio a favor de la parte actora, incluso desconoció ciertos hechos de la demanda que se presumían como confesos; **iv)** Que en la sentencia de primera instancia se objetivó la responsabilidad médica por eventos nosocomiales o IAAS, como si éstos fueran totalmente evitables; **v)** Que se concibió como cierta la existencia de todos los elementos de la responsabilidad civil contractual, lo que considera no es cierto pues no se acreditó la obligación contractual válidamente contraída, culpa del deudor, nexos causal, de ahí que no se pueda hablar de causalidad natural, menos de causalidad jurídica. **vi)** Que el daño sufrido por la paciente es jurídico, pues el riesgo de infección siempre subsiste y por tanto el paciente se encuentra obligado a soportar la eventualidad que se presente. **vii)** Que los perjuicios de índole patrimonial o extrapatrimonial no son imputables a la clínica demandada. **viii)** Que se desconoció la naturaleza del consentimiento informado; y finalmente **ix)** Que la condena interpuesta se torna excesiva y desproporcional.

Por su parte, la **sociedad aseguradora** expuso:

i) Que la enfermedad contraída por la señora demandada constituye un riesgo inherente al procedimiento; **ii)** Se debió aplicar el artículo 177 del C. de P. C. de manera invariable; **iii)** Que la parte demandante no estuvo presta a colaborar con el recaudo probatorio, sin embargo, ello no fue tenido en cuenta; **iv)** Que la falladora fundamentó su fallo en indicios, no obstante dicho medio probatorio no es autónomo, y no se hizo una confrontación técnica de la prueba; **v)** Que el dictamen pericial fue favorable a la parte demandada, pues precisó que se trató de un riesgo inherente, pero la Juez así no lo consideró; **vi)** Que no existe nexo causal, al igual que no puede hablarse en este caso de una responsabilidad objetiva; **vii)** Que al Juez no le es dable ajustar el régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual, por tratarse de una justicia rogada. **viii)** Que presumir el perjuicio moral va en contravía de las reglas que rigen en materia probatoria; y finalmente, **ix)** Que la tasación de perjuicios fue exagerada.

De cara a los planteamientos anunciados, la Sala emprenderá su análisis como sigue:

Los recurrentes reprocharon la interpretación que hizo la jueza de primera instancia de los hechos y pretensiones de la demanda, dividiendo el estudio realizado en el fallo en dos acápites; el primero, relacionado con las pretensiones de la demandante RDELSM, conforme a las cuales decantó que versaban sobre una responsabilidad civil de índole contractual, y el segundo, entendiendo que lo solicitado por los demás integrantes de la parte actora, hacían relación a una de tipo extracontractual.

Al respecto, vale decir que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado que una de las manifestaciones de la primacía del derecho sustancial frente a las meras formalidades, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 11 del Código General del Proceso, es la interpretación de la demanda, siempre que los hechos y pretensiones no se ajusten a la precisión y claridad indispensables que se requieren en materia tan importante, eso sí, sin alterar ni sustituir su sentido genuino, ello a través de la aplicación de un método racional, lógico, sistemático e integral, pues en ocasiones tal intensidad no se encuentra solamente en su parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho o de derecho.

Lo anteriormente expuesto, no solamente se encuentra explicado por la Alta Corporación en los pronunciamientos jurisprudenciales invocados por la jueza de primera instancia (sentencia de 18 de diciembre de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Margarita Cabello Blanco con radicado 2007 - 00179 - 01), sino que se ha mantenido invariable hasta la actualidad, tal como puede referenciarse en sentencia de diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis

(2016), con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

Es que ni siquiera se trata de una facultad del juzgador, sino que constituye una obligación realizar una interpretación de la demanda con el fin de examinar la verdadera intensidad de la parte actora, no solamente del petitum, sino también de los hechos y del fundamento de derecho, incluso más allá de la calificación jurídica que haya hecho el demandante. Así, por ejemplo, cuando se deprecia una responsabilidad civil contractual, tratándose de una extracontractual o viceversa, la Corporación varias veces citada explicó también:

"la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (...), ni las críticas (...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el 'derecho general' o 'derecho común' y los regímenes especiales de responsabilidad civil", ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose (...) de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales.

*La Sala, en situaciones como las reseñadas, acentúa el deber legal del juzgador de interpretar la demanda para ubicar con exactitud la responsabilidad civil, particularmente en casos de confusión, duda o anfibología sobre su naturaleza contractual o extracontractual"*¹.

Así, ante tan claro panorama no resulta admisible y llama la atención de la Sala, lo dicho por parte del apoderado judicial de la parte demandada y de la sociedad aseguradora, al reprochar la interpretación que hizo la a quo, a fin de concretar que las pretensiones expuestas por la demandante RDELSM en el marco de la responsabilidad civil contractual y las de los demás demandantes en la extracontractual, pues su actuar no constituye un yerro vulnerador de derechos fundamentales, sino por el contrario, el adecuado cumplimiento de sus deberes con apego a lo decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, igualmente bien señalado está que la responsabilidad civil que se desprende de los daños o perjuicios causados directamente al paciente a partir de la acción u omisión derivada del actuar médico, generalmente es de orden contractual, en virtud del vínculo que une al usuario del servicio de salud, con las distintas entidades que son parte del sistema de seguridad social en esa específica área. No obstante, no sucede lo mismo con los familiares de la paciente, que por no ostentar el mismo vínculo, es decir, por no ser sujetos de la atención médica, sus pretensiones son de naturaleza extracontractual; por ello, lo así considerado por la falladora a quo no merece reparo alguno.

Por otra parte, también se indicó en los reparos que en la sentencia de primera instancia se afectó el equilibrio probatorio de las partes, hasta el punto en que se convirtió en un reforzamiento a favor de la parte actora, incluso en la audiencia de sustentación se habló de un principio *"in dubio pro paciente"*, ello evidenciado según los recurrentes cuando ante la inasistencia injustificada de los testigos Rosa Caguasango y José Rosero, se decretó de forma oficiosa la búsqueda de su historial clínico; también cuando se desconoció que existía a favor de la parte demandada, ciertos hechos que se presumían confesos; o cuando a partir de indicios tuvo por cierto que la infección que afectó a la paciente demandante fue adquirida en la Clínica demandada, a pesar de que el dictamen pericial descartó la presencia del patógeno en el quirófano de la institución; y que sin acreditarse la capacidad de pacientes de la clínica, la a quo habló de hacinamiento, aunado a la omisión de poner en conocimiento de las partes, la prueba que tuvo como base para concluir que las IAAS son previsibles y evitables.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Ref.: 11001-3103-018-1999-00533-01.

Sobre estos temas de índole probatorio, varias precisiones conceptuales deben hacerse, en especial, respecto del decreto oficioso de medios de convicción y el valor de los indicios en asuntos de responsabilidad civil médica.

Así, vale mencionar que al igual que la interpretación de la demanda como una manifestación de la primacía del derecho sustancial sobre las meras formalidades, no sólo es una facultad, sino también una obligación el decreto oficioso de pruebas, en especial en asuntos de responsabilidad civil extracontractual. Ese ha sido el sentido expuesto por la Corte Constitucional en concordancia con la Corte Suprema de Justicia, cuando en fallo ya de dos mil nueve (2009) explicó:

“El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes”².

Igualmente, en consonancia con los anteriores preceptos, se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016). (M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Ref.: STC10993-2016.)

Luego, vale decir que en el presente asunto, la Jueza de primera instancia hizo uso del poder que otorga el legislador al fallador para esclarecer los supuestos que fueron sometidos a su conocimiento y que fueron la materia de debate, a fin de dilucidar la verdad sobre los elementos de la responsabilidad civil, en particular, el hecho dañoso y el nexo de causalidad, considerando que a partir de los hechos narrados en la demanda y su contestación, además de lo indicado por los medios de prueba que pretendieron hacer valer los extremos en litigio, tales como los fallidos testimonios de los señores ROSA CAGUAZANGO y JOSÉ ROSERO, pues a partir de ellos, al menos se encontraba sugerida la necesidad de contar al menos con su historial clínico, a fin de esclarecer los espacios oscuros que presentaba el asunto.

Ahora, como bien lo entiende la parte apelante, puede evidenciarse en el plenario que la no obtención de los testimonios de ROSA CAGUAZANGO y JOSÉ ROSERO se debió a una negligencia de la parte actora, en quien reposaba el deber de conducirlos a la respectiva audiencia, o en su defecto presentar las excusas con el fin de lograr la práctica del medio de convicción en otra oportunidad. Sin embargo, ello no es óbice para que la *a quo* desarrolle las facultades oficiosas que el ordenamiento jurídico le otorga a fin de obtener la información que de dichas declaraciones habría podido obtener, pues el mencionado descuido de los demandantes podía apartar a la decisión de primera instancia del sendero de la justicia material.

Así, no puede indicarse entonces, que el decreto de prueba oficiosa hecha en primera instancia, puede constituirse como un acto de reforzamiento probatorio hacia la parte demandante, como lo consideró el extremo pasivo; sino, como una manifestación del cumplimiento de los deberes que su papel como directora del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, le imponen.

Por otro lado, mucho se criticó el valor de la prueba indiciaria, la cual fue utilizada por la *a quo* para encontrar demostrado en nexo causal de la responsabilidad civil que ahora nos ocupa. Al respecto, cabe resaltar que este medio de convicción, a juicio de la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es de difícil valoración pues se trata de una inferencia lógica, es decir, una operación mental que se realiza a partir de un hecho conocido y un hecho desconocido o indicado, entre los cuales existe una relación de causalidad³.

² Corte Constitucional. Sentencia T - 264 de 3 de abril de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de junio de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Ref. SC - 134.

La prueba indiciaria, debe ser completa, segura, plena y convincente, y no nace como consecuencia del deficiente estado de las pruebas directas, sino cuando las pruebas directas en perfecto estado de apreciación establecen hechos indicadores con los cuales, por razonamiento lógico, se deducen los otros hechos llamados indicados.

Para el caso, las pruebas directas que obran en el plenario sobre la materia en cuestión: son: el testimonio de la señora Gloria Denis Bolaños Yela⁴, la certificación de veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016) expedida por JPUO como gerente y representante legal de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA.⁵, los resultados del análisis microbiológico de frotis de superficies tomados en la misma clínica el día tres (3) de septiembre de dos mil siete (2007)⁶, y el dictamen pericial rendido por el Médico Julián Alberto Delgado García, oftalmólogo oculoplástico del Hospital Universitario Departamental de Nariño⁷.

Lo que muestran como hechos base las pruebas antes enunciadas es:

- Que la señora Gloria Denis Bolaños Yela fue intervenida quirúrgicamente por el procedimiento de catarata por facoemulsificación, el día treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007) por el médico JPU en el quirófano de la Clínica demandada a las 10:30 p.m.
- Que en la misma fecha, por el mismo procedimiento, en la misma clínica y por el mismo galeno especialista, fue intervenida la demandante RDELSM, pero con una hora y media de anticipación.
- Que las dos pacientes resultaron afectadas por la bacteria pseudomona aeruginosa en sus respectivos ojos intervenidos, con síntomas que se presentaron al día inmediatamente siguiente a la cirugía.
- Que los resultados del análisis microbiológico de frotis de superficies tomados en la clínica el día tres (3) de septiembre de dos mil siete (2007), es decir, apenas 4 días después de las mencionadas operaciones, indicaron la presencia de bacterias anaerobias mesófilas en las muestras de "*frotis superficie faco*", "*frotis superficie microscopio JPU*", "*frotis superficie mesa preparación*", "*frotis superficie cubetas*", "*frotis superficie instrumental 3*".
- Que la pseudomona aeruginosa es una bacteria muy común que se encuentra ampliamente distribuida en la naturaleza⁸, que afecta a la mayoría de los pacientes con compromiso inmune, sin que los exámenes realizados a la paciente RDELSM indicaran que padecía de tal compromiso. Y que si bien es rara, no es nula, la presencia de la bacteria en una sala de cirugía, de ahí que cuando ésta se presenta tiene efectos devastadores.
- Que la endoftalmitis postoperatoria en general, lo que incluye la producida por la pseudomona aeruginosa, como la padecida por la señora RDELSM con las actuales técnicas quirúrgicas, instrumentación precisa, protocolos de asepsia y antisepsia eficaces, entre otros, se presenta en uno de cada mil o mil quinientos casos de cirugía de cataratas.

Así, a partir de los hechos base enunciados, se pueden inferir de manera razonable los siguientes hechos consecuencia o indicados a partir de una inferencia lógica:

- Que siendo la pseudomona aeruginosa una bacteria muy común y de amplia presencia en la naturaleza, y bajo la observancia de que las consecuencias de una infección de los tejidos por ella son devastadores, no es una exigencia que exceda el mínimo deber objetivo de cuidado en cabeza de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA. de evitar el daño ocurrido, máximo cuando aquel se produce bajo su esfera de control.

⁴ CD. Fl. 84 – C. Pruebas de la parte demandante.

⁵ Fl. 54 del cuaderno de pruebas de oficio.

⁶ Fl. 116 - Cuaderno Principal 1.

⁷ Fl. 42 - Cuaderno Pruebas de Oficio.

⁸ Fl. 146 - C. Principal 1.

- Que para las fechas en que fueron intervenidas las pacientes no se acogieron todos los protocolos de asepsia o antisepsia, pues de haberse hecho así, no se habrían obtenido los resultados de presencia de bacterias anaerobias en el informe presentado por el Instituto Departamental de Salud, que reportaron su presencia entre otras, en las muestras de frotis superficie faco, frotis superficie instrumental 3 y de frotis en la superficie del microscopio del galeno JPU, mismo quien fuera el cirujano de las pacientes, entre ellas la demandante.
- Que una consecuencia de que no se acogieran todos los protocolos de asepsia y antisepsia con el total rigor, es que si la endoftalmitis postoperatoria, hoy en día, se presenta aproximadamente en uno de cada mil o mil quinientos casos, en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA. se presentaron, mínimo, dos eventos en la misma noche, en dos personas que fueron intervenidas por el mismo procedimiento quirúrgico, en la misma Sala de cirugía y por el mismo médico cirujano, con síntomas y resultados idénticos.
- Entonces, se puede inferir lógicamente que la infección que afectó a la paciente RDELSM fue adquirida en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO, pues no de otra forma se explica que siendo la endoftalmitis postoperatoria por pseudomona aeruginosa un evento de extraña ocurrencia, se presentaran dos casos con escasas horas de diferencia, entre dos pacientes que se insiste, fueron sometidas al mismo procedimiento, en la misma sala de cirugía y por el mismo galeno.

El anterior juicio lógico realizado por la *a quo* y verificado por este *ad quem*, se compadece con una valoración integral de la prueba y resiste el análisis de contra indicios como los que a continuación se verifican, sin que pueda decirse que no existió confrontación en relación con otros medios de convicción.

La falladora de instancia también tuvo en cuenta como hecho indicador el número de cirugías que se realizaron en la misma noche del treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007), bajo la consideración que el exceso de intervenciones incrementa el riesgo de que los pacientes contraigan infecciones, siendo este un aspecto debatido por la parte apelante.

Al respecto, le asiste la razón al apelante en la medida que para tomar en cuenta tal hecho indicador, también es necesario contar con la información pertinente a la capacidad de la Sala de Cirugía, los intervalos de duración de cada procedimiento quirúrgico y cuál es el máximo de procedimientos sugerido por médico en relación con el tiempo empleado, la cual no aparece en el plenario y no resultaría posible hacer inferencias lógicas con base en suposiciones.

No obstante, lo anterior no es óbice y no es suficiente contra indicio como para desvirtuar la conclusión arribada, según la cual, si la paciente llegó al centro asistencial sin condiciones de compromiso inmunológico que quedaran anotadas en la historia clínica, e inmediatamente después de la cirugía a la que fue sometida en su ojo derecho, padece una endoftalmitis postoperatoria por pseudomona aeruginosa junto con otra paciente que fue sometida al mismo procedimiento y por el mismo galeno, lo que generó en ambas la pérdida de la visión, encuentra la Sala que la infección fue consecuencia de no adoptarse todos los protocolos de asepsia y antisepsia que estaban a cargo de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA., quien tenía el deber objetivo de cuidado por encontrarse la demandante bajo su esfera de control.

Por otra parte, también se reprocha por los alzadistas que no se ha demostrado de manera fehaciente la presencia de la pseudomona aeruginosa en el quirófano de la clínica demandada, lo que si bien es cierto, tampoco es suficiente contraargumento como para desvirtuar la conclusión lógica a la que llegó la juez de instancia. Vale recordar, que la exigencia que hace la parte alzadista a la demandante, llevaría hasta el extremo de imponerle la carga inverosímil de demostrar que en determinado lugar y a una específica hora del año 2007, existía una particular bacteria, lo cual sería de imposible acreditación, criterio que iría en contra de la aligeramiento probatorio entre el hecho y el factor eficiente en la producción del daño en asuntos de responsabilidad médica.

Otro de los argumentos de expuestos en contra del fallo de primera instancia, es el no haber tenido en cuenta que existían a favor de la parte demandada ciertos hechos que se presumían confesos. De cara a ello, recuerda la Sala que dicha confesión no es una prueba indiscutible o que no pueda controvertirse a través otros medios de convicción allegados válidamente al plenario. Y al respecto se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala

de Casación Civil: *"Los hechos objeto de confesión ficta pueden ser desvirtuados y la misma no tiene lugar si se ha decretado prueba de oficio"*⁹, que es exactamente lo acontecido en este caso, siendo argumento suficiente para descartar la procedencia del reparo.

En igual sentido, misma suerte corre el reproche relacionado con la supuesta objetivación de la responsabilidad médica por eventos nosocomiales, ya que la Jueza de primera instancia no declaró que existía una responsabilidad objetiva como erróneamente lo indica la parte apelante, pues de la lectura del fallo puede observarse que uno de los análisis realizados fue precisamente el de entender que bajo la luz de los postulados de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad de la que se trata es de naturaleza subjetiva, contrario a lo reclamado por los actores con fundamento en pronunciamientos del Consejo de Estado, y fue por ello que la a quo dedicó un acápite a analizar precisamente el elemento subjetivo: la culpa.

Sobre la presencia de este elemento subjetivo, la a quo tuvo en cuenta como elementos de convicción obrantes en el plenario: la declaración de la señora Gloria Denis Bolaños Yela¹⁰, la historia clínica de la demandante y de especial importancia, tanto para la Jueza como para esta Sala, el documento proferido por el Instituto Departamental de Salud obrante a folios 102 y siguientes del cuaderno principal, los cuales como bien ya se mencionó en líneas precedentes, muestra que en determinadas muestras tomadas en la Clínica demandada y relacionadas con el médico JPU, se encontró a sólo tres días de la realización de la cirugía a la demandante, la presencia de bacterias aerobias mesófilas, hecho suficientemente indicador de que no se siguieron de manera estricta los protocolos de asepsia y antisepsia, pues si ello hubiera sido así, ningún tipo de bacteria se habría encontrado, tal y como venía sucediendo en periodos anteriores. Súmese que aunque se aportaron las actas de control de aseo y desinfección de las áreas quirúrgicas, no se observa registro de dicho control para el día 30 de agosto de 2007 (folio 136 Cuaderno Principal 1), fecha para la cual fue intervenida la demandante, pero sí para el día siguiente, esto es 31 de agosto, situación que explica por qué no se encontró rastro de pseudomona aeruginosa, cuando el IDSN tomó las muestras el 3 de septiembre del mismo año. Lo anterior evidencia el error en la conducta que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño, y por ende, el elemento subjetivo de la culpa radicada en la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO.

Lo anterior, también resulta pertinente a fin de descartar los insistentes reparos según los cuales, el daño padecido por la demandante es un daño jurídico, pues es inherente a los riesgos a los que todo paciente se somete ya que el la posibilidad de una infección siempre subsiste, posición que se resguarda en algunos apartes extraídos del dictamen pericial rendido por médico oftalmólogo oculoplástico adscrito al Hospital Universitario Departamental de Pasto¹¹.

Para resolver tal cuestionamiento, la Sala advierte que el dictamen del perito, al igual que la revisión del documento técnico *"Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud"*, son apenas una guía para el juez y jamás contiene la decisión de fondo del problema, y que sirve de fundamento para el fallo siempre que el fallador lo encuentre preciso, firme y razonable, pudiendo ser objeto de libertad de valoración, como cualquier otro elemento de convicción, pues para la calificación que se haga se goza de autonomía.

Ahora, en la prueba bajo análisis se mencionó por ejemplo, que en este caso se había producido una endoftalmitis postoperatoria a pesar de que se habían seguido todas las normas de asepsia y antisepsia, que el microorganismo más común relacionado con dicho tipo de afección es el staphylococcus epidermis y no por pseudomonas y que en la actualidad no existe ningún mecanismo que esterilice completamente la superficie del ojo en todos los pacientes, independientemente de lo buena que sea la técnica quirúrgica.

Todos esos conceptos, indicarían que el daño padecido por la demandante es una consecuencia lógica, inherente y por tanto jurídicamente aceptable, en los pacientes que se someten a una cirugía, pues existe el riesgo aceptado de que se produzca algún tipo de infección. Pero ello, siempre que la Clínica y el médico cirujano especialista, acoja todos los criterios, protocolos y normas de asepsia y antisepsia necesarias tanto en el quirófano, instrumentos y paciente.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de noviembre de 2000. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Exp. 5768.

¹⁰ CD. FI 84 - C. Pruebas de la parte demandante.

¹¹ FI. 40 - C. Pruebas de oficio.

Bajo ese entendido, salta a la vista que el dictamen pericial rendido no tuvo en cuenta el documento ya varias veces mencionado en el plenario, en el que se advierte que apenas a tres días de la práctica de la cirugía a la señora RDELSM, se encontraron bacterias aerobias mesófilas en muestras tomadas en distintos lugares de la clínica demandada relacionadas con la intervención, lo que como ya se advirtió, indica un incumplimiento obvio de los protocolos de asepsia y antisepsia, pues no de otra forma puede explicarse la presencia de dichos microorganismos, y entonces, descarta por completo que el daño padecido por la paciente sea considerado jurídico o inherente a la cirugía a la que fue sometida, pues se faltó por completo al deber objetivo de cuidado, exponiendo a la señora RDELSM a mayores riesgos de los que normalmente se hubiera encontrado expuesta.

De otro lado, la parte apelante considera que no se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad civil deprecada, en específico, los relacionados con la obligación contractual válidamente contraída, la culpa del deudor y el nexo causal.

En cuanto atañe al primer punto, resulta que entre las partes involucradas en el litigio existe la siguiente relación contractual evidentemente demostrada: que la señora RDELSM estuvo afiliada al servicio de salud y de riesgos profesionales por intermedio de Fiduciaria La Previsora, entidad administradora del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que por lo tanto, tiene derecho a recibir los servicios médico asistenciales que presta la IPS PROINSALUD S.A.¹². Igualmente, obra en el plenario una copia del contrato de prestación de servicios médico asistenciales suscrito entre la mencionada IPS y la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO, mismo que incluye anestesia, oftalmología, optometría, cirugía oftalmológica, toma de muestras e imágenes diagnósticas¹³.

Por lo anterior, que se tenga de manera evidente la existencia del vínculo contractual que une a la señora RDELSM con la IPS CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO LTDA. a través del contrato de prestación de servicios existente entre esta última y la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente. Por lo demás, la responsabilidad de las IPS halla apoyo jurisprudencial cuando la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016) reiteró:

"La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestra en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio" ¹⁴.

Así, en relación con el elemento subjetivo de la culpa, la misma alta corporación en la sentencia antes citada advirtió:

"En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad (exigible en los casos de responsabilidad por culpabilidad), no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (imputatio facti), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (imputatio iuris). También en materia de culpabilidad, el dolo y la culpa se imputan a partir de un marco de sentido jurídico que valora la conducta concreta del agente, pero no se "constatan" mediante pruebas directas.

(...)

Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre la calidad total del servicio de salud; las guías o protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios; las reglamentaciones sobre calidad de las construcciones y sismoresistencia, para evitar que las construcciones causen daños a terceros, etc.

¹² Fl. 4 -. Cuaderno de Pruebas de la parte demandante.

¹³ Fl. 5 - Cuaderno Ibíd.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref. SC 13925-2016.

La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. La función de estas reglas no es imponer consecuencias en el sistema de responsabilidad extracontractual pues sus efectos se circunscriben al ámbito profesional, técnico o científico para el que están destinadas a regir; de ahí que el juicio de atribución de culpabilidad que se hace con base en las mismas no obedece a un mecanismo de subsunción o applicatio legis ad factum, sino a un proceso hermenéutico que toma como tertium comparationis las reglas de experiencia, de ciencia y de técnica propias del contexto en que el imputado se desenvuelve, con el fin de valorar su conducta a la luz de los estándares de prudencia.

Estas reglas ofrecen al juez una escala de medición para enfrentarse en retrospectiva (valoración de lo realizado) a la conducta que el ordenamiento habría esperado (confía) que el sujeto adoptara. Únicamente si se prueba en el proceso la existencia de tales pautas de conducta y que el demandado las infringió habiendo tenido la posibilidad de actuar conforme a lo que el ordenamiento esperaba de él, es posible imputar culpabilidad. Tal juicio de reproche se descarta, naturalmente, si se demuestra que la conducta del convocado a juicio fue prudente, es decir que obró de conformidad con el deber de diligencia y cuidado que le asiste".

(...)

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito" ¹⁵.

Al respecto, ya bastante se ha mencionado el documento obrante a folios 102 y siguientes del cuaderno principal, en el cual se demuestra que la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO no acogió con la rigurosidad que el ordenamiento exige, los protocolos de asepsia y antisepsia necesarios en la sala de cirugía y en el instrumental médico utilizado o relacionado con el médico JPU, razón por la cual fueron encontradas en las muestras tomadas al interior de la clínica bacterias aerobias mesófilas, no otra cosa permiten inferir las reglas de la experiencia.

A partir de dicho elemento de convicción, puede verificarse que la entidad demandada no actuó en la forma en que el ordenamiento jurídico lo esperaba, teniendo incluso la posibilidad de hacerlo, pues los informes de periodos muy anteriores a la data en que fue realizada la cirugía no evidenciaron presencia de ningún microorganismo, de ahí que sea posible realizar el juicio de reproche e imputarle la culpabilidad como elemento subjetivo de la responsabilidad, pues si existió un incumplimiento de los deberes legales a cargo de la IPS.

Sobre el mismo tema, también vale decir que no se ha demostrado en el plenario que la conducta del demandado hubiese sido prudente o que se obró de conformidad con el deber de diligencia y cuidado que le asistía en cumplimiento de sus deberes legales, o por otra razón, como por ejemplo a deficiencias organizativas, administrativas o presupuestales de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito, situaciones que no basta con solamente mencionarlas como lo hizo la entidad demandada, sino acreditarlas a través de alguno de los medios probatorios consagrados en la normatividad procesal.

Igualmente, en relación con el juicio culpabilístico de las personas jurídicas prestadoras del servicio de salud y sus agentes, en últimas, en el presente caso conforme al material probatorio analizado en párrafos precedentes, queda evidenciado que al interior de la CLÍNICA OFTALMOLÓGICA UNIGARRO existió una falla en el mantenimiento de las condiciones de asepsia y antisepsia del quirófano y en elementos o instrumentos relacionados con el galeno JPU, fallas que originaron el evento adverso del cual se duele la demandante, y que pudiendo preverse, se convierten en una infracción de los deberes objetivos de cuidado, sin perjuicio de la buena praxis que pudo desplegar en su acto médico el galeno que intervino a la paciente.

Bajo ese mismo criterio orientador, los perjuicios ya sean de índole patrimonial o extrapatrimonial, padecidos por los demandantes, sí son imputables a la clínica demandada.

¹⁵ Ibíd.

Ahora, respecto del consentimiento informado vale manifestar que debe contar con unas características particulares que permitan inferir un entendimiento comprensivo por parte del paciente o de quien lo represente, tanto de las características del tratamiento como de las implicaciones del mismo, así, aquel debe ser libre, informado, calificado y persistente.

Que sea libre, implica que el paciente no haya sido sujeto de coacción, engaño y que no haya sido inducido al error a causa de la falta de información o minimización de los riesgos o consecuencias del tratamiento. Igualmente, para que se entienda informado, se requiere que de manera anticipada el paciente tenga acceso a la información relevante del tratamiento, en particular los riesgos o beneficios del procedimiento, de una manera clara, de fácil comprensión, de tal forma que la falta de conocimientos técnicos médicos del paciente o quien lo represente no les impida tomar una decisión autónoma y racional.

Por su parte, para que se entienda calificado toma particular importancia cuando se trata de procedimientos invasivos, pues entre más invasivo sea una procedimiento, más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada. Finalmente, se entiende que el consentimiento es persistente, se refiere a que las autorizaciones deben ser brindadas por etapas, es decir que el permiso debe ser reiterado, a fin de que el paciente tenga la oportunidad de meditar sobre cuál es la mejor opción.

Entonces, el consentimiento informado tal como lo prevé la ley 23 de 1981, es la expresión verbal de la advertencia de riesgos y en todo caso no ratifica el compromiso de resultado. No obstante, si bien ello es cierto, tal consentimiento informado no exonera de responsabilidad a la institución médica cuando se verifica que los daños ocasionados a la paciente se debieron a negligencia o descuido de dicha entidad, pues de aceptarse tal tesis, siempre que haya consentimiento informado jamás podría haber responsabilidad civil médica, lo cual no es de recibo como en el presente caso.

Finalmente, la parte apelante manifestó sus reparos frente a la liquidación de los perjuicios por los que se impuso condena a la entidad demandada y llamada en garantía.

Así, siguiendo el orden de liquidación de los perjuicios hecha en primera instancia, la Sala realizará el análisis iniciando por lo correspondiente al daño material, para luego seguir con los extrapatrimoniales y finalmente con lo relacionado con el daño a la vida de relación.

En cuanto al daño patrimonial sufrido por la señora RDELSM, la *a quo* únicamente limitó su liquidación a lo correspondiente al concepto de daño emergente, entendiendo por él, los gastos que se derivaron directamente de las complicaciones infecciosas posteriores al proceso, descartando los demás gastos que indistintamente del resultado de la cirugía habría incurrido. Por ello, únicamente condenó a la entidad demandada y a favor de la demandante por el valor de cuarenta mil pesos (\$40.000.00) suma que deberá ser indexada a la fecha del pago, proceso argumentativo y de liquidación frente al que este *ad quem* no encuentra reparo.

Sobre este mismo perjuicio no existió condena a favor de los demás demandantes, por cuanto no fue reclamado.

Luego, respecto de los perjuicios de índole inmaterial, la Jueza de primera instancia se limitó al análisis del daño moral en primer lugar de la señora RDELSM, tasando su monto en el equivalente a sesenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (60 s.m.l.m.v.) y para sus hijos, en el equivalente a treinta salarios mínimos legales mensuales vigentes (30 s.m.l.m.v.).

Frente a esta condena habrá de señalar que en efecto la señora RDELSM perdió su ojo en el impase ya conocido, situación que comportó sin duda una aflicción que merece ser resarcida para sí y para su familia, de acuerdo a la gravedad de la lesión; pues perdió parcialmente un órgano del sentido humano.

El menoscabo inmaterial o extrapatrimonial se remite a lo que de antaño la Corte denominó "*daño a la persona*", consistente en un "... *desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad...*" (sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pag. 58). Además, reseñó que la lesión en los citados perjuicios versa sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables, sin que ello sea óbice para que sea jurídicamente posible el reconocimiento de una determinada

cantidad de dinero, encaminada, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima.

El criterio utilizado para la tasación ha sido el del *arbitrium judicis*, que otorga un discreto margen de cálculo al funcionario judicial, el cual debe ser “ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, [consultando] por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeatur se remite a la valoración del juez”¹⁶, de manera que, según postulados de la jurisprudencia, “para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, [se] estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”¹⁷, siguiendo el parámetro de la equidad, pero descartando “valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario ínicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos”¹⁸.

De otro lado, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, misma que ha sido acogida por esta Sala de Decisión en anteriores oportunidades, ha establecido que el daño moral ocasionado a los miembros de un determinado grupo familiar, no sólo se valora por la cercanía que ellos conservan en su vida cotidiana, sino por los vínculos afectivos existentes entre ellos por sus lazos de consanguinidad.

Con base en eso y en lo atinente a la indemnización por perjuicios morales a los hijos de la demandante, resta anunciar que la variación de la jurisprudencia ha comportado el paso de la exigencia de demostrar los vínculos de afecto que unían a los familiares a la sola exigencia de demostración del parentesco mediante los registros civiles, habida cuenta de que, en atención a las reglas surgidas de la experiencia, es posible presumir que los parientes se profesan afecto y que el daño causado a alguno, así no sea la muerte, aflige a los otros.

Aunado a ello, en este asunto, ningún elemento de prueba fue presentado por la parte demandada, que permitiera desvirtuar la debilidad de la relación entre la señora RDELSM y sus hijos, también demandantes, JSMM y MAMM, por el contrario, son varios los medios de convicción que la reafirman, como las anotaciones en la historia clínica en las que se asevera que la paciente fue en compañía de sus hijos en los momentos previos y posteriores a la cirugía.

Por lo anterior, es que la Sala considera, que la tasación del daño moral en relación con la demandante y sus familiares, dadas las circunstancias, es acertada en la proporción fijada por la *a quo*, pues como ya se anunció, adquirió una infección a causa de la presencia de *pseudomona aeruginosa* en el centro oftalmológico donde se le practicó una cirugía de catarata, que según los demandados no comportaba mayor riesgo, pero desencadenó en una endoftalmitis, misma que culminó con la extracción de su ojo; resultando en su totalidad gravosa; aunado a los varios días de engorrosos procedimientos médicos y quirúrgicos a los que fue sometida la señora RDELSM, soportando dolor físico y emocional, que con seguridad, al menos el último, sufrieron sus familiares.

Situación similar acaece respecto de la condena por daño a la vida de relación de la paciente, mismo que acertadamente fue valorado por la *a quo* en un monto equivalente a SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, pues en atención a las probanzas recaudadas, se logró determinar que la paciente luego de ser una persona activa y sociable, no sólo creó dependencia frente a uno de sus hijos para desplazarse, sino que se sustrajo de continuar desplegando actividades que desarrollaba antes de su intervención, por ejemplo, la asistencia a reuniones de tipo social, dada la limitación a la que se vio enfrentada su visión.

¹⁶ Sentencia de casación del 18 de septiembre de 2009, M.P. William Namén Vargas, expediente: 20001-3103-005-2005-00406-01

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ Flavio Peccenini, La liquidazione del danno morale, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, Il danno alla persona, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss. Citado en la sentencia de Casación Civil del 18 de septiembre de 2009.

Es preciso señalar de todas formas, sin perjuicio de la confirmación en la tasación de perjuicios ya anunciada, que el recurrente no expuso concretamente las falencias en que por este aspecto incurrió la juez de precedencia, por tanto, no hay elementos de juicio que permitan desestimar el planteamiento de la juzgadora.

Finalmente, habrá de señalar que tal y como lo señaló la a quo, que la aseguradora llamada en garantía no deberá responder por toda la condena impuesta como consecuencia de la responsabilidad civil aquí establecida, sino hasta el límite del valor asegurado. Es decir, se tendrán en cuenta los límites, sumas aseguradas y deducibles estipulados contractualmente y contenidos en la póliza de seguros correspondiente.

En virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera desfavorable a la parte que lo interpuso, se dará aplicación a lo establecido en artículo 365 del C. G. del P., y en consecuencia, se impondrá condena en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, al interior del presente asunto.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia en contra de la parte demandada y a favor de la parte demandante. Al momento de liquidar las mismas, téngase como agencias en derecho la suma equivalente al 1 SMLMV a cargo de cada apelante.

QUINTO.- ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA

Magistrada

MARIA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

Con aclaración de voto

Sala Laboral



***Doctores: Clara Inés López Dávila, Juan Carlos Muñoz,
Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Sala)***

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – REQUISITOS: Aplicación de la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado. / **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA:** No significa examinar la norma que más convenga a los intereses del afiliado, sino la inmediatamente anterior - Improcedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, al no acreditarse los presupuestos establecidos en la Ley 797 de 2003, norma vigente al momento de la muerte del afiliado, en tanto no cotizó 50 semanas, dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al deceso. Así mismo, no puede favorecerse con el Principio de la Condición más Beneficiosa, por cuanto éste requiere para su aplicación, el análisis de la legislación anterior a la mencionada ley, en este caso la Ley 100 de 1993, la cual exige como requisito un mínimo de 26 semanas de cotización en el año anterior al siniestro, condición que no se cumplió pues el cónyuge de la demandante dejó de cotizar al sistema 7 años antes de su fallecimiento./

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y JUZGAMIENTO

Buenos días, en San Juan de Pasto, siendo las 10:00 a.m. del día 25 de enero de 2018, día y hora previamente señalados para la celebración de la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** (ausente con permiso) **Y JUAN CARLOS MUÑOZ**, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CARMEN CECILIA LARA DE GARCÍA** en contra de **COLPENSIONES**, radicado bajo el número único nacional **520013105003 2016-00065-01 (327)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

La Sala asume competencia del presente asunto, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, por cuanto la decisión proferida el 31 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, resultó adversa a sus intereses.

PRESENTACION DE ASISTENTES y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (ART. 82 C.P.L. y S.S. – mod. art. 13 de la ley 1149 de 2007 // art. 626 C.G.P. hasta 30 minutos). Escuchadas las partes en alegatos de conclusión, se clausura esta etapa procesal, NOTIFIQUESE ESTRADOS

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue discutido y aprobado por los integrantes de la Sala de Decisión Laboral, según consta en el acta No.____ de la fecha, por lo que se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

Pretende la actora a través de acción ordinaria laboral de primera instancia, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-**, declare su derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 12 de enero de 2007, en razón del fallecimiento de su esposo PEDRO ALJEMIRO GARCÍA RAMOS, quien cumplió con los requisitos previstos en los artículo 6º. y 25 del decreto 758 de 1990 y en consecuencia condene a pagar la pensión reclamada junto con el retroactivo pensional, así como los reajustes e indexación anual, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de los anteriores pedimentos, señala la actora, que estuvo casada con el causante PEDRO ALJEMIRO GARCÍA RAMOS desde el año 1975 hasta el momento de su fallecimiento 12 de enero de 2007; que en vida contribuyó al Sistema de Seguridad Social en Pensión obteniendo un total de 384,57 semanas de cotización; que COLPENSIONES mediante Resolución No. 1781 de 1º de julio de 2011, negó el derecho pretendido, misma

que fue objeto de los recursos de reposición y apelación; que el 13 de diciembre de 2012 presentó un derecho de petición ante COLPENSIONES en Pasto con la finalidad de radicar competencia en la ciudad y solicitar respuesta de los recursos, sin obtener respuesta clara, congruente y de fondo.

Trámite, contestación de la demanda y decisión de primera instancia

Pese a encontrarse debidamente notificada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no presentó escrito de respuesta dentro de la oportunidad legal, por lo que se tuvo por no contestada la demanda.

En decisión fechada 31 de mayo de 2017, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PASTO negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante, tras considerar que el causante no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como tampoco los de la legislación anterior, es decir, de la Ley 100 de 1993.

Para asumir la anterior determinación, la *a quo* consideró que en aplicación de la condición más beneficiosa, de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el régimen inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003 aplicable a la fecha del fallecimiento del causante, no es el decreto 758 de 1990 como pretende el demandante, sino la Ley 100 de 1993, la cual exige como requisito un mínimo de 26 semanas de cotización en el año anterior al siniestro, condición que no se cumplió pues el cónyuge de la demandante dejó de cotizar al sistema 7 años antes de su deceso.

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada por la Jueza de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, reiterando los argumentos de la demanda y afirmando como lo hizo en el líbello introductorio que el causante falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003 y que conforme a la historia laboral en el último año de vida no realizó ningún aporte a pensiones, incumpliendo con el requisito de 50 semanas de cotización efectuadas en los 3 últimos años y que, por lo tanto, no causó el derecho a reclamar pensión de sobrevivientes; no obstante, solicitó que pese a la falta de cotización en los últimos 7 años de vida, se aplique el precedente más favorable, afirmando que según las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL-22584 del 8 de septiembre 2004 y 24131 del 18 de mayo de 2005, procede la pensión de sobrevivientes aunque exista ausencia de cotizaciones, siempre que haya reunido requisitos del acuerdo 049 de 1990, esto es: 300 semanas en cualquier época. Sostiene que tal condición se cumple a cabalidad y por ello solicita que la decisión adoptada en primera instancia sea revocada, se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda para lo cual invocó como fundamento de derecho el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la Ley 712 de 2001 y demás que le fueran aplicables.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia en lo pertinente a los puntos materia de apelación interpuesta por la parte demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S., que regulan el principio de consonancia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En virtud de lo anterior, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El causante dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes? En caso afirmativo, bajo que normatividad? ii) De resultar afirmativo el anterior planteamiento, la demandante acredita la condición de

cónyuge supérstite del afiliado y en consecuencia, las pretensiones de la demanda se deben resolver en favor de la demandante?

La juzgadora de primera instancia determinó que el señor PEDRO ALJEMIRO GARCÍA RAMOS, quien falleció el 12 de enero de 2007, de conformidad con el registro civil de defunción que milita a folio 15, cotizó al sistema de seguridad social en pensiones un total de 415,43 semanas durante toda su vida laboral, sin acreditar cotizaciones durante los tres últimos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, ni las 26 semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, lo que demuestra, que aun aplicando el principio de la condición más beneficiosa no consolidó el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de sus causahabientes.

Al respecto considera la Sala, que la sustitución pensional supone la vocación o la legitimidad para reemplazar a la persona que venía gozando del beneficio o había adquirido el derecho a disfrutarlo, siempre y cuando cumpla los requisitos legales exigidos para ello en el régimen vigente al momento del fallecimiento del causante, lo cual no aconteció en el presente caso, puesto que la normativa aplicable no es otra que la Ley 100 de 1993, con las modificaciones hechas por la Ley 797 de 2003, disertación que encuentra soporte en la jurisprudencia de vieja data emitida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, reiterada en la sentencia SL4650-2017 y que se constituye en la nueva doctrina de este órgano de cierre jurisdiccional en materia laboral sobre el principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. En ella señaló: *“En ese horizonte, es criterio reiterado de esta Corporación que la regla general es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social de la prestación pensional correspondiente vigente al momento de su ocurrencia, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que está en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado. Cumple a ese propósito memorar que la Corte en sentencia CSJ SL7358-2014, del 11 de jun. 2014 rad. 46780, sostuvo que «tal como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. (CSJ SL 10 Jun 2009, Rad. 36135; 1° Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; y 3 de May 2011, Rad. 37799, entre otras)».*

Ahora bien, en el mismo pronunciamiento nuestra Superioridad adocrinó que la condición más beneficiosa es un mecanismo que: *“(i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal”*, de donde se desprenden las siguientes características:

“a) Es una excepción al principio de la retrospectividad. b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo. c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro. d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva. e) Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas– habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. f) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Y respecto al literal c) precisó: *“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez– a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos «plusultractivos», que resquebraja el valor de la seguridad jurídica (sentencia CSJ SL, del 9 de dic. 2008, rad. 32642).”*

Agregando: *“Descritas las anteriores características, se impone necesario, para la comprensión de la aplicación de la condición más beneficiosa, recordar que la Corte Constitucional, en sentencia C-428/09, declaró exequible el*

requisito de acceso a la pensión consistente en haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al momento de la invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003), argumentos que sirven para entender que, el mismo requisito estatuido en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes, también se encuentra conforme a la Carta Magna."

"Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional".

Haciendo propios los anteriores argumentos, la Sala descende al caso en estudio para verificar si en efecto, como lo increpa el alzadista por activa, bajo el imperio de la condición más beneficiosa, el afiliado causó el derecho pretendido en favor de sus causahabientes.

Sea lo primero advertir que el deceso ocurre el 12 de enero de 2007; es decir, por fuera del límite temporal que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló para la aplicación de este privilegio. Pero para mayor garantía de la parte demandante, la Sala hará un análisis de la pretensión incoada en el libelo genitor, en los diferentes escenarios normativos, así:

- Ley 797 de 2003, art. 12, exige cotizar al menos 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. TAL CONDICIÓN NO SE CUMPLE.
- Ley 100 de 1993, artículo 46, bajo sus dos premisas:
 - 1) Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.
 - 2) Afiliado que NO se encontraba cotizando al momento del cambio normativo. En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.NINGUNA DE ESTAS CONDICIONES SE CUMPLE, por cuanto el afiliado reporta su última cotización el 31 de octubre de 2000 (fl. 60 vta.) y el fallecimiento, se itera, ocurrió el 12 de enero de 2007.
- Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Tampoco resulta aplicable al caso en estudio por cuanto el afiliado no acreditó 500 semanas de cotización entre los años 1978 y 1998, es decir, 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años).

Es por lo anterior que la decisión adoptada por la falladora de primera instancia, quien denegó el anhelo de la actora por no acreditar los requisitos para su reconocimiento, se encuentra ajustada a derecho; sin embargo, para atender los argumentos expuestos en el recurso de apelación recuerda la Sala que la sentencia SL-22584 de 08 de septiembre de 2004, traída a colación por el apoderado judicial de la parte actora, se trata de situaciones fácticas y jurídicas disímiles, en tanto el caso que en ella se discute, el afiliado había cotizado 300 semanas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y su fallecimiento ocurrió el 31 de enero de 2000; es decir, cuando aún no se expedía la Ley 797 de 2003.

Corolario de lo expuesto, la Sala confirmará íntegramente la sentencia objeto de apelación por la parte activa de la litis, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 31 de mayo de 2017.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 365 del C. G. P. -código adjetivo que rige a partir del 1° de enero de 2016- y el acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, dadas las resultados del proceso hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada fijando como agencias en derecho la suma de un (1/2) S.M.L.M.V., esto es la suma de \$390.621, que serán liquidadas conforme lo ordena el artículo 366 del C. G. del P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de un (1/2) S.M.L.M.V., esto es la suma de \$390.621, que serán liquidadas de forma concentrada por el Juzgado de Primera Instancia, como lo dispone el artículo 366 del C. G. del P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTRADOS**. Déjese copia de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

LOS MAGISTRADOS

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

CLAUDIA CECILIA TORO R.

Ausente con permiso

JUAN CARLOS MUÑOZ

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – REQUISITOS: Aplicación de la norma vigente al momento del fallecimiento del pensionado. / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – BENEFICIARIOS: Hijos inválidos con dependencia económica del causante. / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – REQUISITOS: Análisis Probatorio – De la valoración integral del material probatorio recopilado en primera instancia, como de las pruebas de oficio decretadas y practicadas por esta Colegiatura, en aras de esclarecer la verdad y en aplicación estricta de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, se determina que el demandante no logró acreditar los requisitos legalmente establecidos para ser considerado beneficiario de la pensión de jubilación de su extinto padre; en tanto al detectarse irregularidades e inconsistencias en los documentos que sirvieron de soporte para la obtención de los dictámenes proferidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, estos no ofrecen la certeza necesaria y suficiente para considerar inválido al actor; por consiguiente, tampoco concurre el presupuesto de la dependencia económica, siendo que el mismo aplica solamente de encontrarse demostrada la condición de inválido antes de la muerte del causante. /

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

AUDIENCIA DE PRACTICA DE PRUEBAS, ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y JUZGAMIENTO

Buenas días, en Pasto, siendo las 9:00 a.m. del 6 de septiembre de 2017, día y hora previamente señalados para la celebración de la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien les habla **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de Magistrada Ponente, **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, se constituyen en **AUDIENCIA PUBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por el señor **LUIS FLORENCIO REVELO BARRERA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL CONTRIBUCIONES PARAFISCALES Y PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”**, radicado bajo el número único nacional **520013105001-2015-00433-01 (647)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

La Sala asume competencia del presente asunto para resolver el recurso de recurso de apelación interpuesto y sustentado por quien representa los intereses de la entidad demandada, a través de su apoderada judicial, y también en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad, en tanto, la decisión adoptada el 17 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Pasto, resulto adversa a sus intereses.

En este estado de la Audiencia se profiere en siguiente,

AUTO

Al plenario en segunda instancia se ha arrimado un escrito visible a folio 6 del cuaderno de segunda instancia en donde la UGPP da cuenta del cumplimiento de la medida cautelar impuesta en favor de la parte actora relacionada con la inclusión en nómina de pensionados.

Igualmente y atendiendo el Auto proferido por esta Sala Unitaria el 10 de agosto de 2017, se incorpora la Historia Clínica del demandante arrimada por la IPS Municipal de Ipiales obrante a folios 19 a 43 del cuaderno de segunda instancia y la documental enviada el día de hoy a las 8:47 de la mañana por la Junta de Regional de Calificación de Invalidez, atendiendo solicitud oficiosa que extendiera la Sala Unitaria de Decisión y que obran a folios 48 a 82, tales documentos se incorporan al plenario y se corre traslado a las partes para los efectos legales pertinentes. **La presente decisión se notifica a las partes en ESTRADOS.**

PRESENTACIÓN DE ASISTENTES

RECEPCIÓN DEL INTERROGATORIO DE PARTE AL DEMANDANTE Y TESTIMONIO DEL SEÑOR HUGO ANTONIO GUALPAS PASTAS.

Habiéndose recaudado el material probatoria que de manera oficiosa se decretó en segunda instancia, se declara clausurado el debate probatorio. La presente decisión **SE NOTIFICA A LAS PARTES EN ESTRADOS.**

ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Escuchadas a las partes en alegatos de conclusión. Se clausura esta etapa procesal. La presente decisión **SE NOTIFICA A LAS PARTES EN ESTRADOS.**

En este estado de la Audiencia la Sala decreta un receso para efectos de discutir el proyecto de sentencia. La presente decisión **SE NOTIFICA A LAS PARTES EN ESTRADOS.**

CONTINUACIÓN AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Buenas tardes, en Pasto, siendo las 3:00 p.m. del 27 de septiembre de 2017, día y hora previamente señalados para reanudar la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien les habla **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, en calidad de Magistrada Ponente, **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** y **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien para la presente audiencia se encuentra en uso de permiso, se constituyen en **AUDIENCIA PUBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LUIS FLORENCIO REVELO BARRERA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL CONTRIBUCIONES PARAFISCALES Y PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, radicado bajo el número único nacional **520013105001-2015-00433-01 (647)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Como ya se anotó anteriormente, la Sala asume competencia del presente asunto, para resolver el recurso de alzada que fue interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor, por cuanto la decisión proferida el 17 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Pasto, fue adversa a sus intereses, advirtiendo que las pruebas decretadas en segunda instancia ya se recaudaron, fueron debidamente incorporadas al plenario y las partes escuchadas en alegatos de conclusión.

PRESENTACIÓN DE ASISTENTES

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue discutido y aprobado por los integrantes de la Sala de Decisión Laboral, según consta en el acta No.385 y por ello se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, a través de la presente acción ordinaria laboral, que se condene a la **UGPP** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su padre **SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS** (q.e.p.d.), a partir del 24 de diciembre de 2003; al reconocimiento y pago de reajustes e incrementos pensionales; al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales a que tiene derecho el demandante y que se hayan causado en el tiempo; los intereses moratorios, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de los anteriores pedimentos, manifiesta en síntesis que su padre, el señor **SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS**, quien falleció el 24 de diciembre del año 2003, ostentaba su condición de pensionado por vejez del Ministerio de Obras Públicas, a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", desde el 8 de mayo de 1970.

Sostiene que solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de su difunto padre, por invalidez, pero le fue negado mediante resolución N° 47628 de 30 de diciembre de 2005, argumentando que la estructuración de la enfermedad fue posterior al fallecimiento del causante, decisión que fue atacada con los recursos de ley y confirmada a través de la Resolución N° 847 de 30 de agosto de 2006. Expresa que en el año 2007, se interpuso acción de tutela contra la misma entidad en la cual se le ordenó responder de fondo la solicitud del accionante y que en cumplimiento de ella nuevamente, con resolución UGM 006251 de 1° de septiembre de 2011, se le negó el derecho por no demostrar la dependencia económica respecto del causante.

Manifiesta que a la solicitud pensional adjuntó dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño N° 276 – 2005 expedida el 18 de marzo de 2005, en el cual se establece una pérdida de capacidad laboral de 57.80% con fecha de estructuración 7 de abril de 2005, así como las declaraciones extra – proceso de MARÍA FLORALBA ANDRADE y HUGO ANTONIO GUALPAZ, los cuales expresaban que efectivamente el señor REVELO dependía económicamente del causante y convivía con él.

Que ante las varias reclamaciones formuladas por el actor, la UGPP reitera su negativa de reconocer el derecho pretendido a través de la Resolución N° 46589 del 7 de octubre del 2013, pero ésta vez se interpone recurso de reposición adjuntando un documento expedido por la Junta Médica Regional de Nariño, *"resultado de la practica (sic) de una nueva junta y revisión de la historia clínica cumpliendo los parámetros legales y el nuevo pago de un salario mínimo"*, pese a ello la decisión fue confirmada con la resolución N° 051359 del 6 de noviembre de 2013, altercando que la fecha de estructuración fue posterior a la muerte del pensionado. El recurso de apelación, desatado a través de la resolución No. RDP 051579 de 7 de noviembre de 2013, indicó que el nuevo documento emanado de la Junta de Calificación de Invalidez de Nariño, con fecha de estructuración 4 de abril de 1995, no se puede tener en cuenta como prueba sumaria.

*** Contestación de la demanda y decisión de primera instancia**

Notificada en debida forma la entidad demandada, dentro de la oportunidad legal y por intermedio de apoderado judicial, contesta el libelo demandatorio aceptando los hechos relacionados con el status de pensionado del señor SEGUNDO CESAR REVELO, las solicitudes de sustitución pensional tanto a CAJANAL como a la UGPP por parte del demandante y los recursos interpuestos contra las decisiones negativas de reconocimiento pensional; igualmente, aceptaron los hechos relacionados con la acción de tutela y el posterior incidente de desacato, la solicitud de la UGPP para que se realice un nuevo dictamen ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, manifestando que no es posible reconocer el derecho pretendido por cuanto no se ha demostrado fehacientemente la dependencia económica del actor con el causante SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS y además, la estructuración de la enfermedad del actor es posterior a la muerte del causante. En consecuencia, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra y propuso para su defensa, los medios exceptivos de mérito que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSA DE EXCEPCIONES. (Fls 194 a 201).

Rituadas las etapas propias del derecho procesal laboral, mediante sentencia fechada 17 de noviembre de 2016, el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PASTO, condenó a la entidad demandada "UGPP" al reconocimiento y pago a favor del demandante de la pensión de sobrevivientes en su condición de beneficiario de los derechos pensionales de su fallecido padre SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS, junto con el reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

Para tal efecto, el A - *quo* consideró cumplidos por parte del actor los requisitos exigidos por la norma, la condición de hijo inválido y la dependencia económicamente respecto de su padre.

***Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, la apoderada que representa los intereses de la parte demandada, en forma oportuna interpuso recurso de apelación, manifestando únicamente los puntos sobre los cuales existe inconformidad, de acuerdo con la advertencia realizada por el director del proceso en primera instancia, los cuales se refieren a: *i)* el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, *ii)* el pago del retroactivo pensional, *iii)* la condena en costas a la UGPP, aclarando que no es procedente por cuanto la

entidad nunca actuó de manera temeraria, y iv) el aumento que se le otorgó al demandante que no está conforme con el salario sino con el "IPS". Indica que en la segunda instancia se explicará y ampliará a fondo cada uno de estos puntos.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegaciones de conclusión

De este derecho hizo uso el apoderado judicial de la parte demandante quien solicita impartir confirmación a la decisión adoptada en primera instancia por cuanto dentro del marco probatorio se encuentra plenamente demostrados los requisitos, la dependencia económica y el parentesco. Advierte que con \$80.000, suma que recibe del subsidio del Estado, no vive nadie.

Igualmente la apoderada judicial de la entidad demandada señaló que debe negarse la pensión de sobrevivientes al demandante en calidad de hijo mayor invalido del causante al no encontrarse demostrados los requisitos en el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes toda vez que la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, 7 de abril de 2005, es posterior a la fecha de fallecimiento del pensionado 24 de diciembre 2013, que si bien posteriormente se allegó recurso de reposición ante la Junta de Calificación de Invalidez de Nariño el 15 de mayo de 2013, por el cual la misma junta decide reponer la fecha de estructuración a 4 de abril de 1995, el documento aportado no se puede tener como prueba sumaria para efectos de reconocimiento pensional ya que el mismo carece de requisitos formales porque no indica el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y el origen de la invalidez y no existe sustento alguno del porque se cambia la fecha de estructuración de la invalidez del 4 de abril de 2005 al 4 de abril de 1995, arguye también que no se logró acreditar la dependencia económica del demandante hacia el causante.

Finalmente la Dra. Mónica Hidalgo Oviedo, en su condición de Procuradora 32 Judicial Delegada ante este Tribunal, solicita confirma la decisión sometida a revisión en esta instancia, por cuanto considera que se encuentran acreditados los requisitos para efectos de concederle la pensión de sobrevivientes al hijo mayor de edad con discapacidad, la cual está soportada con el Dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez Regional que le otorgó al demandante como fecha de estructuración de la invalidez desde el año 1995, así como también el obrante en el cuaderno de segunda instancia de los cuales se desprenden los diagnósticos respecto del demandante como hipoatrofia muscular de rodilla hasta el tobillo del pie izquierdo, displacia de cadera y catarata incipiente para el año 2005, reportando las afecciones relativas a la hipertrofia muscular una pre existencia de 10 años aproximadamente según se desprende del material obrante en el plenario.

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a decidir los puntos materia de reproche por la parte ejecutante en la presente acción, siguiendo las preceptivas del art. 57 de la 2ª. de 1984 y el artículo 66A del C.P.L. y S.S., en aras de garantizar el principio de consonancia; igualmente y de conformidad con el art. 69 del mismo compendio adjetivo, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, se revisará la decisión en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la entidad demandada, sin limitaciones de ninguna naturaleza, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Antes de establecer los puntos de estudio, la Sala advierte que no es materia de cuestionamiento i) que el señor LUIS FLORENCIO REVELO BARRERA es hijo del causante señor SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS, tal como se verifica con el registro civil de nacimiento, obrante a folio 41 del plenario; ii) que el causante fue titular de la pensión de jubilación, reconocida por la Caja Nacional de Previsión mediante Resolución No. 2545, desde el 8 de mayo de 1970 (CD. Expediente Administrativo fol. 145); iii) quien falleció el 24 de diciembre de 2003, tal como se certifica con el registro de defunción que reposa en el folio 42; y, iv) que tanto la entidad accionada como la extinta Caja de Previsión Social EICE, negaron en forma reiterada el reconocimiento prestacional al demandante,

por considerar que no acredita la condición de inválido, en tanto la fecha de estructuración de la situación de discapacidad es posterior al fallecimiento del causante, pero además porque no se encuentra fehacientemente demostrada la dependencia económica frente a él (Fls. 17 a 39).

Así las cosas, corresponde a esta Corporación plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: *i) ¿Se encuentran demostrados a cabalidad por parte del demandante, los requisitos legales que le permitan acceder a la pretendida condición de beneficiario de la pensión de jubilación de su extinto padre, el Sr. SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS? En caso afirmativo, ii) ¿Le asiste derecho al actor a la pensión de sobrevivientes deprecada desde el momento del deceso del causante, así como al retroactivo pensional indexado causado hasta su reconocimiento efectivo por parte de la UGPP, en la forma como fue reconocida por el fallador de primera instancia?; iii) ¿Se encuentra ajustada a derecho la medida cautelar decretada en favor del actor, en la decisión que puso fin a la primera instancia?; iv) ¿Es procedente la condena en costas de primera instancia, impuesta a cargo de la UGPP?; y v) Los incrementos anuales reconocidos por el A-quo en favor del demandante, no se encuentran ajustados a derecho, en la forma como lo increpa la alzada por pasiva?*

En torno a desatar los anteriores planteamientos y en el orden en que fueron esbozados, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

i) Condición de beneficiario de la Pensión de sobrevivientes

De tiempo atrás, ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acogidos como propios por esta Corporación, que la fecha de fallecimiento del causante es la que determina la normatividad a aplicar en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, ello por cuanto dicho evento, la muerte, es el que da nacimiento o genera tal derecho.

La Alta Corporación así lo reseñó: “(...) *la muerte del pensionado es el evento que marca la aplicación en el tiempo de la normatividad que ha de regular el derecho de los beneficiarios a la sustitución de su pensión*” (providencia de 2 de marzo de 2007, Rad. No. 27593) y se reiteró de la siguiente manera: “(...) *Frente a la pensión de sobrevivientes, tiene establecido la Sala, que es la fecha del fallecimiento la que determina la normatividad que gobierna el caso (...)*” (providencia de 25 de abril del mismo año, Rad. No. 29075)

En este orden y teniendo en cuenta que el causante, Sr. SEGUNDO CÉSAR REVELO VIVAS falleció el 24 de diciembre de 2003, las normas aplicables al caso en estudio son las contenidas en los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados los dos primeros por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente.

Tales fuentes normativas consagran que el derecho a la pensión de sobrevivientes lo tienen los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezcan, en el siguiente orden excluyente: el cónyuge o la compañera o compañero permanente, en forma vitalicia o temporal, según la edad y a falta de éstos “(...) *c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, “esto es, que no tienen ingresos adicionales”, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; (...)*”

Por su parte el artículo 38 ibídem, consagra: “*Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”.

Es decir, son dos los requisitos que le corresponde demostrar a quien alega la condición del inciso tercero de la norma en cita, en virtud del principio de la carga de la prueba que regula el art. 167 del C.G.P. aplicable en esta materia por remisión del art. 145 del Código Adjetivo Laboral; el primero, tener la condición de inválido antes de la muerte del causante y segundo, que por esa precisa circunstancia de limitación física, superior al 50% de su capacidad laboral, dependía económicamente de él.

Esclarecido lo anterior corresponde a esta Colegiatura determinar si cada uno de los anteriores presupuestos se cumple a cabalidad y para ello acudirá a los postulados del artículo 60 y 61 del C.P.L. y S.S.; es decir, se hará valoración integral de todas las pruebas allegadas en tiempo y con base en las reglas de la sana crítica, *"inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes"*.

Puestos en esta tarea, precisa recordar primigeniamente que el fallador de primera instancia encontró acreditados los anteriores presupuestos; el primero, con el dictamen No. 093-2014, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que le asigna al actor un PCL del 57.80% con fecha de estructuración abril 4 de 1995 (fls. 102 a 103) y la segunda -dependencia económica-, con las declaraciones extraproceso rendidas por los Sres. MARIA FLORALBA ANDRADE PANTOJA y HUGO ANTONIO GUALPAZ PASTAS, obrantes a folios 44 y 45 del plenario; sin embargo, el citado dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, a pesar de tratarse de una prueba técnica emitida por autoridad competente, no brinda a esta Colegiatura la suficiente seguridad para que sea ésta la que afiance una decisión judicial.

Las razones que motivan tal afirmación pasan a exponerse:

1. Después de la muerte del causante, 24 de diciembre de 2003, el ahora demandante acude a valoración ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, cuyo dictamen No. 276-2005, proferido el 20 de abril de 2005, le determina una pérdida de capacidad laboral del 57.80%, de origen común con fecha de estructuración 7 de abril de 2005. Tal decisión fue notificada en debida forma y según consta en el expediente administrativo allegado por el actor al momento de adecuar la demanda y que obra a folio 145 del plenario, no tuvo ningún reparo por parte del Sr. Revelo Barrera, por cuanto dentro de la oportunidad legal no interpuso recurso alguno y por lo tanto, se encuentra debidamente ejecutoriado y en firme.

En efecto, la Sra. MARIA ELISA DÍAZ DE JURADO, en su condición de Secretaria de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, certificó con destino a la Subgerencia de Prestaciones Económicas de CAJANAL EICE, con fecha 28 de julio de 2005 y recibida en dicha entidad el 2 de agosto del mismo año, que "Por medio del presente le remito Copia Auténtica (sic) del Concepto emitido por esta Junta Regional, donde consta que se encuentra en firme por cuanto no ha sido objeto de los recursos de ley dentro del termino (sic) que aparece claramente junto a la notificación personal, la fecha de estructuración aparece también claramente en la hoja numero (sic) tres del formulario de dictamen para la calificación de la invalidez, el grado de invalidez esta (sic) también claramente expresado en el punto siete del formulario de calificación que reza: 7.PORCENTAJE DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, Deficiencia: 36.90; Discapacidad: 4.90; Minusvalía: 16% para un total de: 57.80%; el documento original del presente reposa en sus archivos según información allegada por el señor Luis Florencio Revelo Barrera. (...)".

*2. Pese a lo anterior, igualmente con el escrito de demanda inicial, el demandante allega a folio 48, copia del documento emanado de la misma entidad, con fecha 15 de mayo de 2013, en el que se indica que se revisa nuevamente la historia clínica de Luis Florencio Revelo Barrera, así como los documentos anexos, como: historia clínica de remisión de la dirección municipal de salud de Ipiales de abril 4 de 2005 que dice textualmente: "paciente con cuadro clínico de diez años de evolución caracterizado por disminución de agudeza visual la cual se ha ido incrementando con el transcurso del tiempo (no puede mirar de lejos, solo cerca), Además sensación de cuerpo extraño bilateral" debido a esto la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Nariño decide **REPONER** la fecha de estructuración del 4 de abril de 2005 a 4 de abril de 1995".*

En virtud de tal actuación, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, a manera de decisión de recurso de reposición, profiere con fecha 1º. de abril de 2014, el dictamen No. 093-2014, conservando todos y cada uno de los conceptos del dictamen No. 276-2005, reseñado en el numeral primero, pero determinando que la fecha de estructuración es "4 de abril de 1995".

Tal determinación, como ya se indicó, tuvo como único soporte **la afirmación realizada por el propio interesado**, quien en valoración ante la IPS con fecha 4 de abril de 1995, manifiesta que su cuadro clínico tiene 10 años de evolución caracterizado **"por ↓ (léase disminución) de la agudeza visual (...)"** tomado del folio 47 y aportado con la demanda inicial. En todo caso, la profesional de la medicina que lo valoró en el año 2005, le remitió "para una mejor valoración y tratamiento por oftalmología".

Nótese que la primera solicitud de reconocimiento pensional y ello se desprende del expediente administrativo allegado por el actor, en el escrito de adecuación de la demanda, se realizó en el año 2005 y jamás se manifestó encontrarse pendiente por un recurso de reposición, documento del que tan solo se da cuenta en el año 2014; es decir, 9 años después.

Estas circunstancias, que ya generaron duda para la Colegiatura, hicieron que en aras de esclarecer la verdad y en aplicación estricta de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, se reabriera el debate probatorio con el propósito decretar prueba de oficio, toda vez que a voces de Nuestra Superioridad en materia Constitucional *“la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo- y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”* (sentencia C-549-09 Corte Constitucional). *Buscar ese equilibrio en el diseño de los procesos judiciales es un desafío para el Legislador. Asegurar su cumplimiento efectivo es la misión del juez en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento”* (C-086-16 Corte Constitucional).

En cumplimiento del auto proferido por la suscrita ponente, con fecha 10 de agosto de 2017, se recepcionaron, frente al tema estudio en este ítem, los siguientes documentos:

i) Con oficio 713-08.225 del 23 de agosto de 2017, recibido en la Secretaria de la Sala Laboral en la misma fecha, a las 4:19 p.m., el Sr. Raúl Andrés Orbes Chávez, en calidad de Gerente de la IPS Municipal de Ipiales E.S.E., remitió “copia íntegra” de la Historia Clínica del Señor: Luis Florencio Revelo Barrera, identificado con C.C. No. 5.266.867, los cuales reposan a folios 19 a 43 del plenario e incorporados en debida forma al expediente, corriendo traslado del mismo a las partes en audiencia celebrada el 6 de septiembre de 2017 y frente a los cuales no se formuló tacha alguna.

Del análisis de este material probatorio, se concluye que el 4 de abril de 2005, no fue atendido en dicha IPS, ni para esa fecha valorado por oftalmología ni ninguna enfermedad relacionada con la pérdida de agudeza visual. Lo cierto es que la hoja de remisión que soportó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (fl. 47 del plenario), ***no hace parte de la historia clínica del demandante***; pero además, desde el año 2005 el actor no volvió para ninguna clase de control por su problema de visión, ni acudió a la supuesta valoración oftalmológica que le fuera ordenada, tan solo lo hizo el 27 de julio de 2016 (fl. 25 segunda instancia); es decir, once años después de la valoración por la Junta Regional y en esa oportunidad refiere ***“desde hace 14 años empozo (sic) a alterarse la visión y últimamente le dificulta merar (sic) de lejos y cerca”***, pero tampoco en esta ocasión se realizó la valoración oftalmológica ordenada. Lo cierto es que el actor no requiere para su desplazamiento y movilidad, ni para otras actividades diarias del uso de anteojos o ayudas para mejorar la visión, como se constata en el video contentivo de la audiencia de primera instancia y así lo constató la prueba testimonial recaudada en esta instancia.

Posteriormente y luego de decretada la prueba de oficio por esta Colegiatura, el actor vuelve a valoración ante la referida IPS y en tal oportunidad el paciente refiere lo siguiente: *“Paciente con cuadro clínico de hace larga data (24 años de evolución) consistente en visión borrosa, con disminución considerable de la agudeza visual, niega dolor ocular, niega otra sintomatología”*, lo que conlleva a que nuevamente se lo remita a valoración oftalmológica (fl. 25 segunda instancia).

Tales situaciones fácticas no encuentran explicación para esta Sala de Decisión, pero más confuso resulta que la hoja de remisión que sirvió de soporte para el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el año 2005 y luego en el 2014, no haga parte de la historia clínica de la IPS Municipal de Ipiales E.S.E., por lo que sin duda alguna los dictámenes proferidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño Nos. 276-2005 y 093-2014, expedido el primero el 18 de marzo de 2005 y el segundo, el 1º. de abril de 2014, para desatar un supuesto Recurso de Reposición (con la explicación anotada precedentemente frente a este tema), no ofrecen para este Cuerpo Colegiado la certeza necesaria y suficiente para considerar inválido al Sr. LUIS FLORENCIO REVELO BARRERA, en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y de esta manera la primera condición necesaria para acceder al derecho pensional pretendido por el demandante, ***no se satisface legalmente***.

Para ahondar en razones y así dar mayor claridad a la decisión antes adoptada, precisa la Sala que la documental arrimada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, a solicitud de esta Sala de Decisión, en nada

contribuye al propósito de esclarecer el derecho; por el contrario, será necesario compulsar copia a la Fiscalía General de la Nación, para que se investiguen los hechos antes explicitados, pero además se revise la legalidad y veracidad de los folios 56 57, 58 y 59 del cuaderno de segunda instancia, por cuanto ellos teniendo el logotipo del Hospital Civil de Ipiales E.S.E. no reposan en la historia clínica del actor; se explique porque se dio curso a un recurso de reposición, que jamás se interpuso por cuanto así se lo hizo saber a la administradora de la pensión reclamada por el actor – CAJANAL EICE-, el 28 de julio de 2005 y con él se viabilizó un derecho pensional – sin tenerlo-, al parecer con el interés de lesionar el patrimonio del Estado Colombiano, en tanto se cambió o mejor retrocedió en 10 años la fecha de estructuración del estado de invalidez. Igualmente se solicitará a la autoridad competente en materia penal investigue la conducta del demandante, quien es consiente que la enfermedad padecida desde niño y así lo hizo saber a esta Colegiatura en el interrogatorio de parte surtido en esta instancia y fue ratificado por el testigo HUGO ANTONIO GUALPA PASTAS, no es la pérdida de la agudeza visual, que extrañamente le arrojó una deficiencia del 35% (sin siquiera tener un diagnóstico confirmado en tal sentido) sino la que él denomina “cojera” o enfermedad en pierna y caderas y que la Junta Regional le diagnóstico como “*lesión de nervio tibial izquierdo, varices GII y articulación anquilosada*” que no alcanzan ni siquiera un 13% de deficiencia.

Es preciso advertir a las partes que conforman la Litis, que el derecho pensional del causante SEGUNDO CESAR REVELO VIVAS, no es un bien que la familia o la sociedad pueda disponer a su libre albedrío, sino del Estado, el cual se administra bajo un esquema de Fondo Común y que solo puede pasar a sus beneficiarios, cuando de manera clara y legal ostenten las condiciones legales para acceder a él; por lo que esta Colegiatura no avala ni avalará las inconsistencias observadas para conceder el derecho pretendido, las cuales no se superan con el restante material probatorio arrojado al plenario; en tanto el actor no cumple los requisitos legales, no solo la condición del inválido, que ya quedó ampliamente explicada; sino también de la dependencia económica del mismo frente al causante, la cual para esta Sala tampoco se cumple por cuanto una cosa es convivir bajo el mismo techo por razones de solidaridad familiar, que es lo que verdaderamente ocurren en el sub litium y otra muy distinta depender del causante porque las severas limitaciones físicas, que lo califican como inválido, le impiden obtener recursos para su propio sostenimiento y ello, en este caso diáfanoamente NO OCURRIÓ. Tal conclusión se soporta en el mismo interrogatorio de parte absuelto por el actor y la prueba testimonial rendida del Sr. HUGO ANTONIO GUALPAZ PASTAS, quienes coinciden en señalar que las condiciones físicas del actor le permitían ejercer su labor como zapatero, además de otras que realizaba en beneficio del deponente en la plaza de mercado de Ipiales, sector El Charco y ello en estricto derecho, confirma que el actor no dependía económicamente del causante.

No pretende la Sala desconocer que la dependencia económica puede ser parcial y quizá mínima, pero relevante, esencial y preponderante para el sostenimiento, si del reconocimiento de la sustitución pensional se trata, pero ello si y solo si, aplica cuando la condición de inválido se acredite, en forma legal y mientras viva el causante y no se trate a última hora y solo para acceder a un derecho que no se tiene, procurar una condición que nunca se tuvo.

En conclusión la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, por no encontrarla ajustada a derecho será revocada, debiendo condenar en costas de primera instancia a la parte demandante y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a medio smlmv; esto es la suma de \$ 368.859.00; pero además, se ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la conducta de los miembros de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, del demandante Sr. JOSE FLORENCIO REVELO BARRERA y del apoderado judicial principal que representa sus intereses, por las razones expuestas anteriormente.

En la forma como se resuelve el estudio de la presente causa, en el grado jurisdiccional de consulta, se hace innecesario abordar el estudio de los restantes problemas jurídicos, ni del recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte demandada, el cual entre otras cosas, no reúne los mínimos presupuestos que la ley procesal laboral exige para estas circunstancias.

Solo resta para la Sala llamar la atención a la comunidad jurídica para que presten especial atención a los principios y valores que deben motivar la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, cuando no se satisfagan cabal y legalmente los requisitos que la ley impone, so pena de que el director del proceso, en cualquier instancia, someta a escrutinio de carácter penal inclusive, las actuaciones que no se enmarquen en tales postulados, ni siquiera bajo la excusa de alcanzar una tutela judicial efectiva, en tanto ella busca que todas las personas residentes en Colombia puedan acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses

legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, pero no cuando los intereses resultan ilegítimos, como el caso que aquí se estudió.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C. G. P. y el acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, dado que el asunto se revisa en el grado jurisdiccional de consulta, no se impondrán costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado PRIMERO Laboral del Circuito de Pasto, el 17 de noviembre de 2016, objeto del grado jurisdiccional de consulta y apelación por la parte activa de la Litis, según lo expuesto en las consideraciones de esta providencia, para en su lugar:

***"PRIMERO. DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido propuesto por la parte demandada, de conformidad con lo explicado en las motivaciones de este proveído y en consecuencia **ABSOLVER** a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante Sr. LUIS FLORENCIO REVELO BARRERA.*

***SEGUNDO. CONDENAS** en costas de primera instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a medio smlmv; esto es la suma de \$ 368.859.00, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de primera instancia, en la forma ordenada por el art. 366 del C.G.P."*

SEGUNDO. ORDENAR que por secretaria de esta Sala, se compulse copia íntegra de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue el actuar de quienes intervinieron en los hechos antes descritos y actúen en el marco de su competencia, en aras de salvaguardar el patrimonio público.

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTRADOS**. Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen.

LOS MAGISTRADOS,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

CLAUDIA CECILIA TORO R.

JUAN CARLOS MUÑOZ
(Con permiso)

NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL COMO CONSECUENCIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA – La falta de información completa y comprensible por parte de las administradoras de pensiones, sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional, da lugar a la invalidez del acto de afiliación./ CARGA DE LA PRUEBA – Les compete a las administradoras de fondos de pensiones demostrar que el potencial afiliado al momento del traslado recibió la información - Procedencia de decretar la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante, al establecerse que las administradoras de fondos de pensiones accionadas, al momento de efectuar el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, omitieron el deber de brindarle toda la asesoría necesaria, tanto de los beneficios como de los posibles perjuicios que ello conllevaba; constatando que no realizaron un análisis de su situación particular, resultando dicho traslado lesivo al derecho adquirido del régimen de transición de la actora; siendo además que ésta retornó al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, entidad que acogió a la demandante previo el traslado de los aportes efectuados al sistema pensional, lo cual se tuvo en cuenta al reconocérsele la pensión de vejez, pero sin la aplicación del régimen de transición. Al ser COLPENSIONES la última entidad de seguridad social a que se encuentra afiliada la actora, deberá reconocer y pagar el beneficio pensional correspondiente.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PARA CONOCER SOLICITUDES PENSIONALES DE EMPLEADOS PÚBLICOS AMPARADOS POR EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – Los conflictos del régimen de transición de empleados públicos no corresponden al sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 – La jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral carece de competencia para el reconocimiento de pensiones o reliquidación de las mismas bajo el régimen de transición de empleados públicos; por tanto hay lugar a la revocatoria parcial del fallo de primera instancia, en tanto se accedió a las pretensiones de dar aplicación a los beneficios del régimen de transición aplicable a la Rama Judicial en favor de la actora, quien ostenta tal calidad; no siendo procedente declarar la nulidad de lo actuado, sino conocer de las pretensiones para las cuales dicha jurisdicción es competente, en este caso lo referente a la nulidad del cambio de régimen pensional, por ser una pretensión derivada del régimen de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993.

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ**

Ordinario Laboral No. 2015-00304-01(587)

En San Juan de Pasto, a los cuatro (04) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA y CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por ... contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. Preside el acto **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien lo declara abierto. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el señor Magistrado Sustanciador presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado.

A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

..., a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con el fin de obtener la nulidad de la afiliación de la actora al fondo privado de pensiones y con fundamento en dicha declaratoria, ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como también el reconocimiento y pago de los perjuicios morales a ella ocasionados y las costas del proceso.

1.1. HECHOS

Como argumentos fácticos de sus pretensiones la actora expuso los siguientes:

- Que la actora nació el 15 de mayo de 1954, contando al 1º de abril de 1994, data en la que entró a regir la Ley 100 de 1993, con 39 años de edad, por lo que resulta ser beneficiaria del régimen de transición pensional, aunado a que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, registraba más de 750 semanas o 15 años de servicios, debidamente cotizados al sistema pensional.
- Que el 23 de junio de 1994, se llevó a cabo una reunión con funcionarios del cuerpo técnico de la FISCALÍA, programada por los representantes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en la que los representantes de dicha entidad, explicaron únicamente los beneficios que la actora tendría si se trasladaba al Régimen de ahorro individual, sin que exista asesoría idónea sobre los riesgos de dicho cambio, entre ellos, la pérdida del régimen de transición pensional, por lo que considera que el cambio de régimen pensional fue producto de un engaño colectivo.
- Que la actora ..., cotizó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., desde el 23 de junio de 1994 hasta el 16 de mayo de 2003, retornando al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS a partir del 24 de mayo dicha anualidad, a quien se le informó por parte del fondo de pensiones privados con misiva de 10 de marzo de 2010, que se realizaron en forma efectiva el traslado de todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.
- Que el 04 de octubre de 2006, la actora radicó ante el extinto ISS la documentación requerida para el reconocimiento de la pensión de vejez, ente que mediante resolución No. 1510 de junio de 2011, reconoció pensión de vejez sin la aplicación del régimen de transición pensional contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo confirmada la misma con Resolución No. 1014 de 19 de junio de 2011, notificada el 05 de julio de 2012, aduciendo la pérdida de dicho beneficio pensional por cambio de régimen.
- Que se adelantaron las respectivas reclamaciones administrativas ante las entidades demandadas, con el fin de que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. declare la nulidad de afiliación y COLPENSIONES reconozca a la promotora del litigio como beneficiaria de régimen de transición pensional.
- Que debido al traslado de régimen pensional inducido por error, la actora no ha podido retirarse de su trabajo actual, como Juez..., dado que la mesada liquidada resultó ser inferior a sus expectativas legítimas de acceso a la pensión, conforme a su nivel de vida.
- Que la actora padece de trastorno mixto de ansiedad y depresión, así como también de ULCERA GÁSTRICA FOREST III, persistentes hasta la fecha, como consecuencia de la pérdida del régimen de transición y falta de información conveniente por parte de AFP PROTECCIÓN SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

1.2. TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, despacho que con auto de 16 de julio de 2015 (Fl. 127), admitió la sustitución de la demanda presentada por la parte actora obrante a folios 105 a 126, en el que además se ordenó la notificación de los entes demandados, así como también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público.

Notificadas las partes accionadas, el juzgado de conocimiento consideró mediante auto de 15 de febrero de 2016 (Fl. 221), tener por contestada la demanda por parte de las accionadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, entidades que en las referidas replicas manifestaron lo siguiente:

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso al acogimiento favorable de las pretensiones incoadas por activa, con el argumento de que la actora por su propia iniciativa tomó la decisión de trasladarse al RAIS, sin que existiera una falta de información o error en la misma que la haya inducido a la toma de tal situación, pues a la actora se le suministró los datos necesarios y suficientes y se le explicó las implicaciones del cambio de régimen pensional, por lo que no resulta ser procedente la nulidad solicitada. Con fundamento en ello, como medio enervante de las pretensiones expuestas propuso las excepciones de fondo que rotuló *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE PROTECCIÓN S.A.", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FE", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO", "PRESCRIPCIÓN", "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD" y la "INNOMINADA O GENÉRICA"* (Fls. 156 a 181).

Por su parte COLPENSIONES, mediante escrito visible a folios 138 a 142, aceptó como ciertos los fácticos relacionados con que la demandante regresó al régimen de prima media con prestación definida a partir del 24 de mayo de 2003, que PROTECCIÓN S. A mediante oficio del 10 de marzo de 2010 y correo electrónico de la misma fecha, le informó que realizó el traslado de todos los aportes de la demandante, que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía más de 750 semanas o 15 años de servicios y que la demandante el 4 de octubre de 2006 radico ante el extinto ISS la documentación requerida para la pensión de vejez siendo concedida la misma sin atender los postulados del régimen de transición pensional, habida consideración de la pérdida del mismo por la movilidad en los regímenes pensionales existentes. Por lo expuesto, se opuso a que se despachen de manera favorable las peticiones elevadas en el escrito genitor, proponiendo como excepción previa la de *"PRESCRIPCIÓN"* y de fondo las de *"COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" "AUSENCIA DE VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS" "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS" "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS" y "SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES"*

Llevada a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., el 8 de julio de 2016 (Fls. 223 a 227 CD. No. 01), la a quo declaró fallida la conciliación, al no existir en las partes ánimo conciliatorio para tal fin. Así mismo en dicho acto público, la Juez de primer grado excluyó del debate probatorio los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 4, 14 y 20 a 23 por estar aceptados expresamente por las entidades accionadas, que hacen alusión a la fecha de nacimiento de la actora, la edad de aquella al 1º de abril de 1994 y a la data de presentación de la demanda, el traslado de régimen pensional de la demandante, lo relacionado con las solicitudes de retorno al régimen pensional incoadas por la actora y el contenido de los actos administrativos de reconocimiento pensional en su favor; igualmente declaró probados los hechos 3, 7, y 19 aceptados por PROTECCIÓN relativos a que el 23 de junio de 1994 la actora se trasladó de régimen pensional al RAIS y lo relacionado con el reconocimiento pensional y respecto de COLPENSIONES, consideró probados los hechos 15 a 18, que hacen alusión al retorno al régimen de prima media de la demandante a partir del 24 de mayo de 2003, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la promotora de la litis contaba con más de 750 a 15 años de servicios y que le fue trasladado del RAIS la totalidad de los aportes realizados por la demandante. En cuanto a la resolución de la excepción previa de prescripción propuesta por pasiva, dispuso diferir la decisión de la misma al momento de dictar la sentencia respectiva.

Agotadas todas las etapas del proceso ordinario laboral de primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto dirimió el asunto con sentencia calendada a 07 de octubre de 2016 (Fls. 248 a 252 CD. No. 04 – MINUTO 00:04:35 a 00:41:52), por medio de la cual declaró la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, entendiendo en consecuencia que la actora siempre estuvo afiliada al régimen de prima

media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, ordenando por ende a dicha entidad acoger a la demandante como su afiliada, manteniéndole el régimen de transición a que tiene derecho y absolvió de los demás pedimentos esbozados en el introductorio, condenando a la parte pasiva de la Litis a cancelar las costas procesales, fijando como agencias en derecho un monto equivalente a 02 salarios mínimo legales mensuales vigentes para cada una de estas.

Para lo anterior, expuso la *a quo* que partiendo del hecho que la actora con anterioridad al traslado a las RAIS, era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón del requisito de su edad y aplicando precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, relacionados con la nulidad de afiliación, determinó que en el sub lite el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información completa y comprensible, respecto de los alcances del cambio de régimen pensional, carga probatoria que le incumbía, sin que ello se desprenda únicamente con el formulario de afiliación respectivo o con el estudio posterior a la afiliación que realizó en favor de la demandante.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

Igualmente, inconformes con la decisión proferida en primera instancia, la parte demandada PROTECCIÓN S.A., a través de su procurador judicial interpuso recurso de apelación, el que fue sustentado como lo que a continuación se sintetiza:

1.3.1. APELACIÓN PROTECCIÓN S.A. (MINUTO 02:25:20 a 02:26:40 CD. No. 02).

Expone su inconformidad respecto de la condena en costas, con el argumento de la improcedencia de las mismas de acuerdo a las resultas de la sentencia, puesto que ninguna de las condenas allí dispuestas genera para la entidad carga o responsabilidad alguna, sin perder de vista que ha sido absuelta en cuanto a la petición de indemnizaciones de perjuicios reclamados por activa, estando además en desacuerdo con la declaratoria de nulidad, pues a su juicio la parte activa del contradictorio con la prueba testimonial por él traída, no corrobora la falta de información aducida por parte del fondo privado de pensiones, declaratoria de nulidad que es la razón fundamental para la condena en costas. Por lo tanto solicita que la sentencia sea revocada.

1.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En desarrollo de esta audiencia, se han dado cita la parte demandante y su apoderado judicial, así como también la Procuradora Judicial Delegada, presentando sus respectivos alegatos de conclusión. Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES y el recurso de apelación interpuesto por el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a decretar la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante ante el RAIS y de ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento, establecer si resulta viable la condena en costas en este proceso en contra de las entidades accionadas. Adicionalmente le corresponde definir si esta jurisdicción es competente para el reconocimiento de pensiones o definir reliquidaciones pensionales de empleados públicos amparados por el régimen de transición.

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. NULIDAD DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31.314 de la misma fecha y 33.083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales y casó la sentencia del *ad quem* y en sede de instancia, revocó la del *a quo*, decretando la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual de un afiliado que desde antes de verificarse éste, había cumplido con los requisitos mínimos para acceder a una pensión en el régimen de prima media, ordenando, en consecuencia, el regreso automático a este último y el traslado a la administradora del régimen de prima media de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor.

La principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación y que ha marcado la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹

De la citada jurisprudencia se logra concluir además, que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, tienen la obligación de brindar información clara, completa

¹ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información."*

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada." (Subraya la Sala)

y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión o también disminuir el monto de la misma.

Igualmente, de la citada sentencia se tiene que la carga probatoria respecto de la información que brindan las administradoras de fondos de pensiones al potencial afiliado al momento del traslado recae en éstas, a quienes les corresponde demostrar que han cumplido a cabalidad con ese deber, a contrario sensu del principio general que rige la carga probatoria que establece que corresponde probar los supuesto de hecho a quienes alegan determinadas pretensiones, por lo que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del fondo pensional respectivo demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la a quo, cuando indicó que la entidad accionada no cumplió con el deber de información, ya que teniendo en cuenta que correspondía a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PRIVADA, en este caso PROTECCIÓN S.A., y no a la parte activa del contradictora, arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que la accionante recibió asesoría previa a su traslado, proporcionándole una información clara y completa, encuentra la Sala que en efecto, verificado el material probatorio obrante en el proceso, el fondo privado de pensión demandado incumplió con la carga probatoria que le atañe, pues de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante y ni siquiera que se haya entregado la proyección o cálculo actuarial al momento de la afiliación, indicando la posible lesividad en el cambio de régimen pensional.

Esto además si se tiene en cuenta, que en principio, se dice en esa forma por las razones que más adelante expondrá la sala, se tiene que la actora cumpliría con los requisitos necesarios para hacerse acreedora del régimen de transición, puesto que nació el 15 de mayo de 1954, según consta en su registro civil de nacimiento visible a folio 25 del expediente, razón por la cual al 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad, cumpliendo con ello inicialmente con el requisito de edad que le permite al demandante gozar del beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social Integral, con anterioridad al traslado del régimen pensional, por tratarse de mujer y tener a 1º de abril de 1994 más de 35 años de edad, aunado a que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de julio de dicha anualidad, la actora reporta más de 750 semanas de cotización y tiempo de servicios, por lo que el régimen de transición para ella se extendería, hipotéticamente, a 31 de diciembre de 2014.

Siendo así es lógico válido asentar, que dentro del *sub judice* la administradora de pensiones del RAIS accionada, no aportaron las pruebas conducentes a determinar que para el cambio de la actora de régimen pensional, le hayan brindado un estudio detallado para que conociera, no solo de los beneficios de dicho traslado, sino también de las consecuencias negativas de aquel, esto es, la pérdida del régimen de transición que hasta el momento de la movilidad inicialmente beneficiaba a la demandante, lo que no le fue explicado por el fondo o al menos no está demostrado en el proceso que así sucediera, lo que finalmente resultó lesivo a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si la demandante hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, omisión que causó una desinformación de su parte que incide en la posibilidad de acceder a una pensión con beneficios para aquella dentro del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta del cambio de régimen pensional, siendo relevante para los efectos de la presente decisión, y recalca la Sala que este es el punto que diferencia el asunto de otros que ha definido la Sala, que la actora en el año de 2003 retornó al régimen administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, retornando del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, entidad que acogió a la demandante previo el traslado efectivo de los aportes por ella efectuados al sistema pensional, lo que además se tienen en cuenta al momento de expedición de la Resolución No. 1510 de junio de 2011 (Fls. 63 a 67), por medio de la cual se reconoce pensión de vejez en su favor dentro del régimen solidario de prima media con prestación definida, advirtiendo esta Corporación que resulta ser COLPENSIONES quien deberá reconocer y pagar en favor de la actora el beneficio pensional que a ella le corresponde, toda vez que dicho ente fue la última entidad de seguridad social a que se encuentra afiliada la promotora de la Litis, ello de conformidad al criterio jurisprudencial vertido sobre este punto por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de treinta (30) de noviembre de dos mil cinco

(2005), Magistrada Ponente Doctora ISAURA VARGAS DÍAZ².

Por lo dicho resulta palmario colofonar, que en este preciso evento, la falta de información por parte del fondo privado accionado, sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional, constituye un yerro el que da lugar a la invalidez del acto de afiliación, teniendo en cuenta el perjuicio que se causa a la actora con dicha omisión, por lo tanto, la Sala confirmara el numeral primero de la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y del recurso de apelación, en cuanto declaro la nulidad de la afiliación de la demandante ... al fondo administrador de cesantías y pensiones Protección realizada en el año 1994.

2.2.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PARA CONOCER SOLICITUDES PENSIONALES EN VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Atendiendo las argumentaciones de la señora Procuradora Judicial en sus alegatos de conclusión y teniendo en cuenta que esta Sala está conociendo del presente asunto bajo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, lo cual le da una amplia competencia para decidir sobre todo lo resuelto en el fallo de primera instancia y que perjudica a COLPENSIONES, en seguida se pasa a estudiar la decisión tomada por la a quo en los numerales SEGUNDO y TERCERO del aludido fallo, en el numeral segundo el *a quo* dispuso: *"Ordenar a COLPENSIONES que analice nuevamente la historia laboral de la demandante, a efectos que le reconozca el régimen de transición pensional teniendo en cuenta tanto los aportes realizados directamente a COLPENSIONES, como los aportes en el tiempo de servicios prestado antes a las diferentes entidades públicas donde ella presto sus servicios, para efectos que con base en el régimen de transición pensional se re liquide la pensión con fundamento en la norma pensional que estaba vigente antes de la ley 100 de 1993 a la cual estaba afiliada la señora demandante, advirtiendo que no puede el juzgado decidir sobre este tema por cuanto se trata de una empleada publica y que es competencia del juzgado administrativo".* Y en el numeral TERCERO dispuso: *"declarar que la demandante ... cumplió con el requisito de edad para adquirir el régimen de transición al primero de abril de 1994, fecha en la cual entro en vigencia la ley 100 de 1993 y que acredita más de 750 semanas en el año 2005, cuando entro en vigencia el acto legislativo 01 del 2005"*, desde ya la sala informa que dichos numerales segundo y tercero serán revocados por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar el artículo 2° del C.P.T. y de la S.S. modificado por la ley 712 del 2001, dice entre otras cosas que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social conoce de en lo que respecta al asunto que nos ocupa "(...) 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos (...) " artículo que fue modificado por la ley 1564 del 2012 artículo 622 (C.G.P), al explicar la competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral,

² "(...) solo es suficiente con transcribir las consideraciones de la Corte asentadas en la sentencia 18790 del 28 de agosto del 2002, que ratificando el criterio expuesto en la 15977 del 14 de diciembre de 2001, sirve para establecer el error jurídico en que incurrió el Tribunal al inhibirse de fallar el fondo del asunto sometido a su estudio, con fundamento en la necesidad de la citación por parte del peticionario de la integración del contradictorio, para el reconocimiento de la prestación pensional, pues, en tratándose de esta clase de obligaciones pensionales, la nueva orientación jurisprudencial de la Corte plasmada con posterioridad a la sentencia citada por el Tribunal, afirma que no debe declararse inhibido el Juez de Alzada por la falta de citación al proceso de las entidades a las cuales prestó sus servicios el solicitante de una pensión de jubilación cuando solo la paga una de ellas y las demás deben concurrir con su cuota parte, por cuanto la normatividad al respecto ha dispuesto el reconocimiento y pago del crédito en cabeza del último empleador o la última entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliado, con la posibilidad de que el obligado repita el pago contra los otros en la proporción que les corresponde.

"(...)" Conviene agregar que tal como se señaló en salvamento de voto . . . "Las leyes 6ª de 1945 (art. 29), 24 (art. 1º) y 72 (art. 21) de 1947; 171 de 1961 (art. 4º); 48 de 1962 (art. 9º); 4 de 1966 (arts 4 y 5); 33 de 1985 (arts 1º y 2º) y 71 de 1988, así como los decretos 2941 de 1948 (art. 1º); 1611 de 1962 (arts 17 y 18); 1743 de 1966 (arts 5 y 6); 3135 de 1968 (arts. 27 y 28), y 1160 de 1989, se ocuparon en su normatividad del evento de que el derecho habiente pensional haya laborado para varios empleadores, o hubiese efectuado aportes a distintas entidades de seguridad social, y disponen que el crédito pensional lo reconozca y pague el último empleador, o la última entidad de seguridad social a que estuviese afiliado, pero a su vez hace posible que el obligado a pagar la pensión reivindique y repita contra unos u otras en la proporción de la obligación que les corresponde. (Resalta y Subraya la Sala).

la jurisprudencia del orden nacional se ha manifestado en diferentes oportunidades que han sido acatadas por esta Sala, se reseñan algunas de estas sentencias, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia del 28 de febrero del 2006 radicación 26.690, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, citada en sentencias 26.649 de 30 de junio de 2006, 27.561 de 18 de septiembre de 2007, 30.517 de 22 de abril de 2008 y 29.775 de 15 de octubre de 2009, se refirió a dicho tema, además el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 27 de marzo de 2008, radicación interna 0099-07, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, ratificada en sentencia del 19 de septiembre del 2009, siendo C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación interna 0475-2008, para efectos ilustrativos citaremos lo dicho en la última sentencia del Consejo de Estado:

"(...)"

"Así las cosas, los conflictos jurídicos sobre prestaciones sociales de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición de pensiones, en criterio de la sala, están excluidos de la competencia de la jurisdicción ordinaria pues de ellos conoce el juez natural competente según la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten, sin que ello tenga porqué originar conflictos de jurisdicciones entre la ordinaria y la contenciosa administrativa."

"Bajo estos supuestos, se excluyen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes exceptuados por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y los conflictos surgidos del régimen de transición de las pensiones de jubilación de los empleados públicos en razón a la aplicación de normas anteriores."

(Subrayado de la sala)

"(...)"

Sobre el mismo punto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-1027 de 2002, en la que declaró la exequibilidad del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, y para efectos de ilustración expuso: *"Conviene precisar que a contrario sensu, en lo que no conforma el sistema de seguridad social integral por pertenecer al régimen de excepción de la aplicación de la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales que surgen de la transición prevista en este ordenamiento legal, se preservan las competencias establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo y Procesal del Trabajo, según el caso, y por tanto sí influye la naturaleza de la relación jurídica y los actos jurídicos que se controviertan, en la forma prevista en los respectivos estatutos procesales."*

Por su parte también se ha pronunciado el Consejo Superior De La Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al desatar un conflicto negativo de competencia, sostuvo en sentencia de 17 de septiembre de 2008, radicado No. 110010102000200802132 (62.CL.08), Magistrado Ponente Angelino Lizcano Rivera, lo siguiente: *"Por consiguiente, las controversias cuyo conocimiento atribuyó la Ley 712 de 2001 a la jurisdicción ordinaria laboral, son aquellas referidas al Sistema de Seguridad Integral previsto en la Ley 100 de 1993, que no comprende las situaciones en transición (artículo 36), ni los casos expresamente exceptuados en el artículo 279 de la misma Ley"*. (Subraya la Sala).

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina, entre estos el tratadista GERARDO ARENAS MONSALVE, quien posteriormente se desempeñó como consejero de estado y el tratadista ÁLVARO QUINTERO SEPÚLVEDA, respectivamente sus obras *"El derecho colombiano de la seguridad social"* y el segundo *"Pensiones del Sector Público La Transición Continúa"*³ también el tratadista GUSTAVO SÁNCHEZ PUERTA en su obra ACTUALIDAD PENSIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO COLOMBIANO AÑO 2013. El primero de los prenombrados, al respecto de la competencia judicial para conocer el conflicto jurídico respecto del régimen de transición⁴ ha manifestado lo siguiente:

³ ÁLVARO QUINTERO SEPÚLVEDA, Pensiones del Sector Público: la Transición Continúa – Jurisprudencia de las Altas Cortes, Tercera Edición 2011.

⁴ GERARDO ARENAS MONSALVE, El derecho colombiano de la seguridad social, Tercera Edición 2011, Pag. 316.

"(...)"

"La jurisprudencia de las altas cortes ha sido prácticamente unánime en señalar que los conflictos del régimen de transición no corresponden al sistema integral de seguridad social de la Ley 100, de manera que para establecer la jurisdicción competente es menester remitirse a los criterios jurisprudenciales anteriores, de la siguiente manera:

- *Si se trata del debate sobre la pensión de trabajadores particulares u oficiales, ya sea a cargo del respectivo empleador o del Seguro Social, la competencia corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria.*
- *Si se trata del debate sobre la pensión de empleados públicos, ya sea a cargo de la entidad pública empleadora o a cargo de una caja de previsión, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa".*

De lo citado resulta claramente evidente, y por lo dicho en otras oportunidades por esta Sala que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no tiene competencia para el reconocimiento de pensiones bajo el régimen de transición de los empleados públicos y tampoco, cuando se trata de pretensiones relacionadas con la reliquidación de pensiones de jubilación de los empleados públicos, resulta evidente y salta de bulto en el presente asunto del acervo probatorio y de las mismas manifestaciones de la demanda, que la doctora ... se desempeña como Funcionaria Judicial al servicio de la Rama Judicial, de donde deduce claramente su calidad de empleada pública quien está reclamando en su favor que se le apliquen los beneficios del régimen de transición aplicable a la Rama Judicial y a los cuales se accedió por la falladora de primera instancia en los numerales 2 y 3 en el fallo objeto de recurso de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, para los cuales como quedo claramente decantado la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral carece de competencia.

Igualmente como lo ha señalado los precedentes jurisprudenciales en estos casos lo procedente no es declarar la nulidad de lo actuado, sino preservando el proceso, conocer de las pretensiones las cuales la jurisdicción ordinaria laboral es efectivamente competente, y la competencia recae en esta especialidad en cuanto atañe a la pretensión de nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ser una pretensión derivada del régimen de seguridad social integral contenido en la ley 100 de 1993 y sobre el cual el art 2 del C.P.T. y de la S.S. asigna clara competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Explicadas las razones por las cuales se revocarán los numerales segundo y tercero de la sentencia objeto de estudio, se procede a abordar el estudio del punto de apelación expuesto por el fondo privado de pensiones accionado.

2.2.3. PROCEDENCIA DE LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Al respecto el apoderado judicial de Protección S.A., aduce que no se encuentra conforme con la determinación de la condena en costas, habida cuenta que dentro del sub judice no se halla acreditada la nulidad de la afiliación.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial que ha acompañado la conceptualización de las costas procesales, se entiende que ellas equivalen en general a los gastos que es preciso hacer para obtener judicialmente la declaración de un derecho (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia de 5 de febrero de 1980). En cuanto a la condena en costas el Código General del Proceso, norma aplicable al presente asunto, acogió el sistema objetivo para su imposición, *"esencialmente caracterizado por condicionar su imposición, sin otras cortapisas, al vencimiento puro y simple de la parte, esto es, sin reparar en la mala fe o la temeridad de su comportamiento"*, tal y como lo concluyó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 30 de agosto de 1999 expediente 5151, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1° del C. G. del P., establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, a quien pierda el incidente por él promovido, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto.

Así mismo el numeral 2° del artículo 365 del C. G. del P. establece que condena en costas se hará en la sentencia o auto que resuelva a actuación que dio lugar aquella; el artículo 366 ibídem en cuanto a la liquidación establece, que las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido

del proceso en primera o única instancia, inmediatamente queda ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a los dispuesto por el Superior, con sujeción a las reglas ahí establecidas; el numeral 5 del artículo 366 establece que la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, la apelación se concederá en el efecto diferido pero si no existiere actuación pendiente se considera en el efecto suspensivo.

En cuanto a la condena en costas, que es el punto de apelación de la entidad accionada PROTECCIÓN S.A., se tiene que bajo el marco jurídico antes expuesto, se deduce que desde la contestación de la demanda y con el mismo recurso de apelación, el fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial la pretensión que salió adelante que es la nulidad de la afiliación, en consecuencia y aplicando el criterio objetivo y al ser evidente que dicha pretensión prospera de acuerdo a los argumentos que ha expuesto la Sala y al resultar vencida en cuanto a esa pretensión el fondo accionado, fue aceptada la decisión de a quo en cuanto impuso condena en costas en primera instancia en contra de dicha entidad, por cuanto se recalca las normas pertinentes en especial el artículo 365 del C.P.G., señala que se condenara en costas a la parte que resulte vencida en el proceso y que dicha condena se hará en la sentencia, además la Sala precisa que dichas costas constituyen un contexto genérico comprende los ítems de expensas, que son los gastos hechos dentro del proceso y que hayan sido útiles para la gestión del mismo y también las agencias en derecho, que constituyen pago de los honorarios de abogado siguiendo la forma de fijarlos que establece la misma ley.

En consecuencia como resulta ajustado a derecho nulificar la referida filiación de la promotora de la Litis al RAIS por las razones jurídicas expresadas en antecedencia, sin perder de vista además que la condena en costas entiéndase expensas o agencias en derecho obedece al criterio de responsabilidad objetiva, por lo que para su imposición únicamente se verifica cual es la parte vencida en juicio tal y como ocurrió en el sub judice, sin entrar a cotejar las conductas de las partes dentro del asunto, por lo que no hay motivo alguno para exonerar a la accionada de su pago, agregando además que la única causal para exoneración de la condena en costas procesales es cuando una parte se ha hecho acreedora al beneficio del amparo de pobreza regulado en el artículo 154 y s.s. del C.G.P. situación que no procede en el presente asunto.

2.3. EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, COLPENSIONES, entidad respecto de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como medios enervantes de fondo las excepciones que rotuló como *"COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" "AUSENCIA DE VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS" "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS" "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS" "SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES"*, respecto de las cuales se debe señalar, que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquella se soporta en la prosperidad de la pretensión de nulidad de traslado pensional, dichos medios están destinados al fracaso.

Respecto de la excepción de prescripción, acota la Sala que el artículo 151 del C. P. del T. y la S. S. reglamenta que *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual"*. Es de anotar que el derecho a percibir la pensión de vejez como tal no prescribe, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 48 del C. P, por lo tanto aquellos elementos o acciones tendientes a conseguir tal reconocimiento, al hacer parte de los derechos a la seguridad social, son imprescriptibles afectando únicamente dicho fenómeno las mesadas causadas y no reclamadas, durante los tres (03) años anteriores a la fecha de la demanda o de la Reclamación Administrativa, cuando con esta se logra interrumpir el término prescriptivo, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en la sentencia T- 217 de 17 de abril de 2013, en consecuencia, como la pretensión que prospera tiene la naturaleza de imprescriptible, al hacer parte del estatus pensional de la actora, la excepción bajo estudio está destinada al fracaso.

3. CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala confirmar el numeral PRIMERO de la decisión adoptada por la a quo en fallo proferido dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 7 de octubre del 2016, al igual que confirmar los numerales CUARTO y QUINTO de la parte resolutive, así mismo por las razones expuestas serán revocados los numerales SEGUNDO y TERCERO de la misma.

4. COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. y en concordancia con lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho, vigente al momento de interposición de la demanda respectiva y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas la naturaleza del asunto, la *"calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente"*, se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$737.717.00, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

5. DECISIÓN

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutive de la sentencia referida dentro del presente proceso por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 07 de octubre de 2016 objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 07 de octubre de 2016 objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA en favor de la parte actora y a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** En consecuencia las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$737.717.00, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario Sala Laboral

REVISIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ - La extinción del derecho a la pensión o la disminución del monto, solo opera si se determina la cesación o disminución del grado de invalidez - Improcedencia de decretar la suspensión o la extinción de la pensión de invalidez reconocida al demandado, teniendo en cuenta que el actor no acreditó las causales para eximirse de su pago, en tanto no se encuentra establecido que la invalidez se hubiere superado y no obstante, en el proceso de recalificación de dicho estado la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinó que el porcentaje disminuyó en un 3%, todavía es superior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, lo que lo ubica como una persona inválida. Así mismo, efectuado el análisis crítico de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hay lugar a darle mayor validez a la fecha de estructuración establecida en el primer dictamen pericial, mediante el cual se dictamina que la causa que dio origen a la invalidez, fue el accidente acaecido en vigencia del contrato laboral existente entre las partes, y siendo que el demandante omitió la obligación de afiliar a su trabajador al Sistema de Seguridad Social integral, debe asumir las consecuencias legales de dicha negligencia.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2012-00388-01 (230)

En San Juan de Pasto, a los veintiseis (26) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA y CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **DARLEY GUERRERO MELÉNDEZ** contra **WILSON VIVAS PANTOJA**. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Se concede el uso de la palabra a las partes asistentes y a sus apoderados, para su debida identificación y presentación de alegatos de segunda instancia.

Acto seguido, el suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado. A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

DARLEY GUERRERO MELÉNDEZ, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **WILSON VIVAS PANTOJA**, con el fin de obtener la revisión del pago de la pensión de invalidez a favor del señor **WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA**, obligación impuesta por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto mediante pronunciamiento del 11 de mayo de 2007, dentro del Proceso Ordinario Laboral No 2004-00465-01(236) (Fls. 21 a 36), decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, a través de providencia del 12 de febrero de 2008 (Fls. 37 a 48), al considerar que las causas que dieron origen al mentado beneficio pensional, desaparecieron. Consecuencialmente, solicitó se decrete la suspensión de pago de pensión por invalidez a favor de **WILSON VIVAS PANTOJA**, por considerar que el demandado se encuentra recuperado de su estado y se condene en las costas del proceso.

HECHOS

Del escrito de demanda se extractan en síntesis los siguientes:

1. Que mediante sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), el demandante fue condenado a reconocer y pagar al señor WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, una pensión de invalidez, decisión que fue confirmada por esta Corporación el 12 de febrero de 2008.
2. Que el demandante en el mes de junio de 2011, solicitó ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Nariño, la revisión de calificación de invalidez al demandado, sin embargo, este hizo caso omiso a los diferentes requerimientos que esta entidad le ha efectuado.
3. Que en vista de la renuencia por parte del señor WILSON VIVAS PANTOJA, para asistir a la Junta de Nacional de Calificación de Invalidez (N), el psicólogo LUIS CARLOS ROSERO GARCÍA, certificó que *"hay una evolución satisfactoria correspondiente a las secuelas neurológicas, cognitivas, emocionales y comporta mentales del trastorno mental desencadenado por el trauma ocurrido el 28 de diciembre de 2001"*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, quien admitió la demanda mediante **auto de 25 de septiembre de 2012 (fl. 58-59)**, en el que además ordenó la notificación y traslado al demandado.

Trabado el contradictorio, la parte demandada por conducto de apoderado judicial en término oportuno contestó el libelo introductorio el 12 de febrero de 2013 (Fls. 67 a 70), acto procesal que fue admitido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, (Fls. 111 a 112) y a través del cual el demandado aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, relacionados con la existencia de la sentencia laboral proferida por el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito De Pasto, pronunciamiento que reconoció la relación laboral entre Darley Guerrero Meléndez y Wilson Vivas Pantoja, y que ordenó el pago consecuente de prestaciones sociales, incluyendo la pensión de invalidez por riesgo común según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño del 15 de enero de 2003, donde se calificó una pérdida de capacidad laboral del señor Wilson Vivas Pantoja en un 55.05%, decisión que fue confirmada por esta Corporación el 12 de febrero de 2008 (Fls. 17 a 20).

Así mismo aceptó como ciertos los hechos relacionados con la existencia del proceso ejecutivo a continuación del ordinario donde se encuentra configurado medidas cautelares frente a bienes de propiedad de Darley Guerrero Meléndez y propuso como medios exceptivos previos las de falta de legitimación sustancial en la causa, falta de prueba de las pretensiones, falta de fundamento en las pretensiones, pleito pendiente, cosa juzgada, mala fe y temeridad por la parte demandante y la genérica que resulte probada.

Con fundamento en lo anterior, aseguró que no existen pruebas relacionadas con el mejoramiento del señor demandado y que sigue existiendo una pérdida de capacidad laboral del 55.05%, por lo que debe continuarse pagando la pensión concedida por vía judicial.

Propuso en su defensa las excepciones de *FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA, FALTA DE PRUEBA DE LAS PRETENSIONES, FALTA DE FUNDAMENTO EN LAS PRETENSIONES, PLEITO PENDIENTE, COSA JUZGADA, MALA FE Y TEMERIDAD POR LA PARTE DEMANDANTE Y LA GENÉRICA"*

Dentro de la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S llevada a cabo el 6 de mayo de 2016, se declaró fracasada la conciliación por falta de ánimo conciliatorio entre las partes en contienda (CD. No. 01 MINUTO 02:42 A 03:49). En la etapa de decisión de excepciones previas, el *a quo* las declaró no probadas. Seguidamente fijó el litigio, y excluyó del debate probatorio los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, por encontrarse aceptados en la contestación de la demanda, relacionados con la existencia de la sentencia laboral proferida por el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito De Pasto el 11 de mayo de 2007, pronunciamiento que reconoció la relación laboral entre Darley Guerrero Meléndez y Wilson Vivas Pantoja, y que ordenó el pago consecuente de prestaciones sociales, incluyendo la pensión de invalidez por riesgo común para lo cual aportaron dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño del 15 de enero de 2003, donde se calificó

una pérdida de capacidad laboral del señor Wilson Vivas Pantoja en un 55.05% (Fls. 17 a 20).

Una vez recaudado el material probatorio y estando clausurado el debate del mismo, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 06 de abril de 2017 (Fls. 214 a 217 CD. No. 03 - MIN 01:45:28 a 02:17:22), profirió sentencia mediante la cual declaró:

“La suspensión de la mesada por pensión de invalidez que viene cancelando el señor DARLEY GUERRERO MELÉNDEZ, a favor de WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, reconocida en sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral No 2004-00465-01 del 11 de mayo de 2007, a partir del 6 de junio de 2012, por la variación de la fecha de estructuración de la invalidez que dió origen a la pensión; hasta tanto la parte interesa WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, por vía judicial demuestre quien es el responsable de cancelar la pensión de invalidez a partir del 26 de junio de 2012” Adicionalmente, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, la parte accionada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia objeto de la alzada (CD. No. 03 MINUTO 02:17:38 A 02:33:17), fundamentando su reproche en que la sentencia producto del debate jurídico no fue focalizada debidamente por el *a – quo*, pues el proceso estuvo cimentado en la revisión de la invalidez y la cancelación de la misma y no sobre la configuración de la fecha de estructuración de la invalidez de Wilson Vivas, por lo que la juez debía ceñirse a lo pedido al pronunciar su sentencia.

Con fundamento en lo anterior solicita sea revocada la sentencia proferida por el *a quo*, por cuanto según el dictamen emitido por la Junta Nacional De Calificación de Invalidez, el 18 de agosto de 2015, aún subsiste la pérdida de capacidad laboral en un 52%, lo que le genera una invalidez que lo imposibilita para trabajar y garantizar la congrua subsistencia propia y la de su familia, razón por la cual Darley Guerrero Meléndez está obligado a seguir pagando la pensión que le fue impuesta con antelación en el Proceso Ordinario Laboral No 2004-00465-01(236).

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

En virtud de lo anterior, de conformidad con el principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del C. P. del T. y la S. S., la Sala estudiará si hay lugar a decretar la suspensión o la extinción de la pensión de invalidez reconocida a Wilson Erney Vivas Pantoja, de conformidad a lo alegado en la demanda y lo informado por los medios de convicción recaudados.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Solicita el demandante Darley Guerrero Meléndez, la revisión de la sanción impuesta a su cargo relacionada con el pago de la pensión de invalidez en favor del demandando, pues considera que las causas que dieron origen al mentado beneficio pensional, desaparecieron, siendo procedente la suspensión del pago de la misma.

Por ello, según lo prevé el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión que hace el artículo 145 del CPT y SS, le incumbe probar al accionante *“el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”*,

Sobre la revisión de las pensiones de invalidez, el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1889 de 1994, prevé:

“Revisión de las pensiones de invalidez. El estado de invalidez podrá revisarse:

a) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente cada tres (3) años, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar”

Por su parte el Artículo 17 del Decreto 1889 de 1994, determinó que la extinción del derecho a la pensión o disminución del monto de la misma, solo se dará si se determina la cesación o disminución del grado de invalidez.

Dicho lo anterior, resulta pertinente señalar que no es objeto de controversia en esta instancia que el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito de Pasto el 11 de mayo de 2007, dentro del proceso ordinario laboral N. 2004-00465-01(236), que adelantó WILSON ERNEY DÍAZ TULCAN, en contra de DARLEY GUERRERO MELÉNDEZ, reconoció la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que se ejecutó entre el **1 de enero al 28 diciembre de 2001**, y como consecuencia de ello condenó a este último a reconocer el pago de prestaciones sociales y la pensión de invalidez por riesgo común a favor de WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, según dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, el **15 de enero de 2003**, al configurarse una pérdida de capacidad laboral del 55.05% estructurada el **28 de diciembre de 2001**, (fls. 17-20) decisión que fue confirmada por esta Corporación con sentencia proferida el 12 de febrero de 2008, y que constituye cosa juzgada. (fls. 37-48)

Ahora bien, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, el demandado Wilson Vivas Pantoja, fue sometido a un proceso de recalificación del estado de invalidez por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ente que determinó el 18 de agosto de 2015, un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 52.05%, como consecuencia de un riesgo común y con fecha de estructuración el **26 de junio de 2012**. (fls. 192-199)

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que el demandante no demostró las causales para eximirse del pago de la pensión de invalidez en favor del accionado, ya que no acreditó que la invalidez que aqueja al señor Wilson Herney Vivas Pantoja, hubiese cesado. Nótese, que si bien disminuyó en un 3%, aún es superior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral lo que lo ubica como una persona invalida.

Es de advertir, que con relación a la modificación que efectuó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el último dictamen pericial respecto de la fecha de estructuración de invalidez del demandado fijándola como **26 de junio de 2012**, dentro del análisis crítico de la prueba que hace la Sala conforme a las reglas de la sana crítica y según lo prevén los artículos 60 y 61 del C.P.L. y de la SS,¹ así como el 176 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPL y de S.S., la Sala le da mayor validez a la fecha de estructuración del primer dictamen (28 de diciembre de 2001), pues observa que el único fundamento que tuvo en cuenta la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para cambiar la fecha de estructuración, fue la manifestación que hizo el demandado alusiva a que padece de epilepsia desde los 9 años, lo cual resulta una referencia insular y aislada, pues carece de respaldo probatorio ya que de las historias y valoraciones clínicas que se aportaron (fls. 74 -76, 83-87, 92-97cuad 1 y 4 a 7 cuad 3) ninguna de ellas demuestran que haya sufrido epilepsia desde la infancia, por el contrario, todo el historial médico del paciente Wilson Erney Vivas Pantoja, que en forma abundante obra en el expediente, hace referencia con claridad a que la causa que dio origen a la invalidez, lo fue el accidente acaecido el 28 de diciembre de 2001, esto es en vigencia de la relación laboral con el ahora demandante, cuando según dictamen médico pericial del 15 de enero de 2003, indicó:

¹ Art 60 El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo.

Art 61 El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

Art 176.Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El 28 de diciembre, se encontraba en la sotea de la casa, cuando llegaron unos amigos y le tiraron agua. Como él estaba en el recostado en el muro lo venció el cuerpo y se cayó de la sotea, aproximadamente 12 mts de altura, después fue llevado por un taxi particular al Hospital Departamental en donde permaneció hasta el día 16 de enero de 2002”.

Tolo lo anterior, conlleva a la Sala a convencerse con certeza que el actor no cumplió con la carga probatoria que le impone la ley para logra la extinción de la obligación a su cargo, pues se insiste no demostró que la invalidez se hubiere superado, y que su origen no lo fue el accidente que sufrió el demandado el 28 de diciembre de 2001, data para la cual se encontraba vigente el contrato de trabajo entre las partes y el demandante omitió la obligación de afiliar a su trabajador al Sistema de Seguridad Social integral, debiendo asumir la consecuencias legales de dicha negligencia, razones que resultan suficientes para revocar la decisión de la primera instancia y en su lugar ordenar la continuidad en el pago de la pensión de invalidez a cargo del señor DARLEY GUERRERO MELENDEZ en favor del señor WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, conforme lo ordenó el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito de Pasto el 11 de mayo de 2007, dentro del proceso ordinario laboral N. 2004-00465-01(236)

EXCEPCIONES

No se aborda el estudio de las excepciones de *FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA, FALTA DE PRUEBA DE LAS PRETENSIONES, FALTA DE FUNDAMENTO EN LAS PRETENSIONES, PLEITO PENDIENTE, COSA JUZGADA, MALA FE, TEMERIDAD POR LA PARTE DEMANDANTE Y LA GENÉRICA*, propuestas por el demandado al no prosperar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas a los largo de este proveído.

COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P, vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que dadas las resultas no hay lugar a condenar en costas de segunda instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 06 de abril de 2017, para en su lugar ordenar la continuidad en el pago de la pensión de invalidez a cargo del señor DARLEY GUERRERO MELENDEZ en favor del señor WILSON ERNEY VIVAS PANTOJA, conforme lo ordenó el Juzgado Segundo Laboral Del Circuito de Pasto el 11 de mayo de 2007, dentro del proceso ordinario laboral N. 2004-00465-01(236),

SEGUNDO: SIN LUGAR A DECIDIR las excepciones de *FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA, FALTA DE PRUEBA DE LAS PRETENSIONES, FALTA DE FUNDAMENTO EN LAS PRETENSIONES, PLEITO PENDIENTE, COSA JUZGADA, MALA FE, TEMERIDAD POR LA PARTE DEMANDANTE Y LA GENÉRICA*, propuestas por el demandado al no prosperar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas a los largo de este proveído.

TERCERO SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA, por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. ____y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

PATRICIA BRAVO ROSERO
Secretaria Sala Laboral

CONTRATO DE TRABAJO – Trabajador Oficial. / CONTRATO DE TRABAJO – REQUISITOS: Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad / CONTRATO DE TRABAJO – SUBORDINACIÓN: Se predica respecto de quien se beneficia con la prestación del servicio personal – Establecida la calidad de trabajador oficial del demandante, al estar las funciones ejecutadas relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, se determina, conforme el Principio de Primacía de la Realidad sobre las formas, la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la E.S.E. demandada, en tanto esta fungió como verdadera empleadora, al haber prestado aquel los servicios personales en su beneficio, al interior de la entidad, recibiendo órdenes del director de mantenimiento y de personal adscrito a la misma, lo que se traduce en actos de subordinación, además de percibir una remuneración, que si bien provenía de la otra demandada, ello obedecía al cumplimiento del contrato celebrado entre ésta y el ente hospitalario, sin que se hubiere acreditado que se benefició con el trabajo del actor, siendo una simple intermediaria; procediendo por tanto, la liquidación de las prestaciones sociales deprecadas y que fueron debidamente probadas.

ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: Al incumplir con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador, la culpa leve le es imputable al empleador. / INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS - Se genera no solo cuando el empleador ha sido autor directo del accidente de trabajo, sino también cuando este se produce por el hecho de uno de sus colaboradores – Al verificarse que el accidente que sufrió el demandante se produjo por causa o con ocasión del trabajo, por cuanto ocurrió cuando ejecutaba las labores conforme las instrucciones recibidas de los representantes del ente hospitalario demandando y bajo su subordinación y siendo que éste incumplió con sus obligaciones de protección y seguridad, al no tomar las medidas de previsión adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales de la labor desarrollada, y sin que se hubieran acreditado circunstancias eximentes de responsabilidad, procede la indemnización plena de perjuicios. /

MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ

Ordinario Laboral No. 2016-0016-01

San Juan de Pasto, a los doce (12) días del mes de octubre de dos mil diecisiete (2017), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en asocio de la Secretaria, encontrándose vencido el receso dispuesto en auto anterior, procedemos a emitir decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado por **CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO Y OTROS** contra **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO Y OTROS**, radicado bajo el número 52001310500120160001601.

Preside el actor quien les habla, CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ.

A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO**, actuando en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad **JEEG** y las señoras **ELVIA DEL CARMEN RUANO MAYA, NANCY GRACIELA ERASO RUANO** y **LUZ MARINA ERAZO RUANO**, en calidad de madre y hermanas del primero de los nombrados, a través de apoderado judicial instauraron demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E.**, la **EMPRESA INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR S.A.S** y el señor **MARIO ALFONSO RODRIGUEZ ROSAS**, para obtener en forma principal la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., en el período comprendido entre el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, persiguiendo condena por prestaciones sociales e indemnizaciones propias de un trabajador oficial; se declare que el contrato terminó por causas distintas a las legalmente establecidas y por ello tiene derecho al reconocimiento de indemnización por despido injusto; se

declare que el accidente sufrido por el trabajador el 31 de julio de 2013, ocurrió por culpa imputable al empleador y como consecuencia de ello, se disponga el reconocimiento y pago de perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el trabajador, su hijo y madre y 50 s.m.l.m.v., para cada una de sus hermanas. Se reconozca en favor del trabajador prima de navidad, prima de vacaciones e indemnización moratoria, e igualmente, se disponga para el trabajador y su hijo por daño a la vida de relación la suma de 200 y 100 s.m.l.m.v. respectivamente, y lucro cesante para el trabajador demandante.

De manera subsidiaria solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo entre CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO e INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR SAS en el período comprendido entre el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, el cual terminó por causas distintas a las legalmente establecidas; que el accidente sufrido por el trabajador ocurrió por culpa imputable al empleador y en consecuencia, se condene a la empresa INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR SAS a los mismos rubros indicados en las pretensiones principales, condena que debe hacerse extensiva al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. como beneficiario de los servicios prestados por el trabajador y MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ, como accionista propietario de la empresa IMEDSUR SAS.

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los hechos que se sintetizan a continuación:

Que CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO prestó sus servicios personales al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., en el período comprendido entre el 1º de febrero al 31 de julio de 2013 a través de la empresa INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR – IMEDSUR S.A.S, la que actuó como simple intermediaria, desarrollando labores de calderista, supervisor de UPS, de cadena de frío de resonador, de operador de máquinas subestación eléctrica de calderas, bajo la supervisión del personal adscrito al Hospital Departamental de Nariño, con una asignación mensual de \$1'050.000,00.

Que el 31 de julio de 2013, sufrió un accidente de trabajo, mismo que ocurrió dentro de la jornada de trabajo en el área de ascensores en las instalaciones del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., cuyo origen obedeció al llamado que le hiciera personal del Hospital. Que ni el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. ni IMEDSUR le ofrecieron capacitación alguna sobre mantenimiento de ascensores, cuando para esa fecha el HOSPITAL tenía contrato de mantenimiento de ascensores con una empresa especializada y además cuenta con personal de planta para mantenimiento hospitalario.

Adiciona que el trabajador al momento del accidente no contaba con elementos de protección, no había recibido capacitación para la ejecución y mantenimiento de ascensores, trabajo en alturas, ni le practicaron exámenes médicos para establecer si contaba con aptitud física para trabajar en alturas.

Que el accidente sufrido le generó al señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO afectaciones en su salud física y psiquiátrica y le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 53.54% con fecha de estructuración 7 de noviembre de 2014, causando en su familia dolor, sufrimiento y aflicción.

Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., contestó, manifestando respecto a los hechos que no le consta el primero; no son ciertos el segundo y octavo; no es un hecho el vigésimo segundo; se atiene a lo que resulte probado respecto a los demás. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de legalidad de los contratos de prestación de servicios y/o suministros, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de intermediación laboral y de subordinación e innominada (folios 182 a 196).

MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ y la empresa INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR S.A.S. contestaron la demanda conjuntamente, manifestando que no les constan los hechos 1º, 4º y 5º; es falso el 3º y son ciertos el 2º y 6º a 22º. No se oponen a las pretensiones principales de la demanda, más si a las subsidiarias y formularon como excepciones las que denominaron hecho atribuible a un tercero por existencia paralela de relación laboral con el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E.; hecho de la víctima; cumplimiento pleno de las obligaciones laborales y falta de legitimación en la causa por pasiva (folios 264 a 272).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El presente asunto se dirimió mediante sentencia calendada 2 de mayo de 2017, a través de la cual el juzgado de conocimiento declaró la existencia de un contrato laboral con la empresa INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR S.A.S. desde el 1º de febrero al 31 de julio de 2013; a la que condenó al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas por el actor e igualmente absolvió al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. de la pretensión de solidaridad reclamada; declaró no probadas las excepciones de fondo y condenó en costas a la demandada IMEDSUR SAS en favor de CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO.

Para arribar a la anterior decisión, el a quo señaló que de las pruebas recaudadas se verificó la existencia de la relación laboral entre el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO y la empresa IMEDSUR S.A.S, en el período comprendido entre el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, así mismo que no se probó el pago de las prestaciones sociales reclamadas, por lo cual es dable acceder a su condena. En cuanto a la sanción moratoria aduce que se desvirtuó la mala fe por parte de la entidad IMEDSUR S.A. Que la pretensión de indemnización por despido injusto no está llamada a prosperar, toda vez que se demostró que la relación laboral terminó por haberse concedido al demandante CARLOS ENRIQUE ERAZO, la pensión de invalidez, constituyéndose en justa causa para dar terminado el contrato laboral conforme a la ley y a los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales.

En cuanto a la culpa patronal manifiesta que de las pruebas arrojadas no se probó el nexo causal entre la orden impartida y el accidente de trabajo, ya que la misma provino de un tercero y para que exista culpa comprobada se requiere que el mandato emane del empleador, ya que si no es así, el trabajador tiene la posibilidad de resistirse y aún más cuando le estaba prohibido realizar labores sin disposición expresa del patrono, tal como se demostró dentro del plenario, considerando que la labor realizada por el trabajador fue bajo su propio riesgo, sin que se pueda exigir al empleador capacitación en el manejo de ascensores, tarea para la cual no estaba contratado.

Que la solidaridad invocada por el actor, no prospera por cuanto el trabajo desarrollado por el trabajador, no guarda relación con el objeto de la E.S.E. demandada, cuando además el hospital cuenta con personal para realizar dicha labor, tal como se demostró con las pruebas recaudadas. Igualmente no es posible condenar a la entidad hospitalaria al pago de las prestaciones reclamadas.

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia bajo el argumento que el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO, no acudió a realizar sus labores al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO de manera espontánea, sino que lo hizo ante el llamado del personal de dicha entidad, sin tener la pericia ni el conocimiento para su desempeño. Que en autos se demostró que las solicitudes a ejecutar labores no eran espontáneas, por el contrario habituales y ajenas a las contratadas, siendo atendidas por los trabajadores para no tener llamados de atención, incluso se probó que fueron capacitados para bloqueo y desbloqueo de ascensores. Que si existió nexo causal, toda vez que la tarea se realizó por el llamado del personal adscrito al HOSPITAL, de los cuales IMEDSUR S.A.S., tuvo conocimiento. Que dentro de la relación laboral existente con el Hospital Departamental, están dados los elementos del contrato de trabajo de un trabajador oficial, por la entidad receptora del servicio, el salario y las órdenes impartidas, estando el juzgador obligado a hacer la adecuación normativa así no haya sido mencionado el hecho por el demandante. Que no se demostraron las acciones realizadas por el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, ni por IMEDSUR S.A.S. para contrarrestar el accidente laboral, ni cuando conocieron de las responsabilidades que venían desarrollando sus trabajadores sin su consentimiento.

Insiste en que se declare la existencia del contrato laboral entre el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO indicando que la labor desarrollada por el trabajador, no es ajena al giro ordinario de la entidad hospitalaria, por cuanto entre el personal de planta hay dos empleados de mantenimiento de ascensores, tal como consta en el expediente y en el manual de funciones allegado. Además, dichos ascensores son necesarios e indispensables para la movilización de pacientes, equipos, etc.

Aduce que la sanción moratoria debe correr desde el 1º de agosto de 2013 al 1º de agosto de 2015 y luego intereses moratorios.

Que el juzgado no verificó por qué si IMEDSUR SAS conocía los llamados del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, no actuó para evitar esta clase de accidentes.

Que al declararse el contrato de trabajo entre el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y el señor CARLOS ERAZO, procede el pago de prestaciones sociales como trabajador oficial, siendo solidariamente responsables IMEDSUR SAS y MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ, por cuanto hay relación en cuanto al objeto.

Que se modifique la sentencia en el sentido de declarar que IMEDSUR S.A.S., es responsable del accidente de trabajo junto con el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y el señor MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA IMEDSUR S.A.S

El apoderado judicial de IMEDSUR S.A.S, en su recurso de apelación indicó que el a quo incurrió en error de interpretación desde el comienzo del proceso, por cuanto únicamente centró su atención en la relación laboral, además su representada canceló todas las prestaciones sociales al trabajador.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

A esta audiencia de trámite comparecieron los apoderados judiciales de las demandadas y la Procuradora 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, cuyas alegaciones finales se pueden resumir así:

El apoderado sustituto de IMEDSUR S.A.S. se ratificó de lo manifestado en primera instancia, indicando que el demandante realizaba funciones paralelas ante el Hospital Departamental como para su representada. Es indispensable tener en cuenta que existen elementos probatorios que demuestran que IMEDSUR prohibió al demandante la realización de funciones para las cuales no estaba contratado, le proporcionó los elementos de protección para aquellos para las cuales si lo estaba, sin embargo el señor CARLOS ENRIQUE desarrolló una actividad riesgosa, existiendo causal de exclusión de responsabilidad conocida como culpa exclusiva de la víctima.

La apoderada judicial del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO indicó que su representada fue absuelta en primera instancia, que el material probatorio recaudado es concluyente respecto a la relación laboral existente entre CARLOS ERAZO e IMEDSUR SAS, se verificó la existencia de un contrato de trabajo para que el demandante desempeñara funciones como calderista y existiendo una relación laboral con IMEDSUR, es improcedente que se demande la coexistencia de dos relaciones laborales, cuando el art. 22 del CST define el contrato de trabajo. Que a lo largo del trámite procesal no se acreditó que entre el demandante y el hospital se hubiere pactado algún tipo de relación o trabajo, adicionalmente no existió remuneración por parte del hospital ya que las acreencias laborales eran canceladas por el empleador IMEDSUR, aunque el demandante no fue claro respecto si lo que él pretendía era la existencia de una intermediación laboral, sin que se den los presupuestos para que esto ocurra, en tanto que la labor contratada no se trataba de una actividad misional de la entidad, entendida como tal la atención ambulatoria, urgencias, quirófano, etc., es decir, relacionadas con la prestación de servicios de salud, por ende no hay lugar a la declaratoria de existencia de relación contractual, ni se dan los presupuestos del desempeño de actividades como trabajador oficial en la medida que en la demanda se aseguró que el señor Carlos Erazo desarrollaba labores de mantenimiento siendo su labor de calderista, mientras que según la ley 10 de 1990, describe como trabajadores oficiales a aquellos que desempeñan cargos no directivos relacionados con el mantenimiento de la planta física hospitalaria. Que el demandante eventualmente prestaba su colaboración en lo que tenía que ver con desbloqueo de ascensores, en esa medida no se acreditó que el citado cumpliera funciones de trabajador oficial y tampoco habría lugar a la solidaridad reclamada en la demanda.

Finalmente indica que de existir responsabilidad en la ocurrencia del accidente, al no existir relación laboral entre el hospital y el demandante, la jurisdicción competente no era la justicia laboral ordinaria y por tanto solicita se confirme la decisión de primera instancia.

La señora PROCURADORA 30 JUDICIAL II PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL indicó frente al recurso de apelación de IMEDSUR S.A.S. que el mismo no reúne las exigencias propias de un recurso de apelación toda vez que no se determinó su alcance, ni tampoco se hizo la sustentación *“estrictamente necesaria”* pues el demandado se limitó a realizar explicaciones sobre su actuación. De manera que debe ser despachado negativamente.

Frente al recurso de apelación del demandante con el cual se insiste en la prosperidad de las pretensiones principales, considera que le asiste la razón, por cuanto se demostró la prestación personal del servicio por el actor a favor del Hospital Departamental para el desbloqueo del ascensor, servicio requerido a instancias de los representantes del Hospital, que en el horario de solicitud del servicio lo eran, de conformidad con el literal a) del artículo 32 del C.S.T., prestación personal que está demostrada al menos para el día del accidente y que hace surgir en favor del demandante la presunción de existencia de un contrato verbal de trabajo contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 que no desvirtuó el HOSPITAL DEPARTAMENTAL, lo cual determina la existencia de un contrato verbal a plazo presuntivo para el mantenimiento del ascensor desde el 31 de julio de 2013, hasta la fecha previa a aquella en la cual le fue reconocida la pensión de invalidez al señor CARLOS ERAZO, esto es, 4 de abril de 2015. Que como los extremos temporales definidos por el actor en la demanda no prosperan, en virtud del principio minus petita, definido en las sentencias SL4816 del 25/03/2015, SL14019 del 06/09/2017, SL14208 del 05/09/2017 y SL12874 del 23/08/2017, ya que el principio de congruencia no proscribe que los jueces puedan decidir por debajo de lo pedido y cuando las partes logran demostrar menos de lo que pretenden, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado.

Que desde el punto de vista fáctico, desde el 1 de febrero al 31 de julio de 2013 también existió un contrato de trabajo entre el trabajador e IMEDSUR S.A.S. para ejecutar las tareas de mantenimiento de calderas, según el objeto del contrato estipulado entre las partes y entre IMEDSUR S.A.S. y EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., resultando contra fáctico, que estando reconocida una pensión de invalidez por un accidente de trabajo que reportó IMEDSUR S.A.S., se deje de calificar o establecer dicho vínculo laboral, debiéndose descartarse de las pretensiones subsidiarias la solidaridad con el beneficiario del servicio HOSPITAL DEPARTAMENTAL, por existir responsabilidad directa como empleador y como beneficiario del contrato de IMEDSUR, siendo compatibles los dos contratos de trabajo.

Que frente a las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales, las mismas deben confirmarse respecto de IMEDSUR y frente al HOSPITAL DEPARTAMENTAL, remunerar el período no cancelado desde el día del accidente al día de reconocimiento de la pensión, sin que haya lugar a reconocimiento de indemnización por despido injusto por configurar tal hecho justa causa y frente a la RESPONSABILIDAD plena y ordinaria de perjuicios de los empleadores coexistentes para el día del accidente, conceptúa que estando demostrado el accidente de trabajo, la culpa de los empleadores se acreditó por el demandante debido a que IMEDSUR S.A.S. no fue vigilante de que su contratante no expusiera a riesgos innecesarios al trabajador, no aplicó las medidas de prevención suficientes para que el trabajador bajo el manto del temor reverencial ejercido por los representantes del contratante (que a la postre, configuran un contrato realidad de trabajo) no se viera compelido a atender tareas por fuera de su ámbito de acción; El HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO si bien precisó el objeto contractual con el demandado IMEDSUR, no instruyó a sus representantes para que no excedieran el objeto contractual de los trabajadores de IMEDSUR; el HOSPITAL DEPARTAMENTAL no dotó de las medidas de seguridad a su trabajador destinado al mantenimiento del ascensor, ni tampoco estableció con la empresa de ASCENSORES SCHINDEL DE COLOMBIA y MELCO, mecanismos para garantizar la solución durante las 24 horas de percances como el sucedido con el ascensor el día del accidente; los empleadores no lograron demostrar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad y cuidado de la salud del trabajador que les impone el artículo 56 del C.S. del T. por tanto le asiste derecho al demandante a percibir la indemnización total y ordinaria por perjuicios tanto materiales como morales, estos últimos que comprenden no sólo el daño en la salud, sino también la afectación moral del actor y sus familiares demandantes.

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto de apelación, para determinar si la decisión adoptada en primera instancia está o no acorde a derecho, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de los argumentos expuestos en los recursos de alzada y, considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita a los puntos de censura enrostrados en los recursos de apelación, según lo dispone el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la ley 712 de 2001, le corresponde a esta Sala de Decisión Establecer i) En virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ¿Quién fungió como verdadero empleador del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO?; ii) Establecer la existencia del accidente de trabajo y de ser así, si existió culpa patronal en el mismo; en consecuencia, si hay lugar a ordenar las indemnizaciones y demás derechos reclamados en la demanda, iii) Examinar si obra prueba en el plenario que la empresa IMEDSUR S.A.S. canceló al actor los derechos laborales a que hace referencia en el recurso de apelación.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-555 del 6 de diciembre 1994, con ponencia del Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, analizó el principio de la primacía de la realidad sobre las formas contemplado en el artículo 53 de nuestra Carta Política¹, y en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, plasmó su ratio decidendi indicando que: *“si se demuestra la existencia de una relación laboral, que necesariamente implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante y el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la jurisdicción del trabajo, si se trata de un trabajador oficial, o ante la jurisdicción contencioso administrativa si es empleado público”*.

Así las cosas, en casos en que a las luces del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas se demuestre dentro del proceso pertinente, que en la relación contractual se configuraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, consagrados en el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 esto es la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración, así deberá declararse y disponer el reconocimiento y pago de los derechos derivados de la misma.

¹ “La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato. El principio que se analiza, puede igualmente alegarse contra el Estado, si éste resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En un Estado social de derecho, fundado en el trabajo (CP art. 1), mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo.”

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

1. DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sea lo primero indicar que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la prestación del servicio de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, las cuales se constituyen en una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, clasificó los empleos *"para la organización y prestación de los servicios de salud"*, determinando en su Parágrafo que son trabajadores oficiales "quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones". (Subrayas de la Sala).

El concepto y alcance de la expresión *"Servicios Generales"* se determina de conformidad con lo señalado por el código 605005 del artículo 3º del Decreto 1335 de 1990, que establece la naturaleza y las denominaciones de los cargos que desempeñan las personas dedicadas a estos oficios en un establecimiento o centro de salud, es decir, los ayudantes de servicios generales, que dentro de las funciones de estos cargos establece el *"Accionar ascensores para el transporte de pacientes, personal del hospital y público en general"*. Igualmente se encuentra que son funciones de trabajador oficial aquellas prestadas en calderas en entidades hospitalarias como el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, tal como lo indicó ésta Corporación en sentencia del 23 de abril de 2015, dentro del proceso radicado 2013 00084, atendiendo los postulados dados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, radicación 36.666.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª de 1945, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de estos tres elementos, esto es, la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; la dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional y el salario como retribución del servicio.

Y finalmente el artículo 20 ibídem, establece una presunción legal según la cual: *"El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."*

En consecuencia, procede la Sala a verificar si el trabajador acreditó la prestación del servicio y si la entidad que se beneficia, desvirtuó la configuración de un contrato de trabajo, demostrando la ausencia del elemento subordinación.

Ahora bien, tanto de la prueba documental como de la testimonial arrimada a los autos, se puede establecer que efectivamente el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, prestaba sus servicios personales al interior del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., desarrollando labores de operador de balas de máquinas, supervisión de UPS, de cadena de frío del resonador, operador de máquinas subestación eléctrica y calderas, tal como aparece en el contrato suscrito con IMEDSUR S.A.S. (folios 112 a 114), pero que igualmente desarrollaba otras funciones no previstas en el contrato tales como pintura y desbloqueo de ascensores, manejo de balas de oxígeno, desbloqueo de ascensores y demás asignadas por el coordinador de mantenimiento del Hospital y personal adscrito a la entidad hospitalaria, quienes le hacían llamados de atención verbales en caso de no acatar las órdenes o en su defecto, informaban a la empresa IMEDSUR SAS, pues así lo expuso en su declaración el señor GUSTAVO BARCENAS.

Lo anterior concuerda con lo manifestado por el testigo EDGAR MAURICIO CERÓN, quien señaló fue el jefe inmediato de CARLOS ERAZO, de quien indicó desarrolló labores de operador de calderas, bombeo de máquinas y operación de plantas eléctricas; que IMEDSUR conocía que ejecutaba otras labores impartidas por personal del HOSPITAL, como la de desbloqueo de ascensores, pero que no las avalaba, es más, luego del accidente prohibió totalmente el mantenimiento preventivo y correctivo de ascensores, por no ser una función contratada, lo cual coincide con lo dicho por el representante legal de IMEDSUR S.A.S. MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ.

Así las cosas, si bien en principio el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO fue contratado por IMEDSUR S.A.S., para prestar sus servicios al interior del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, mediante acuerdo escrito visible entre folios 112 a 114 del expediente, puesto que el actor prestó sus servicios personales al HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DE NARIÑO, recibía órdenes del director de mantenimiento de la entidad y de personal adscrito a la misma, lo que se traduce en actos de subordinación, además de percibir una remuneración por los servicios prestados, que si bien es cierto, provenía de IMEDSUR S.A.S., ello obedecía al cumplimiento del contrato celebrado entre ésta y el ente hospitalario (folios 92 a 106), siendo las funciones ejecutadas por el señor ERAZO RUANO, de aquellas ejercidas por un trabajador oficial, pues están relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, pues véase que de acuerdo con el dicho del testigo EDGAR MAURICIO CERON VIVEROS, las actividades de mantenimiento no las realiza personal del hospital, ya que éste solo tiene dos técnicos de mantenimiento que hacían las veces de interventores del contrato de mantenimiento, actividades que se acompasan con las definidas por la normatividad y jurisprudencia antes enunciadas.

Colofón de todo lo anterior, se concluye que el contrato de trabajo suscrito entre el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO y la accionada IMEDSUR S.A.S. quedó desvirtuado, toda vez que en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se constata del material probatorio enunciado en precedencia, y analizado en conjunto con base en las reglas de la sana crítica que las funciones ejecutadas por el señor ERAZO RUANO fueron prestadas en beneficio de la E.S.E. demandada, deviniendo pertinente recalcar que las mismas obedecen a las actividades propias de un trabajador oficial y aunado a que éste percibió una remuneración en contraprestación por sus servicios, esto es por valor \$1.050.000, resulta procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO y el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO desatado desde el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, fecha en que ocurrió el accidente en las instalaciones del verdadero empleador.

En este punto es preciso aclarar que la fecha efectiva de terminación de la relación laboral sería entonces el 4 de abril de 2015, día de la última incapacidad reconocida al señor ERAZO RUANO, sin embargo en virtud del principio de congruencia y atendiendo a que en segunda instancia no es posible fallar por fuera de lo pedido (artículo 50 C.P.T.S.S.), se tendrá como fecha de terminación de la relación laboral la solicitada en la demanda (folio 9).

2. DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

En el presente caso no existe duda alguna que con fecha 31 de julio de 2013, el trabajador sufrió un accidente, al caer de una altura aproximada de 15 metros, mientras encendía un ascensor al interior del HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, hecho que le produjo una pérdida de capacidad laboral del 53,54%, con fecha de estructuración 7 de noviembre de 2014, y que fue reconocido por la Administradora de Riesgos Laborales POSITIVA A.R.L., entidad que otorgó a favor del señor ERAZO RUANO pensión de invalidez de origen laboral a partir del 5 de abril de 2015, día siguiente a la última incapacidad reconocida, en cuantía de \$832.159,00, equivalente al 75% del ingreso base de liquidación del año 2013, debidamente indexado (folio 115), calificación que no fue objeto de reproche.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el accionar ascensores es función propia de un trabajador oficial, tal como se indicó al inicio de esta providencia, y que el 31 de julio de 2013, en obediencia a un llamado efectuado desde el conmutador del ente hospitalario, el señor ERAZO RUANO, acudió a poner en marcha el ascensor número uno, cuando se produjo el accidente que se ocasionó principalmente por no bloquear y asegurar dicho ascensor, pues de ello da cuenta la investigación de accidente grave, informe que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye un documento declarativo proveniente de terceros, que debe ser asimilado a un testimonio, tal como lo ha dicho la Alta Corporación entre otras, en las sentencias SL del 8 de julio de 2003, radicación 9749; SL17468, del 30 de abril de 2014, radicación 46057; SL6497 del 29 de abril de 2015, radicación 44894 y SL2644 del 2 de marzo de 2016, radicación 46403, de lo que se concluye que efectivamente nos encontramos frente a un accidente laboral, pues el mismo se originó por causa o con ocasión del trabajo.

Ahora bien, como la parte demandante pretende la indemnización plena de perjuicios a la luz de las previsiones del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta con probar la ocurrencia del accidente de trabajo, sino que es necesario demostrar la culpa del empleador en el mismo, quien quedará exento de responsabilidad si acredita que tuvo la diligencia y cuidado requeridos; cuando además del daño a la integridad o a la salud del

trabajador, debe estar debidamente establecido el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad.

Como para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe estar suficientemente comprobada la culpa del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador, sufra menoscabo en su salud o integridad a causa de los riesgos laborales, constituyéndose en consecuencia la conducta culposa que exige la normativa legal antes aludida.

Ahora bien, de conformidad con las previsiones del artículo 167 del Código General del Proceso, la prueba suficiente de la culpa del empleador, debe asumirla el trabajador demandante, y es por ello que demostrada la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados.

Así mismo, la indemnización total ordinaria de perjuicios por responsabilidad contractual, se genera no solo cuando el empleador ha sido autor directo del in suceso, sino también cuando el accidente se produce por el hecho de uno de sus colaboradores, ello desde luego por causa o con ocasión del trabajo, tal como lo indicó nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria en materia Laboral en sentencia del 6 de marzo de 2012, radicación 35097 ².

Ahora bien, el artículo 63 del Código Civil clasifica la culpa en tres clases ³, no obstante la doctrina y jurisprudencia tiene definido que la culpa por la cual responde el empleador en estos casos es por la “*CULPA LEVE*”, por cuanto éste se encuentra obligado a dar protección y seguridad a sus trabajadores, además porque se trata de una responsabilidad civil derivada de un contrato conmutativo, es decir, que se hace para el beneficio recíproco de las

² “(...) como la demandada era una persona jurídica, la responsabilidad le resultaba atribuible por el hecho de sus agentes o dependientes, toda vez que los actos de los agentes son, a la vez, sus actos propios. Y lo anotado es así por cuanto tal afirmación refleja nada más y nada menos que la regla general que, en sentir de la Corte, se desprende del artículo 2349 del Código Civil que consagra la responsabilidad laboral de que aquí se trata - concordante con otras que refieren los efectos de la responsabilidad derivada de institutos jurídicos como la representación laboral o de otros como la culpa in vigilando o in eligendo (ejm., art. 32 del C.S.T.), pues dicho precepto establece que los empleadores responden del daño causado por sus trabajadores (llámense representantes, dependientes, simples trabajadores o cualquiera otra expresión acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-1235 de 2005)”

³ “*CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

“*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

“*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

“*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

“*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

“*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.*”

partes (Art. 1604 del C.C.), culpa que fuera explicada por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en la sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 22656 ⁴.

Revisadas las pruebas obrantes en el plenario, advierte la Sala que el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO el día del infortunio, esto es, el 31 de julio de 2013, acudió al llamado que le hicieran a través del conmutador del HOSPITAL demandado para encender un ascensor y el accidente ocurrió cuando el referido señor saltó al techo del ascensor a realizar el encendido; lo anterior, aparece consignado en el acta de investigación del accidente grave ocurrido, en la que se concluye que el mismo se ocasionó principalmente por no bloquear y asegurar el ascensor, recomendando implementar procedimientos seguros y permisos para trabajar en tareas de alto riesgo, órdenes de trabajo, una serie de capacitaciones, programa de protección contra caídas y medidas colectivas de prevención entre otras; aspectos estos que evidencian causas atribuibles al ente hospitalario, que se traducen en la falta de cuidado debido, circunstancia que permite concluir que no tomó las medidas de previsión necesarias para evitar esta clase de accidentes, es decir, no siguió un procedimiento de trabajo seguro, que incluía el bloquear y asegurar el ascensor, lo que refleja que indudablemente no se tomaron las cautelas u operaciones del caso para proteger y darle seguridad a la persona enviada a efectuar el encendido del ascensor, circunstancias que conllevan a concluir que no existen eximentes de responsabilidad para el Hospital empleador, ni mucho menos culpa compartida o exclusiva de la víctima.

De ahí que sea dable afirmar que el ente hospitalario demandado no cumplió con la carga procesal de demostrar que actuó con diligencia y precaución, para resguardar la salud e integridad del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, al no acatar las obligaciones generales de salvaguardia y seguridad para con sus subordinados consagradas en el artículo 56 del C.S.T. y las obligaciones especiales indicadas en los numerales 1° y 2° del artículo 57 ibídem, lo que para la Sala significa, que el HOSPITAL no acreditó tener una conducta que lo eximiera de responsabilidad, al no adoptar las debidas precauciones para evitar la lamentable situación, acaecida el 31 de julio de 2013, sin que sean de recibo las afirmaciones del a quo, cuando indicó que no se probó el nexo causal entre la orden impartida y el accidente de trabajo, ya que la misma provino de un tercero.

En lo relacionado con el monto de la indemnización plena de perjuicios, siendo un hecho indiscutido la ocurrencia del accidente de trabajo del demandante, así como el daño a su integridad física que le produjo la invalidez, encontrándose demostrado que el infortunio laboral tuvo ocurrencia por la falta de previsión, protección y seguridad para evitar esta clase de sucesos al interior del HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DE NARIÑO,

⁴ "Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador."

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios."

"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador."

"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios."

"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil."

donde fue enviado a laborar por IMEDSUR, entidades que les correspondía demostrar que actuaron con cuidado, diligencia y precaución, sin que ello se evidencie en autos; circunstancia que origina el reconocimiento y pago de la indemnización reclamada de que trata el artículo 216 del C.S.T., sin que pueda decirse que el proceder del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, el día del accidente corresponde a una imprudencia de su parte, ni mucho menos constituye fuerza mayor o caso fortuito, que desvirtúe la responsabilidad del ente hospitalario derivada de la culpa, pues la atención que brindó el trabajador en su momento obedeció a una de las obligaciones especiales del trabajador, de conformidad con las previsiones del numeral 1º del artículo 58 del C.S.T.⁵

Ahora bien, en consideración a las condiciones físicas y psicológicas del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO producto del accidente laboral por él sufrido, que le produjo el estado de invalidez que actualmente padece (folios 118 a 124), hecho que le causó un trauma craneoencefálico severo de origen profesional, secuelas por luxa fractura abierta de los dedos tercero y cuarto de la mano derecha de origen profesional, fractura abierta grado II de tibia izquierda de origen profesional, trastorno mental y del comportamiento secundario a lesión cerebral de origen profesional (folio 236 cuaderno principal y 142 cuaderno de segunda instancia), y en consideración a que cuando sucedió el accidente laboral, es decir, el 31 de julio de 2013, el citado contaba con 26 años de edad, hecho este que además cercenó su productividad laboral, lo que sin lugar a dubitación alguna, le impide obtener una mejor calidad de vida para sí y su familia, teniendo en cuenta que en la actualidad la vida probable activa de los varones en Colombia se ha establecido en la edad de 80 años, de conformidad con el contenido de la Resolución 1555 de 2010, de la Superintendencia Financiera, considera la Sala que la indemnización de perjuicios reclamada se debe tasar en la suma de \$212'991.468,00, que comprende el lucro cesante consolidado en un monto de \$47'691.456,60 y el lucro cesante futuro por valor de \$165'300.01,92, ello en atención a las previsiones del artículo 283 del C.G.P., aplicable en materia procesal del trabajo y de la seguridad social.

En relación a la forma de liquidar este tipo de perjuicios, acude la Sala a los parámetros impartidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2005, radicación 22656, reiterada en la sentencia del 2 de octubre de 2007, radicación 29644, la SL 695 del 2 de octubre de 2013, radicación 37297 y la SL 5919 del 27 de abril de 2016, radicación 47907, entre otras, para lo cual se tomó el salario devengado por el trabajador para el mes de julio de 2013, esto es \$1'050.000, actualizado a la fecha de la sentencia de segunda instancia, lo que arroja un resultado de \$1'273.748, más el 25% correspondiente a prestaciones sociales, para un total de \$1'592.185,00, suma que en la proporción del 53,54% correspondiente a la pérdida de capacidad laboral, arroja una renta actualizada de \$852.456,00, que multiplicada por el número de meses transcurridos desde la terminación del vínculo laboral al día de hoy, da como resultado el lucro cesante consolidado de \$47'691.456,60, mientras que para obtener el lucro cesante futuro la renta actualizada debe multiplicarse por el número de meses de vida probable del señor ERAZO RUANO, es decir, 592,80 meses que equivalen a 49,4 años de vida probable, dado que en la actualidad el citado cuenta con 31 años de edad, arrojando como resultado la suma de \$165'300.010,92, tal como aparece en el cuadro que se ordenará glosar al expediente para que haga parte integrante del acta de esta audiencia.

Con respecto a los perjuicios morales reclamados en la demanda en favor del actor, su hijo menor, la madre y dos de sus hermanas, si bien las testigos SONIA DORIS ROJAS MELO y BIBIANA YELA indicaron al rendir declaración que el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO luego del accidente no volvió a ser el mismo, que no se puede defender solo, tiene pérdida de memoria y que la señora CARMEN RUANO en calidad de madre y su hermana NANCY viven pendientes de él pues la esposa lo abandonó luego del accidente, sus dichos no permiten establecer el grado de afectación moral, más aun cuando el propio apoderado judicial de la parte actora, renunció a la prueba pericial decretada en primera instancia, consistente en la valoración psicológica del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, ELVIA DEL CARMEN RUANO MAYA, NANCY GRACIELA ERAZO RUANO y LUZ MARINA ERAZO RUANO, prueba que iba a realizar el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en tal virtud se absolverá de este pedimento.

En relación con las prestaciones sociales reclamadas por el apelante, y al considerar la Sala la condición de trabajador oficial del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO desde el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, es

⁵ *“Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.”*

claro que el mismo tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de la relación laboral, así:

CONCEPTO	VALOR
CESANTIAS	\$560.250,00
VACACIONES COMPENSADAS	\$525.000,00
PRIMA DE VACACIONES	\$525.000,00
PRIMA DE NAVIDAD	\$525.000,00
AUXILIO DE TRANSPORTE	\$423.000,00
TOTAL	\$2'033.250,00

En relación con la indemnización por despido injusto reclamada en la demanda, debe tenerse presente que en este caso el demandante no fue despedido, pues el citado dejó de prestar el servicio luego del accidente sufrido y al final de las incapacidades derivadas del mismo, le fue reconocida pensión de invalidez de origen profesional. Sanción moratoria. Solicita el apoderado judicial del actor la condena por sanción moratoria a partir del 1º de agosto de 2013, sin embargo, al declararse la existencia del contrato de trabajo con el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, para efectos de la sanción moratoria, es preciso acudir a las previsiones del párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que contempla un periodo de gracia de 90 días a partir de la fecha de terminación de la relación laboral término a partir del cual los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador y si como el contrato de trabajo efectivamente terminó el 4 de abril de 2015, fecha de extinción de la última incapacidad reconocida al señor ERAZO RUANO, el término de gracia culminó el 23 de agosto de 2015 y sería entonces a partir del 24 de ese mes y año, que empezaría a correr la sanción moratoria, en cuantía diaria de \$35.000,00, pues al demostrarse que existen créditos insolutos a favor del demandante hay lugar a ordenar la misma hasta cuando sean canceladas en su totalidad las acreencias laborales e indemnizaciones dispuestas en esta providencia.

Finalmente, en lo relacionado con la petición del apoderado judicial del demandante al formular el recurso de apelación, relacionada con que se condene de manera solidaria a IMEDSUR y MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ, advierte la Sala que en las pretensiones principales de la demanda no fue elevada dicha solicitud, no siendo viable acceder a la misma, en virtud del principio de congruencia, pues se trata de una pretensión nueva.

Frente a la apelación formulada por el apoderado judicial de IMEDSUR S.A.S., al declararse la existencia del contrato de trabajo con el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., quedan inanes los argumentos expuestos en el recurso y por tanto no hay necesidad de pronunciarse sobre el mismo, teniendo en cuenta además que en el acápite de pretensiones principales de la demanda, no se requirió la solidaridad respecto a IMEDSUR S.A.S.

COSTAS

Atendiendo al resultado de la apelación, obrando de conformidad con las previsiones del artículo 365 del Código General del Proceso, hay lugar a condenar en costas en esta instancia al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO a favor del demandante CARLOS ENRIQUE ERAZ RUANO, correspondiendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$4'300.494,00 equivalente al 2% de las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales e indemnización plena de perjuicios.

Las de primera instancia correrán igualmente a cargo del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, quien deberá reconocer al señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO por concepto de agencias en derecho la suma de \$6'450.742,00, que equivale al 3% del valor de las condenas por prestaciones sociales e indemnización plena de perjuicios.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto dentro del presente asunto, para en su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 1º de febrero al 31 de julio de 2013, fecha en que el trabajador sufrió un accidente de origen laboral por culpa imputable al empleador.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., a pagar a favor del señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, de condiciones civiles acreditadas en juicio, una vez ejecutoriada esta providencia, las sumas que se indican a continuación:

- a) \$560.250,00 por concepto de cesantías.
- b) \$525.000,00 por concepto de vacaciones compensadas.
- c) \$525.000,00 por concepto de prima de vacaciones.
- d) \$525.000,00 por concepto de prima de navidad.
- e) \$423.000,00 por auxilio de transporte.
- f) \$212'991.468,00 por concepto de indemnización de perjuicios materiales, que comprende el daño emergente y lucro cesante, tal como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.
- g) \$35.000,00 diarios desde el 24 de agosto de 2015 y hasta cuando sean canceladas en su totalidad las acreencias laborales e indemnizaciones dispuestas en esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E., de los demás cargos imputados en su contra en la demanda.

QUINTO: ABSOLVER a INGENIERÍA MÉDICA DEL SUR IMEDSUR S.A.S. y al señor MARIO ALFONSO RODRÍGUEZ, de todos los cargos formulados en su contra en la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO a favor del demandante CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO, correspondiendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$4'300.494,00, equivalente al 2% de las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales e indemnización plena de perjuicios.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de primera instancia al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, entidad que deberá reconocer al señor CARLOS ENRIQUE ERAZO RUANO por concepto de agencias en derecho la suma de \$6'450.742,00, que equivale al 3% del valor de las condenas por prestaciones sociales e indemnización plena de perjuicios.

OCTAVO: GLOSAR al expediente para que haga parte del acta de esta audiencia, el cuadro que contiene la liquidación efectuada por la Sala.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. _____ y se notifica a las partes en **ESTRADOS**.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada

PATRICIA BRAVO ROSERO

Secretaria Sala Laboral

CONTRATO DE TRABAJO – REQUISITOS. / CONTRATO DE TRABAJO - PRESUNCIÓN LEGAL:
Acreditada la prestación personal del servicio en beneficio del empleador, le compete a éste desvirtuar dicha presunción – Dando aplicación al Principio de la Primacía de la Realidad sobre las Formas que gobierna las relaciones de trabajo y conforme el análisis de la prueba recaudada, se considera que se encuentra acreditado el vínculo laboral que unió a la actora con el demandado, en tanto se demostró la prestación personal de un servicio a su favor y siendo que éste no logró desvirtuar la presunción que obra en su contra, pues no acreditó que entre ellos existió una relación contractual de naturaleza diferente a la laboral, dentro de la cual la demandante no estuvo sometida a una continuada subordinación o dependencia; todo lo contrario, se encuentra probado que el demandado ejercía una relación de poder frente a la actora y que aprovechándose de la difícil situación económica por la que ésta atravesaba, la relación laboral terminó convirtiéndose en una situación de explotación, a tal punto de no llegar a percibir salario diferente a aquél en especie; circunstancia violatoria de los derechos y garantías mínimos de los trabajadores, negándole el empleador, y posteriormente sus herederos, el reconocimiento de unos derechos ciertos e irrenunciables, lo que en últimas se traduce en un acto de violencia contra la mujer, atendiendo su condición de vulnerabilidad; siendo procedente la condena al pago de las acreencias laborales solicitadas. /

MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Ordinario Laboral No. 2016-00121

En San Juan de Pasto, a los veinticuatro (24) días del mes de agosto de dos mil diecisiete (2017), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PUBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado por **JOSÉ BENICIO JOJOA TULCÁN** y **GLORIA ALICIA NARVÁEZ** en contra de **LA SUCESION DEL CAUSANTE LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, JENNY LISEETH MUÑOZ GUERRERO, GUADALUPE GUERRERO** y **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS**, proceso radicado bajo el número 52001310500220160012101.

Preside el acto quien les habla **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**.

A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Los señores **JOSÉ BENICIO JOJOA TULCÁN** Y **GLORIA ALICIA NARVÁEZ**, a través de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **LA SUCESION DEL CAUSANTE LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, JENNY LISEETH MUÑOZ GUERRERO, GUADALUPE GUERRERO** y **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS**, con el fin de obtener la declaración de existencia de sendos contratos de trabajo a término indefinido, con el señor **JOSE BENICIO** desde el 15 de octubre de 2007 hasta el 13 de agosto de 2015 y con la señora **GLORIA ALICIA** desde el 30 de noviembre de 1997 hasta el 5 de abril de 2005 y del 15 de octubre de 2007 hasta 13 de agosto de 2015, relaciones laborales que terminaron con la muerte del empleador. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a las demandadas al pago de dotación, reajuste salarial, auxilio de transporte, subsidio familiar, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a seguridad social (pensión, salud y riesgos laborales), sanción por no consignación de cesantías en un fondo, horas extras y lo que resulte demostrado con fundamento en las facultades extra y ultra petita; pretensiones que se cimentan en los supuestos fácticos que se indican a continuación:

Que los señores **JOSÉ BENICIO JOJOA TULCÁN** Y **GLORIA ALICIA NARVÁEZ** prestaron sus servicios en el taller de mecánica, lámina y pintura denominado **MÁSTER**, de propiedad del señor **LIBARDO ANTONIO MUÑOZ**, ubicado en el barrio **ATAHUALPA** de la ciudad de Pasto.

Que los demandantes trabajaban como cuidadores del taller de lunes a viernes en horarios de 7:30 am a 12:30 pm y 2:00 a 6:30 pm, los sábados de 8:00 am a 5:00 pm, cuyas funciones eran: abrir y cerrar el portón del taller, hacer aseo, pagar servicios públicos, alimentar al perro, custodiar herramientas especializadas y cumplir con las demás órdenes que les impartía el empleador.

Que se acordó un salario de \$150.000 mensuales más la vivienda para cada uno de los cónyuges, pero solo les pagó \$70.000 los cuatro primeros meses, después no recibieron ninguna remuneración.

Que GLORIA NARVÁEZ laboró del 30 de noviembre de 1997 a 13 de agosto de 2005 y del 15 de octubre de 2007 hasta 13 de agosto de 2015 y JOSÉ BENICIO JOJOA desde el 15 octubre de 2007 al 13 de agosto de 2015.

Que a raíz de la muerte del empleador, el 14 de agosto de 2015, la heredera JENNY MUÑOZ, adelantó un proceso para desalojar a los cónyuges del taller.

Notificada la existencia del *sub litium*, en forma personal el 12 de julio de 2016, GUADALUPE GUERRERO contestó la demanda mediante apoderado judicial, aceptando el hecho 38; que los demás no le constan, se opuso a las pretensiones de los demandantes argumentando que no tiene vínculo alguno con el causante desde el 23 de marzo de 2004 por cesación de efectos civiles de su matrimonio y formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción e innominada (folios 115 a 118).

El juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la señora JENNY MUÑOZ GUERRERO y por los HEREDEROS INDETERMINADOS DEL SEÑOR LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, representados por CURADORA AD LITEM, puesto que no subsanaron el escrito de contestación acorde con lo indicado en auto de fecha 7 de octubre de 2016 (folios 131 a 132).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA (MINUTO 00:07:06 A 00:58:46 CD. NO. 03 FOLIO 148)

Rituadas las etapas procesales respectivas, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, profirió sentencia el 27 de abril de 2017, a través de la cual declaró que entre la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ y LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 19 de diciembre de 2007 y el 14 de agosto de 2015 y como consecuencia de ello, condenó a la sucesión de LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, representada por la demandada JENNY LISEETH MUÑOZ GUERRERO al pago de la diferencia salarial indexada, prima de servicios indexada, cesantías indexadas, compensación de vacaciones indexada, intereses de cesantías indexados, sanción por no consignación de cesantías, cálculo actuarial y costas procesales a favor de la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ, absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda, declaró probadas las excepciones propuestas por GUADALUPE GUERRERO, condenó en costas al señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN a favor de la sucesión accionada y a los demandantes a favor de la señora GUADALUPE GUERRERO, disponiendo la consulta de la sentencia respecto del señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN.

Para tal determinación, consideró el a quo que mediante las pruebas arrojadas al proceso y en el terreno de los hechos, evidentemente hubo entre LIBARDO ANTONIO MUÑOZ y GLORIA NARVÁEZ MARTÍNEZ un verdadero contrato de trabajo, pues los testigos de la parte actora fueron claros en manifestar que el señor MUÑOZ le daba órdenes a la señora NARVAEZ MARTINEZ, quien se encargaba de abrir y cerrar el taller además de ser la persona que aseaba el mismo y permanecer disponible para las labores encomendadas por el señor MUÑOZ, sin que los testigos de la parte demandada fueran relevantes para establecer que la demandante no prestaba sus servicios al señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, pues su visita al taller era esporádica. Que se colige que la señora GLORIA NARVAEZ MARTINEZ únicamente percibió salario en especie por cuanto solo recibía en contraprestación la habitación donde residía al interior del taller, mismo que no puede exceder del 30% del valor del salario. Que como extremos temporales es factible inferir como inicial el 19 de diciembre de 2007 y como extremo final la fecha de fallecimiento del causante, atendiendo al contrato de arrendamiento suscrito en diciembre de 2007, pues si bien existe un contrato de arrendamiento para el año 2001, no se indicó en el mismo las fechas de inicio y terminación ni hubo otros contratos para los años subsiguientes hasta diciembre de 2007.

Que no se demostró en autos la prestación del servicio respecto al señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN. Que la

señora GUADALUPE GUERRERO carece de vocación hereditaria, por la expiración de su sociedad conyugal desde antes de la fecha de iniciación de la relación laboral, por tanto los herederos del causante son los llamados a responder por los derechos laborales causados.

APELACIÓN PARTE DEMANDADA. (MINUTO 00:58:46 – 01:05:00 CD. NO. 03 FOLIO 148)

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandada a través de su apoderada judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación, con el fin de que se revoquen los numerales primero y segundo de la sentencia que declaró la existencia de la relación laboral entre la demandante GLORIA NARVAEZ y el señor LIBARDO MUÑOZ y en consecuencia se absuelva a la parte demandada de las condenas de que fue objeto, argumentando que no se valoraron en debida forma los testimonios obrantes en el plenario, los cuales demuestran que no existía la obligación de pagar salario, cuando además la señora GLORIA trabajaba por fuera del taller. Que tan solo dos testigos se encaminaron a decir que la demandante barría por órdenes del causante y los demás afirmaron lo contrario. Que no hubo mala fe del causante, por cuanto los testimonios dejan entrever que en la demandante no existía el ánimo de que hubiera exigencia de salario para con el causante y por ende tampoco hay lugar a la condena de sanción por no consignación de cesantías en un fondo.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto de apelación y consulta, para determinar si la decisión adoptada está o no acorde a derecho, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y atendiendo al grado jurisdiccional de consulta en favor del señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN, le corresponde a esta Sala de Decisión establecer si efectivamente se encuentra demostrada la relación laboral entre la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ y el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ (q.e.p.d.), si hay lugar a las condenas impartidas en primera instancia, incluida la sanción por no consignación de las cesantías por los motivos esgrimidos por la apelante. Igualmente, debe verificarse si entre el señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN y el causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ existió la relación laboral que se pregonaba en la demanda.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO

El fallador de primera instancia determinó, que en el plenario se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ y el causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, al considerar que los medios de prueba aportados y los que fueron recaudados en el presente asunto, dan cuenta de la existencia del vínculo laboral alegado.

Sea lo primero indicar que para predicar la existencia de una relación laboral es necesaria la concurrencia de los elementos configurativos del contrato de trabajo, consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo¹, y al demostrarse la prestación personal del servicio, se configura la presunción legal que consagra el

¹ "a) La actividad personal desplegada por el trabajador, entendida como la ejecución, de manera directa de una labor en favor del empleador; b) La continuada subordinación o dependencia, como aquella potestad que tiene el empleador de impartir órdenes, directrices o instrucciones al trabajador en cuanto al tiempo, modo y lugar para la ejecución de la actividad contratada, y el deber correlativo de éste de acatarlas; y c) Un salario como contraprestación económica a la labor realizada."

artículo 24 *ibídem*², cuyo alcance fue objeto de análisis por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 10 de diciembre de 1981³ que aun continua vigente y del 7 de julio de 2005, expediente 24476⁴.

Así las cosas, quién alega la existencia de un contrato de trabajo, debe probar al menos la prestación personal del servicio, quedando en una situación de ventaja frente al presunto empleador, quien en todo caso, tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción.

En este orden de ideas, esta Corporación en forma por demás prolija, ha sostenido que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar en juicio los hechos en los que fundamenta sus pretensiones (artículo 167 C.G.P.).

Bajo este tenor, si bien el juez debe valorar la totalidad de los medios de prueba que se allegaron al proceso según las normas de la sana crítica, esta situación no exime a la parte demandante de cumplir con la carga procesal que le incumbe, en el sentido de otorgar al funcionario judicial la certeza sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el supuesto de hecho de la norma en que fundamenta sus pretensiones, siendo la demandada la obligada a demostrar las excepciones propuestas en procura de enervar las aspiraciones del actor.

Así, resulta procedente establecer si en el plenario se encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos de la litis, por tal razón se procede a analizar inicialmente si la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ cumplió con su *onus probandi*, motivo por el cual pasa la Sala a resumir el dicho de los testigos e interrogatorios escuchados en desarrollo del proceso.

La señora **CLEMENCIA PIEDAD CÁRDENAS LOPEZ** (minuto 00:07:00 a 00:47:39:00 CD No. 2), quien vive una calle más arriba del TALLER MASTER, de lámina y pintura ubicado en la esquina del Atahualpa, cuyo propietario era el finado LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, afirma que pasaba todos los días por ese lugar a dejar a su niña al colegio, indicó que el taller lo abrían antes de la 7:00 de la mañana lo cerraban a las 12:00 del día, por la tarde lo abrían a la 1:30 o 2:00 hasta que se terminaba la labor 6:30 o 7:00 de la noche. Que conoce a la señora GLORIA hace 18 años, época desde la cual la citada cuida el taller e indica que le llevaba alimentos, porque muchas veces GLORIA no tenía que comer. Igualmente afirma que miraba a GLORIA barriendo el taller, que iba a traer la comida de los perros y hacía los mandados. Que conoce al señor JOSE BENICIO JOJOA desde que contrajo matrimonio con doña GLORIA, hace unos 10 años. Que la testigo entraba a ver a GLORIA ella barría el taller, iba a cancelar los servicios, a las 12:00 don JOSE iba a traer la comida de los perros. Escuchaba a LIBARDO que lo mandaba a pagar los servicios a don JOSE. El señor LIBARDO no vivía en ese mismo sitio, solo tenía el taller. El señor LIBARDO mandaba a los obreros y daba las órdenes para que los obreros cumplieran con sus labores porque al taller iban muchos carros. Que la señora GLORIA fue la que empezó a trabajar con el señor LIBARDO y luego llegó el señor JOSE BENICIO. La limpieza no era todo el día, y los demandantes además hacían aseo de las instalaciones donde vivían, es decir una pieza que queda en el mismo taller que les dio el señor LIBARDO. Que los citados cuidaban además de las herramientas, que no se llevaran los carros que quedaban en el taller. Afirma que inicialmente había dos perros de propiedad de don LIBARDO, luego se murió uno y quedó el otro y por órdenes de don LIBARDO doña GLORIA iba a traer la comida para el perro a un restaurante. Que el señor LIBARDO tenía tres carros y por órdenes suyas, los lavaban doña GLORIA y don JOSE. Desconoce el valor de los salarios y manifestó que la señora GLORIA le contó que no le pagaban y el señor LIBARDO le había dado la pieza para que fuera a vivir en calidad de cuidadora

² "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"

³ "(...) demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción a favor de quien lo ejecutó y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, queda establecido que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario.

⁴ "Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación"

del taller y de la pieza en que vivían. Que los demandantes le comentaron que el señor MUÑOZ no les pagó ni les daba lo necesario para trabajar como delantales pero si sabe que les daba cada año una pequeña prima de \$150.000,00. Igualmente aduce la testigo que regalaba alimentos a los demandantes porque no tenían que comer y pasaba a ver a doña GLORIA dos veces al día una en la mañana y otra en la noche. Que doña GLORIA tenía que salir a lavar ropa algunos días, porque no tenían para comer y de lo que reunía lavando, hacía anillos de fantasía y los vendía a sus amigas. Que cuando iba al taller a buscar a doña GLORIA, don LIBARDO le decía, siga que ella está en la pieza o atrás haciendo aseo.

PEDRO VICENTE ERAZO (minuto 00:55:55 a 01:10:47 CD No.2) quien se dedicaba a pintura de construcciones y actualmente es pensionado, manifestó que no conoce ninguna relación entre los demandantes y el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ. Indicó que iba al TALLER MASTER de propiedad del señor MUÑOZ porque el finado LIBARDO le alquilaba el compresor y allí trabajaba un yerno del testigo de nombre CARLOS MARTINEZ. Que fue amigo del señor LIBARDO por 20 años, iba al taller unas 3 veces al mes y se demoraba de 15 a 20 minutos por visita, unas veces en la mañana otras en la tarde. No tiene presente en que época iba al taller pero fue hace más o menos 15 años. No sabe si los demandantes arrendaban una habitación en el taller o si vivían en ese sitio porque nunca los vio y el señor MUÑOZ tampoco le comentó nada, porque cuando iba charlaban de cosas distintas. No recuerda la última vez que acudió al taller. Indica que LIBARDO ANTONIO MUÑOZ tenía un automóvil de color verde, no recuerda que el citado tuviera carros piaggio. Que en el taller había un perro amarrado, pero no se dio cuenta quien le daba de comer. Aduce que el taller estaba siempre abierto, que si no estaba LIBARDO estaban los obreros, quienes eran jóvenes mecánicos que enderezaban carros y el testigo charlaba con ellos. Nunca vio a un anciano ni a una mujer trabajando en el taller, tampoco presencié que llegara un cliente. Indica que visitó al señor LIBARDO en el hospital cuando estuvo enfermo y antes iba a fútbol con él. Aduce que don LIBARDO le prestaba unas herramientas que no son costosas. Que no sabe qué tipo de herramientas se requieren en el taller de lámina y pintura porque no es su profesión. Que ante el poco tiempo que el testigo pasaba allí no vio a los demandantes. Que el taller tenía techo en lámina y el piso era de tierra, además tenía dos habitaciones una que era la oficina de don LIBARDO y otra era la del celador, pero no sabía si había celador.

El señor **SEGUNDO IGNACIO ARAUJO SOTELO** (minuto 01:10:47 a 01:35:00 CD No. 2), propietario de un taller de soldadura ubicado a dos puertas del TALLER MASTER, manifiesta que los demandantes vivieron muchos años en el taller del finado LIBARDO, el cual frecuentaba cada 8 días, así como el señor LIBARDO entraba a su taller, porque eran clientes el uno del otro e igualmente se prestaban herramientas, que algunas veces cuando iba, doña GLORIA ALICIA no estaba, pero ella cuidaba de día y noche, que durante unos 15 o 18 años ella vivió en el taller y en ocasiones salía a hacer arreglos de casa o jabonaba por ratos, que organizaba el taller y barría, que la vio haciendo aseo esencialmente barrer. Que el piso del taller era parte pavimentado y parte en tierra, había unas piezas, una donde vivía GLORIA, una oficina donde LIBARDO guardaba la herramienta que tenía peligro de perderse y otros caedizos para trabajar. Que don LIBARDO no vivía en el taller, quien abría y cerraba el taller era la señora GLORIA y se la miraba echando llave abría a las 8:00 y cerraba a las 12 y luego abría a las 2:00 y cerraba a las 6:00. Que don LIBARDO tenía dos perros y era él quien les llevaba la comida en una cantina, no vio a los demandantes dándoles de comer a esos perros. De contratos no sabe nada. No escuchó al señor LIBARDO dándoles órdenes a los demandantes. El taller prestaba su servicio los sábados de 8:00 a 12:00 y a veces en la tarde, otras veces estaba cerrado. Don LIBARDO tenía tres piaggios y un carro particular que le parece era verde oscuro o gris. Que en el taller había un soldador eléctrico, un soldador autógeno, un esmeril y un compresor que no guardaba en la oficina. Que los muros son altos parte con techo y parte descubiertos. La señora GLORIA en ciertas ocasiones lavaba ropa por fuera del taller, pero desconoce en qué horario lo hacía. Que en el día nadie vigilaba la entrada y salida del taller, en el que habían de tres a cinco trabajadores. Nunca vio trabajando a don JOSE BENICIO en el taller, ni tampoco a una mujer, pero que doña GLORIA siempre hacía aseo y los clientes eran atendidos por don LIBARDO.

La señora **LIBIA TRINIDAD GÓMEZ ENRIQUEZ** (minuto 01:35:00 a 01:58:00 CD No. 2), pensionada y ama de casa, aduce no conocer a los demandantes, que es amiga de GUADALUPE QUINTERO y su hija, quien fue compañera de estudio de sus hijos. Desconoce la relación que tenían los demandantes con el señor LIBARDO, quien le comentó sobre unos arrendatarios, a quienes no conoció. Que ella era cliente del señor LIBARDO, persona que le prestaba dinero y por ello acudía al taller a pagar intereses e iba cada quince días, porque él le hacía dos préstamos al mes. No recuerda si el taller tenía nombre, pero queda en el barrio Atahualpa. Que cuando iba al taller no tardaba más de 15 minutos o media hora, trataba de ir al mediodía o 2:00 de la tarde de lunes a viernes, no festivos. Que en la audiencia fue la primera vez que vio a los demandantes, indicando que cuando ella frecuentaba el taller veía

al maestro LIBARDO y a otros maestros que trabajaban allí, en el sitio había un perro, pero ella no preguntaba de quien era, porque solo iba por el dinero que le prestaba don LIBARDO, nunca supo quien le daba de comer al perro ni vio a alguna persona haciendo aseo al lugar. Que a finales de junio de 2015 don LIBARDO le solicitó que le devolviera el dinero y ella le canceló los dos préstamos que tenía y en ese mismo año falleció don LIBARDO como en agosto. Que no conoció las instalaciones del taller solo iba a la oficina, que sabe que en la parte de arriba había un lugar que el señor LIBARDO decía que lo tenía arrendado. Cuando ella llegaba al taller a veces encontraba al señor LIBARDO o a los maestros, casi siempre miraba de dos a tres mecánicos, quienes hacían pintura de vehículos. Nunca vio trabajando allí a un anciano ni a una mujer, ni observó a alguien haciendo aseo al taller. Que miraba gente allí y se imagina que eran clientes y los escuchaba hablar con el maestro LIBARDO. Su propósito no era ir a ver si hacían aseo, sino que el señor LIBARDO le prestara plata. Que veía herramientas de trabajo de las que desconoce los nombres, miraba carros. Que don LIBARDO tenía un vehículo particular, automóvil color beige y dos piaggios.

La señora **VILMA SOCORRO VILLOTA**, (minuto 01:58:00 a 02:30:20 CD No. 2) conoce a doña GLORIA desde 2002 porque su hija trabajaba con una hija de ella y sabe que la citada y el esposo cuidaban el taller. Igualmente conoció a don LIBARDO ANTONIO MUÑOZ porque vive a una cuadra del taller de su propiedad, el cual queda ubicado en el barrio Atahualpa. Iba constantemente a visitar a doña GLORIA y luego que murió el esposo de la testigo, en el año 2009, se fue a vivir a Quito – Ecuador, pero regresó a Colombia y hace cuatro años vive nuevamente cerca del taller. Que ella iba a visitar a la mamá de doña GLORIA cuando estaba enferma y sabía que ella cuidaba el taller. Que a don JOSE lo conoció cuando se casó con doña GLORIA. Afirma que doña GLORIA abría y cerraba la puerta del taller y hacía aseo, manteniendo el lugar muy limpio, pero desconoce cuánto tiempo se demoraba haciendo el aseo, utilizaba una escoba desde muy de mañana. Indica la testigo que madruga a misa a las 7:00 de la mañana e iba todos los días a la Iglesia de Santiago y veía a doña GLORIA que salía a barrer el andén del taller y como la testigo entraba, la veía hacer aseo al interior del mismo. Que doña GLORIA vivió inicialmente en ese taller con la mamá y sus dos hijos. Aduce que escuchó cuando el señor LIBARDO le daba órdenes, que él era estricto y le decía “*andá barré*” y la enviaba a realizar mandados. Que doña GLORIA se fue del taller antes de diciembre e incluso la testigo le dio posada en un apartamento que tiene. Que JOSE BENICIO JOJOA vivía también en el taller y alguna vez lo vio barriendo. Que en el taller había un perrito y la testigo le iba a dejar los desperdicios, don LIBARDO también le llevaba buena comida al perro. No vio a don JOSE BENICIO darle de comer al perro, pero doña GLORIA si le daba de comer e iba a traer desperdicios de Bomboná para darle al perro. Que luego de las 6:00 de la tarde cree que don JOSE BENICIO y GLORIA ALICIA cuidaban el taller. Doña GLORIA siempre permanecía allí y las vecinas les iban a dejar comida porque el marido también se enfermó. Que la señora GLORIA planchaba ocasionalmente y a veces lavaba ropa, oficio que seguramente hacía en el taller, pero no le consta, hasta que llegó la esposa de don LIBARDO y le botó la poseta. Que vio a doña GLORIA lavando ropa pero no sabe si era de ella o ajena. Que cree que abrían el taller los sábados. Doña GLORIA le contaba que no ganaba salario y por eso pasaban necesidades. Que en diciembre don LIBARDO le daba \$50.000 de las pascuas. Que la ropa y zapatos se lo daban las vecinas e incluso la ropa interior. Que cuando iba al taller la testigo llamaba a doña GLORIA quien salía de la pieza o en otras ocasiones estaba haciendo oficio abajo o alguna cosa. Que en el taller trabajaban como cuatro obreros. JOSE BENICIO tenía un marcapasos y una que otra vez lo vio con la escoba. Que doña GLORIA en las noches elabora bisutería y se la ofrece a sus vecinas.

La señora **MARÍA DEL CARMEN ARÉVALO BASTIDAS** (minuto. 02:30:20 a 02:43:05 CD No. 2), negociante de ropa y productos de revista, quien no conoce a los demandantes, indica que es vecina de las señoras GUADALUPE y LISSET MUÑOZ, no sabe nada de la relación que pudo haber entre los demandantes y el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, quien tenía un taller de latonería, pero no sabe la dirección ni el barrio, que ella iba donde don LIBARDO a ofrecerle productos de catálogo y perfumes, iba cada 15 días o tres veces al mes y en sus visitas se demoraba de 20 a 25 minutos. Nunca vio a los demandantes en el taller, ni supo de algún tipo de contrato con el señor LIBARDO MUÑOZ. Que el taller lo abría el señor LIBARDO, nunca vio haciendo esa actividad a los demandantes. Que en el taller había un perro grande, el cual permanecía amarrado y era de don LIBARDO, pero desconoce quien le daba de comer al perro. No miró a nadie haciendo aseo al taller el que describe indicando que a un lado tiene la oficina y arriba arrendaba, lo cual sabe porque cuando conversaba con LIBARDO se lo decía. Que cuando iba al taller había dos o tres muchachos y a veces llegaban clientes y era don LIBARDO quien los atendía. No se daba cuenta si había carros. Que los trabajadores eran pintores y mecánicos y en el taller había varias herramientas.

El señor **JOSÉ BENICIO JOJOA TULCAN** (minuto 02:43:05 a 03:08:00 CD. No. 2) en la diligencia de interrogatorio

de parte indicó que don LIBARDO quedó en pagarles \$150.000 mensuales, pero solo lo hizo durante cuatro meses. Que sus necesidades básicas las solventaban gracias a una hija de la señora GLORIA, quien les facilitaba todo. Que a él, el finado le decía que vea a los trabajadores y que ayudara a trabajar. El patrón era el que atendía a los clientes. No intentaron antes cobrar el salario porque el señor LIBARDO les decía después les pago, que igualmente en el tiempo que le quedaba iba a traer comida a los perros y la obligación era tener limpio el taller, siendo una de sus labores abrir y cerrar cuatro veces al día, trabajo que realizaba junto con su esposa. Que el finado mandaba a doña GLORIA a trabajar lavando ropa una o dos veces por semana para que tuviera para comer. Que su esposa en la noche elaboraba bisutería. No demandaron en vida a don LIBARDO porque confiaban en él, y no sabían que iba a morir. Que el piso del taller era en tierra. Tanto él como su esposa estaban pendientes en la noche sobre todo cuando se alborotaban los perros, a quienes alimentaban él o su esposa. Que él se casó con doña GLORIA el 14 de abril de 2007, antes de casarse con doña GLORIA tenía un taller de mecánica en el barrio Agualongo y por eso el finado lo llevó a su taller. Que un año antes de casarse vivió con doña GLORIA y permaneció con ella en el taller 10 años. Que doña GLORIA se demoraba una o dos horas cuando iba a lavar ropa, pero no lo hizo para terceras personas en el sitio donde vivían. Indicó además que ocasionalmente hacía labores de mecánica en el taller del señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ y le pagaban los dueños de los carros que arreglaba.

Por su parte **GLORIA ALICIA NARVÁEZ MARTÍNEZ** (minuto 03:08:00 a 03:35:14 CD. No. 2) manifestó que muy de vez en cuando salía a hacer lavados y aseos una o dos horas. Que en las tardes no podía hacerlo. Don LIBARDO le llevaba comida al perro al almuerzo y la cena les tocaba a ellos, algunas veces la absolvente iba a Bomboná donde una amiga a traer la comida y otras veces don LIBARDO era quien la mandaba al restaurante y ella obedecía, porque él era el patrón y debía obedecer. Que ella a las 7:30 de la mañana abría el taller para que entraran, porque había obreros a las 12:00 cerraba, a las 2:00 abría nuevamente, hasta las 6:00 o 6:30 que don LIBARDO se iba; también hacía aseo al taller. Ella y su esposo vivían prácticamente de la caridad, porque por una o dos docenas que lavaba le pagaban \$3000 y eso no es nada y una persona u otra le llevaba arroz, azúcar, lo que podían. Que no buscó otro empleo porque necesitaba de la vivienda porque era pobre, escasa de recursos y su patrón le dio la pieza para que viviera. Que los contratos de arrendamiento son falsos y ella se lo dijo a la demandada. Su esposo no permanecía acostado en la pieza, él salía a mirar abajo porque la herramienta estaba allí y en el taller había 4 empleados, siendo necesario cuidar las herramientas porque a veces los mismos obreros se la robaban. En una habitación de abajo había un mecánico pero no sabía si era arrendado. Que el señor LIBARDO ponía a ella y a su esposo a lavar carros. Que ella en la noche hacía artículos de bisutería pero eso no le alcanzaba para vivir porque \$1000 o \$2000 no es nada. Que su hijo también trabaja y empezó a hacerlo desde los 18 años. Ella decidió demandar porque había trabajado ya 18 años allí y no es justo que llegaran y la sacaron de un rato para otro. Que luego de quedar sin trabajo, su hijo le solventa la vivienda. No hizo caso a los llamados de casa de justicia porque la iban a lanzar de la pieza y nunca le dijeron que le iban a pagar. Y no dejaba la pieza, porque no tenía donde ir. Que lógicamente aseaba la pieza donde vivía y además donde le mandaban a asear. Nunca llevó ropa de otra parte a lavar al taller, solo lavaba su propia ropa donde vivía. Indica que empezó a trabajar con el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ porque este fue a donde ella trabajaba en el barrio Atahualpa hacia la otra calle, y le dijo que si quería irse a trabajar donde él y lo hizo porque el ofreció pagarle \$100.000 y donde ella trabajaba le pagaban \$50.000. Que cuando ella fue a trabajar llegó con su madre y dos hijos y cuando se casó con JOSE don LIBARDO le dijo que lo llevara para que le ayudara en el trabajo y le ofreció \$150.000, pero solo le pagó durante dos meses y luego le pagó \$70.000, nunca canceló arriendos. Que cuando don LIBARDO le daba la prima de navidad le daba a firmar una hoja en blanco, el día del obrero les daba un pollo. En el taller había soldadores y compresores, esmeril, prensa, entre otras. Que debía asear la oficina, barrerle trapearle y a veces lavarle la cortina y como era su patrón tenía que obedecerle. Que la parte de atrás del taller era baja y la puerta insegura, por eso debían estar pendientes. Que un día se perdieron las boquillas de un soldador y el señor LIBARDO les obligó a pagarle, porque para eso había conseguido trabajadores. Que ella barría el taller desde adentro hasta el andén.

GUADALUPE GUERRERO (minuto 03:35:14 a 03:56:31 Cd. No. 2), en interrogatorio de parte indicó que iba al taller del señor LIBARDO cada 8 días a recibir la semana que él le daba y se quedaba allí un rato, porque luego del divorcio quedaron como amigos. Que en el taller había herramienta costosa, los obreros las colocaban en un sitio y las cuidaba el señor LIBARDO, quien pagaba al vigilante de la cuadra en las noches. Que los desperdicios que se generaban los recogían los oficiales quienes eran los que pintaban. Conoce a doña GLORIA cuando llegó a vivir al taller porque la llevó un hermano de ella que le manejaba un taxi a LIBARDO y él les comentó que las estaban sacando de donde ellas vivían y por medio de él ella llegó a arrendar. Que LIBARDO le comentó en una ocasión que se entraron al taller y hubo un disparo. Que en 2007 como en abril llegó la señora GLORIA a ocupar la

habitación del taller y duraron como unos 2 años y de allí se fueron y después una señora que fue testigo de ella, le dijo a don LIBARDO que la volviera a llevar porque estaban mal y don LIBARDO le contestó que ya tenía otra señora allí y que ella si le hacía el aseo y le pagaba arriendo. Que después de 6 meses GLORIA volvió y permaneció allí hasta que su hija YENNY le pidió desocupar. Que LIBARDO murió el 14 de agosto de 2015 y para esa época la demandante aún vivía en ese lugar, pero antes de abril de 2007 la demandante no vivía con su esposo en ese sitio.

La señora **JENNY LISSETH MUÑOZ GUERRERO** (minuto 03:56:31 a 04:19:20 CD. No. 2) al absolver interrogatorio de parte manifestó que distingue a la señora GLORIA quien era la arrendataria del Taller Master y al señor JOSE quien es su esposo. Que en una ocasión su padre LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, llevó a la señora GLORIA por un problema de salud al centro de salud Lorenzo, donde la absolvente trabajaba. Que ella bajaba en repetidas ocasiones al Taller de su padre y no miraba a los demandantes. Solo vio a don JOSE cuando estaba enfermo, doña GLORIA entraba y ella la saludaba. Que en el taller solo había 3 jóvenes trabajando. En ningún momento una mujer haciendo esfuerzos físicos porque *“uno de mujer no puede trabajar haciendo esfuerzos físicos”* y menos una persona mayor. Que su padre no vivía en el taller. Que con su padre tenía asuntos de negocios, porque él le dijo que le comprara el lote donde estaba ubicado el taller y ella iba a pagarle por pocos. Que su padre siempre permanecía el taller, abría a las 7:30 de la mañana y a las 6:30 de la tarde cerraba, porque el guardaba en el taller la herramienta y dinero. Que en el taller hay una puerta pequeña y era por esa puerta que entraban y salían los demandantes al igual que su padre, quien además tenía contratado un vigilante. Con relación a los contratos de arrendamiento afirma que su padre se confiaba y no le hacía firmar recibos a la señora GLORIA.

Pasa a continuación la Sala a determinar si se encuentran demostrados los elementos esenciales de la relación laboral a saber:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO.

Respecto de este elemento del contrato de trabajo, es menester traer a colación las declaraciones de los testigos CLEMENCIA PIEDAD CÁRDENAS, SEGUNDO IGNACIO ARAUJO y VILMA SOCORRO VILLOTA, quienes al unísono manifiestan que la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ vivía junto con su cónyuge JOSE BENICIO en una habitación ubicada en las dependencias del TALLER MASTER de propiedad del señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ (q.e.p.d.), siendo la citada la encargada de asear el referido taller, abrir y cerrar la puerta, hacer algunos mandados, tal como lo afirman las señoras CLEMENCIA PIEDAD y VILMA SOCORRO, con lo que se demuestra por parte de la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ la prestación personal del servicio, pues si bien los testigos PEDRO VICENTE ERAZO, LIBIA TRINIDAD GÓMEZ ENRIQUEZ y MARÍA DEL CARMEN ARÉVALO BASTIDAS, afirman que no les consta que la señora GLORIA ALICIA o su esposo JOSE BENICIO, prestaran sus servicios en el taller de propiedad del causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, también lo es que el señor ERAZO indicó que hace más de 15 años no frecuenta el taller y ni siquiera recuerda cuando fue la última vez que lo hizo, pero mencionó que en el taller había una habitación para el celador. La señora GOMEZ ENRIQUEZ iba al taller Máster dos veces al mes y su visita no demoraba más de media hora, porque iba a pagar intereses o a recibir dinero de préstamos que le hacía el causante y como ella misma lo indica, ese era su fin primordial, no ir a ver si hacían aseo; mientras que la señora AREVALO BASTIDAS quien manifiesta que nunca vio a los demandantes en el taller de propiedad del fallecido LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, también aclaró que sus visitas al mismo duraban de 20 a 25 minutos 2 o tres veces al mes a ofrecer productos de revista y pese a que afirma que veía al señor LIBARDO ANTONIO abriendo el taller, no indicó a qué hora del día lo veía, ni si sus visitas al taller coincidían con la hora de apertura del mismo. En virtud de lo anterior, se tiene por demostrada la prestación personal del servicio, situación que implica la operancia en el sub judice de la presunción contenida en el artículo 24 del C. S. del T., la cual admite prueba en contrario, por lo que le correspondía a la parte accionada probar que dicha prestación personal del servicio no se dio a favor del señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, o si se presentó, hubo ausencia del segundo elemento del contrato de trabajo.

SUBORDINACIÓN

La Sala procede a verificar si en el sub – examine la parte pasiva cumplió con demostrar la inexistencia del elemento subordinación, para con ello desvirtuar la presunción legal atrás referida.

Volviendo a la prueba testimonial, CLEMENCIA PIEDAD CÁRDENAS y VILMA SOCORRO VILLOTA, indicaron en sus declaraciones que el causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ mandaba a GLORIA ALICIA NARVAEZ a barrer, hacer

mandados como pagar recibos, ir por la comida del perro e incluso lavar los vehículos de su propiedad, a su vez el señor JOSE BENICIO JOJOA indicó que doña GLORIA salía a lavar ropa con permiso del señor LIBARDO ANTONIO, y aun cuando a los demás testigos no les consta que el fallecido LIBARDO ANTONIO MUÑOZ impartiera órdenes a la señora NARVAEZ, ello no significa que no se encuentre demostrado, tal como lo pretende hacer ver la apelante, siendo claro para la Sala que los testigos traídos por la parte demandante son vecinos del taller, frecuentaban el mismo y tenían un conocimiento incluso del lugar, a tal punto que lograron describirlo, además su dicho se basa en hechos que presenciaron directamente, sin que tengan un vínculo con los demandantes que pudiera poner en tela de juicio su credibilidad, testimonios que se mantiene en el tiempo, en la cotidianidad de la rutina del taller, circunstancia que le da un gran valor probatorio, contrario sensu con los deponentes de la parte accionada, cuyas visitas al taller eran ocasionales, lo que permite concluir que no evidenciaron lo que sucedía permanentemente en su interior.

Ahora bien, respecto de los contratos de arrendamiento que militan en el expediente, los cuales fueron allegados al mismo de oficio por el fallador de primera instancia, para la Sala, tal como lo consideró el a quo, con ellos no se logra demostrar la calidad de arrendatarios de los demandantes, puesto que en autos no se acreditó que los mismos hubiesen cumplido con el pago de un canon mensual, elemento esencial de esta clase de contratos, por manera que a la luz del principio de primacía de la realidad, con su celebración, se pretendió disfrazar la existencia de una verdadera relación laboral, cuando además si una persona celebra con otra un contrato de arrendamiento, no debe pedirle permiso para salir como ocurrió con la actora GLORIA ALICIA.

SALARIO

Desde la demanda se indicó que el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ se comprometió a pagar a los actores la suma de \$150.000,00 mensuales, pero no cumplió con ello, dando a los ahora demandantes en contraprestación de sus servicios una habitación ubicada al interior del Taller Máster, en consecuencia, al no estar acreditado por la parte demandada que el causante canceló a la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ salario en dinero, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, el valor de la vivienda, esto es, el salario en especie, no puede exceder del 30% del total del salario, que en este caso se presume el mínimo legal y por tanto, está acreditado el tercer elemento de la relación laboral, sin que sean de recibo los argumentos de la apelante cuando indicó que en el sub exámine, se demostró que no existía la obligación de pagar salario, ni hubo en la demandante el ánimo de exigírselo al causante, quien no obró de mala fe, cuando además la señora GLORIA trabajaba por fuera del taller, pues para la Sala si bien ello ocurrió, tal como lo indicó la propia GLORIA ALICIA NARVAEZ en la diligencia de interrogatorio de parte y se corrobora con el dicho de CLEMENCIA PIEDAD CÁRDENAS y VILMA SOCORRO VILLOTA, a ello acudió ante la falta de recursos para su sostenimiento y el de su cónyuge, cuando además el señor JOSE BENICIO JOJOA manifestó que su esposa GLORIA salía a lavar ropa ajena por orden del señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, persona que para la Sala ejercía una relación de poder frente a la demandante, pues véase como la misma actora en su interrogatorio de parte indicó que ella obedecía al señor MUÑOZ porque era su patrón, que no buscó otro empleo porque necesitaba la vivienda, y es por ello, que lo que inicialmente fue una oferta de trabajo, cuya aceptación por parte de la actora fue voluntaria, terminó convirtiéndose en una situación de explotación, que ante la falta de recursos económicos de la demandante y su familia, la obligaron a permanecer en el sitio de trabajo aun sin percibir salario diferente a aquél en especie, que constituía la pieza en la que habitaba con su cónyuge, circunstancia que se vislumbra como violatoria de los derechos y garantías mínimos de los trabajadores protegidos no solamente en nuestro estatuto sustantivo laboral, sino también en el artículo 53 Constitucional, el Convenio 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, constituyéndose en un derecho humano, pues el percibir un salario le permite al trabajador disfrutar de una vida digna y lograr la autosuficiencia para él y su familia, lo cual evidentemente le fue negado a la señora GLORIA ALICIA NARVAEZ MARTINEZ, quien se vio obligada incluso a vivir de la caridad de sus vecinas, pues quien fuera su empleador, y hoy sus herederos, negaron el reconocimiento de unos derechos ciertos e irrenunciables y a lo largo del proceso, se empeñaron en tratar de demostrar que la relación contractual existente entre la señora demandante y el causante MUÑOZ, era de naturaleza diferente a la laboral, lo que en últimas se traduce en un acto de violencia contra la mujer, atendiendo su condición de vulnerabilidad.

EXTREMOS TEMPORALES

Se indicó en la demanda que GLORIA ALICIA NARVAEZ laboró al servicio de LIBARDO ANTONIO MUÑOZ desde

el 30 de noviembre de 1997 al 13 de agosto de 2005 y del 15 de octubre de 2007 hasta 13 de agosto de 2015, sin embargo el a quo declaró la existencia de la relación laboral desde el 19 de diciembre de 2007 al 14 de agosto de 2015, circunstancia que para la Sala es viable si se tiene como referencia la fecha del primer “*contrato de arrendamiento*”, punto sobre el cual nada dijo la parte apelante, quien en su recurso se limitó a indicar que no se había demostrado la obligación de pagar un salario, teniendo entonces como extremo final la data de fallecimiento del señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, hecho que se demuestra con el contenido del documento de folio 68, a través del cual la abogada conciliadora del Centro de Conciliación, Programa Nacional de Casas de Justicia informó a la señora GLORIA que el contrato suscrito con el causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ finalizó a partir de su fallecimiento.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

Se duele la apelante de esta sanción, que se encuentra consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la ley 50 de 1990⁵, la cual se deriva de la no consignación de las cesantías en la fecha contemplada para tal fin, esto es, el 14 de febrero del año siguiente a su causación, sin que en el plenario se encuentre justificación alguna a la conducta del empleador, no siendo de recibo los argumentos de la apelante relativos a que el señor LIBARDO ANTONIO MUÑOZ obró de buena fe, que en todo caso no se encuentran demostrados y como la apelación versa únicamente respecto de la sanción más no del monto fijado por el a quo, la Sala carece de competencia para revisar la misma y en consecuencia, habrá de confirmarse lo decidido en tal sentido.

DE LA RELACIÓN LABORAL ALEGADA POR EL SEÑOR JOSE BENICIO JOJOA TULCAN

Finalmente y en lo referente a la relación laboral pregonada en la demanda respecto al señor JOSE BENICIO JOJOA TULCAN con el causante LIBARDO ANTONIO MUÑOZ, no obra prueba en autos que determine que el referido demandante hubiese prestado sus servicios personales a favor del señor MUÑOZ, quien además en el interrogatorio de parte por él rendido indicó que cuando hacía labores de mecánica en el taller del causante, los dueños de los vehículos eran quienes le pagaban. Por tanto, al no encontrarse demostrada la existencia de este elemento esencial de la relación laboral, la única conclusión a la que puede arribar la Sala, es aquella a la que llegó el a quo, por manera que es preciso confirmar la decisión de primera instancia en este punto.

Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto dentro del presente proceso.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C.G.P, ante el resultado de la apelación, habrá de condenarse en costas de segunda instancia a la sucesión demandada en favor de la señora GLORIA ALICIA NARVÁEZ MARTÍNEZ debiéndose fijar como agencias en derecho para esta instancia el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$1'475.434,00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁵ El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la providencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), el 27 de abril de 2017, objeto de apelación y consulta, por las razones y fundamentos jurídicos expuestos en la parte considerativa de esta providencia

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a la sucesión demandada a favor de la demandante señora **GLORIA ALICIA NARVÁEZ MARTÍNEZ**, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1'475.434,00, equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. _____ y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO

Secretario Sala Laboral

Sala Penal



Doctores: José Aníbal Mejía Camacho (Presidente Sala), Franco Solarte Portilla, Blanca Lidia Arellano Moreno, Silvio Castrillón Paz.

DELITOS SEXUALES EN CONTEXTO RELIGIOSO – Valoración del contexto en que ocurrieron los hechos sin prejuicios contra la víctima, de manera objetiva y ex ante. / LA VIOLENCIA EN LOS DELITOS SEXUALES – Debe ser la suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. / IN DUBIO PRO REO - El grado de certeza lo excluye de plano - Del análisis del material probatorio aducido al juicio oral y teniendo en cuenta el contexto y entorno vivenciado por las víctimas para la época en que se suceden los fácticos, cual es la iglesia a la que pertenecían y de la cual era obispo el procesado, lo cual implica tener en cuenta las reglas impuestas a su interior, se establece que existe la certeza necesaria sobre la existencia de los hechos y su responsabilidad penal; estableciéndose que las acciones desplegadas en contra de la integridad y libertad sexuales de una de las víctimas, se adelantaron sin su consentimiento y que la violencia ejercida fue suficiente y contundente para vencer su resistencia, no siendo de recibo aplicar ninguna presunción de que había una aceptación tácita de acceder a la relación sexual, estructurándose por tanto el delito de acceso carnal violento; y respecto a la otra víctima, se tipifica la conducta de acoso sexual, al evidenciarse que impuso la posición de jerarquía que ocupaba al interior de la comunidad religiosa, ejerciendo acciones de hostigamiento, persecución y acecho con fines libidinosos; siendo procedente proferir sentencia condenatoria, descartando la posible duda que pregona la defensa./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADA PONENTE: BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Delitos: Acceso carnal violento en concurso con Acoso sexual.
Condenado: IRRM.
Proceso No: 5200156000496 2013 00033
N.I. 10126
Aprobación: Acta N° 15 de septiembre 20 de 2017

San Juan de Pasto, octubre seis (6) de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor del acusado IRRM contra la sentencia dictada el día 25 de abril de 2017, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto impuso sentencia condenatoria en su contra, por hallarlo responsable como autor del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, en concurso homogéneo y heterogéneo con el de ACOSO SEXUAL.

1. LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

De conformidad con la prueba allegada a juicio, se determina que YAPL y su familia, para el año 2009, deciden ingresar a la Iglesia Diócesis del Espíritu Santo, buscando la sanación de una enfermedad que padecía su madre, permaneciendo en sus inicios en una de las misiones de dicha iglesia que se llevaba a cabo en el Barrio Nueva Aranda de Pasto, en la casa de habitación de GAFA y que era orientada por el reverendo "Jeremías" cuyo nombre de pila es LCLE.

En dicha misión se integra al ministerio de alabanza o de música, que al cabo de un tiempo se unificó con el ministerio del templo principal o catedral ubicado cerca al Centro Comercial Único de esta ciudad, que tuvo ocurrencia a raíz de un encuentro de estos grupos musicales el día 6 de enero de 2010, fecha en la cual YAPL conoció al obispo de la iglesia, IRRM, quien tras ganarse la confianza de la precitada y empoderarse frente a ella como un papá espiritual, la empieza a abordar para indagar sobre temas personales e íntimos, determinando entre otros aspectos que no había tenido relaciones sexuales, hasta que en una ocasión la invita a conocer un lugar, a

lo cual Y accedió pensando que no representaba ningún peligro, pero una vez que la recoge en un vehículo, la transporta hacia un sector oscuro y solitario de la ciudad, donde repentinamente la acaricia en su pierna y la besa bruscamente en la boca, hecho que motivó su reacción pretendiendo salir del vehículo; ante ello IRRM decide regresarla a su casa.

Dada la autoridad e imagen que representaba el precitado en la iglesia para todos sus integrantes incluyendo a la familia de YAPL, ella decide ocultar y tratar de olvidar lo sucedido, de manera que continúa en la iglesia manteniéndose en el ministerio de música, donde conoció a su director CACC con quien inició una relación de noviazgo, de lo cual se enteró IRRM, requiriéndole éste a CA para que al interior del templo o en su presencia no realizaran manifestaciones de cariño que pusieran en evidencia dicha relación.

Luego, aproximadamente en el mes de octubre de 2010, YAPL se involucra en una de las actividades de la iglesia que se desarrollaban en la casa de habitación de IRRM, ubicada cerca al templo principal de su iglesia en el barrio La Carolina de esta ciudad, relacionada con unos folletos que se repartirían en contra de las fiestas de Halloween, a lo cual accedió porque en dicho sitio laboraba su media hermana MVPM, como empleada de servicio doméstico, conociéndose que además en dicho lugar se realizaban otras actividades como llamadas a los miembros de la iglesia, entre otras personas por KETD.

Aprovechando que en una de estas jornadas, MVPM termina sus labores antes de la hora acostumbrada y que YAPL se queda sola en la casa, IRRM decide acercarse a ella, e impedirle la salida de la casa cuando terminó su trabajo, empieza a hablarle y a tratar de convencerla de acceder a sus pretensiones libidinosas, llevándola por las gradas que conducen al segundo piso, de las cuales alcanzó a subir unos escalones. Como YAPL manifiesta en varias ocasiones su deseo de irse, empieza un forcejeo, ante el cual RM decide cargarla y conducirla hacia una alcoba ubicada en el segundo piso, donde la lanza sobre la cama y cierra además la puerta de la habitación.

Desconcertada, YAPL empieza a llorar e insistirle en su deseo de marcharse, lo cual no le ofreció ningún reparo a RM, para en su lugar tratar de calmarla y convencerla de sus pretensiones. Como no logra su cometido decide por la fuerza accederla carnalmente pese a la oposición física de YAPL quien se sintió vencida por la superioridad y fuerza física del agresor.

Luego de lo anterior y en medio del silencio procede a llevar a la víctima a su casa de habitación, donde ella nuevamente no comenta de lo sucedido a sus padres y a futuro a nadie de la comunidad religiosa, puesto que IRRM aprovechaba cualquier oportunidad para hacerle pensar que lo sucedido era normal y que si comentaba algo al respecto nadie le daría credibilidad pues estaba su palabra como líder espiritual por encima de la de ella.

Así, YAPL decide continuar en la iglesia porque retirarse implicaba enviar una carta aduciendo el o los motivos, a lo cual no estaba dispuesta por evitar el escarnio público, y así un daño a su familia o a la misma iglesia, ya que RM le inquiría constantemente que nadie le creería y que si alguien se enteraba del hecho, la iglesia podría terminarse y sus almas perderse.

Pasa un tiempo, se dice unos meses, durante los cuales, YAPL se siente asediada, empieza a soñar pesadillas, no duerme bien, llora frecuentemente y la imagen de su guía espiritual se transforma en una figura que le causa dolor psicológico y su salud física también se ve afectada por la falta de sueño.

No obstante continúa en su ministerio de alabanza, y nuevamente sin precisar la fecha se organiza el lanzamiento de un CD de música cristiana de autoría de CACC, a través de un concierto que estaría a cargo precisamente de su ministerio y como quiera que para la fecha fijada, los miembros del mismo debían estar al tanto de los preparativos, IRRM aprovecha el acontecimiento y antes de que iniciara el concierto, so pretexto de ir a su casa a traer unos elementos que hacían falta para la instalación del sonido, lleva a YAPL a su casa. Ella ante la desconfianza que tenía por la actitud del obispo, se queda afuera introduciendo los elementos en el vehículo, no obstante ante la prisa que existía por llevarlos al concierto, RM le ordena recoger otro objeto que estaba al interior de la casa y una vez que logra esto, cierra la puerta; YAPL se percata de lo que su líder religioso pretende y se paraliza, entra en shock, es lanzada hacia un mueble donde le sostiene a la fuerza sus manos llevándolas hacia arriba, y con rabia le ordena que se quede quieta, por lo cual es nuevamente accedida carnalmente.

Ocurrido lo anterior, se trasladan a la iglesia y el concierto se lleva a cabo con la participación del grupo incluyendo a YAPL quien ejecuta la organeta e interpreta una de las canciones.

Estos hechos fueron ocultados por la precitada, hasta que empieza al interior de la iglesia en especial entre los círculos más cercanos al obispo IRRM, a conocerse que al parecer él había tenido relaciones sexuales con algunas mujeres de la iglesia, porque precisamente una de ellas se acerca en actitud de confesión ante el reverendo LCLE y le comenta de este hecho, ello lo lleva a confrontar a RM quien acepta el episodio aduciendo que había caído una vez pero que ello cambiaría.

Sin embargo, en una reunión que realiza RM con varios de sus reverendos, de la cual no se conoce la fecha precisa, decide comentarles que en realidad había tenido relaciones sexuales con cinco mujeres de la iglesia.

LCLE, en principio no hizo mayores críticas como tampoco otros de los que se enteraron de la confidencia, pues se habían acostumbrado a seguir al líder bajo un principio de obediencia sin cuestionamientos y porque además no conocían de las circunstancias que rodeaban los hechos.

Entretanto esta noticia llega a oídos de GAFA, a quien se le informa que al parecer entre las cinco mujeres se encuentra YAPL y aprovechando una visita que ésta le hiciera para llevarle una invitación a una de las actividades de la iglesia, la interroga al respecto y ella en medio de su llanto decide comentarle todo lo sucedido, para luego animarse a presentar la denuncia correspondiente en abril de 2013.

En cuanto a YLG, se tiene conocimiento que ingresa a la iglesia cerca del año 2008 cuando fue invitada por su madre, asistiendo ocasionalmente a las ceremonias y pasado un tiempo ya para el año 2011, ingresó al ministerio de intercesión y adoración, por consejo de IRRM.

Una vez que pasa a formar parte del ministerio en mención, el precitado empezó a dirigirse hacia ella con palabras y frases de contenido personal lo cual le causó sorpresa, porque le decía entre otras "*bombón*", "*amor*", "*mamacita*", o que quería que le diera un hijo, a lo que paulatinamente se unieron acciones físicas como ponerle las manos sobre las piernas o jugar con las tiras de su brasier, para lo cual aprovechaba las salidas de los ministerios o las vigiliass que se extendían durante toda la noche, igualmente le guiñaba el ojo o le enviaba besos desde el altar.

Posteriormente empieza a llamarla y hacerle invitaciones o a ofrecerle llevarla a la casa luego de las jornadas de oración de su ministerio, a lo cual no podía negarse porque su madre y sus compañeras, quienes no conocían lo que estaba ocurriendo y confiaban plenamente en él, la presionaban para que acepte tales ofrecimientos, al punto que lo llamaban "*papá grande*", resultando que en una de esas ocasiones, luego de salir de la jornada de oración del ministerio de intercesión IRRM adujo que la llevaría a su casa pero una vez iniciado el recorrido cambió de destino y se dirigió a su casa, es decir la del precitado, y le dijo que solo tenía que traer un material para el discipulado, ante lo cual le dijo que no quería ir que la deje ahí, él le insistió en que solo iban a traer material por lo cual la llevó, y una vez ahí, él cambió su comportamiento y se lanzó sobre ella, la mandó contra las gradass y se puso encima, trató de besarla y cogerla a la fuerza, pero ella se opuso y se protegió cruzando sus brazos sobre su zona pectoral, lo que le sirvió para que RM no insistiera en sus propósitos lujuriosos.

Ante lo sucedido Y sintió miedo, enojo, impotencia, desilusión, resignación, al no poder hacer nada y no contar a nadie lo que le estaba ocurriendo, pues temía que su agresor adoptara represalias en contra de su esposo quien era también ministro de la iglesia, a la par que empezó a hacerla sentir culpable de lo que pasaba, inclusive ella atribuyó el hecho a su condición de ser mujer.

Todo este proceso se dio aproximadamente por espacio de tres meses, y de manera constante porque ella iba muy frecuentemente a la iglesia y cuando no iba él la llamaba e iba a su casa.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Por los hechos anteriores, la Fiscalía solicitó orden de captura en contra de IRRM, la que fue emitida por el Juzgado

Noveno Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto el día 3 de abril del año 2014¹ y que fue cumplida el día 22 de septiembre del año 2014.

La Fiscalía presentó al señor RM el 23 de septiembre de 2014, ante el Juzgado de Garantías correspondiente², donde se llevó a cabo la audiencia preliminar concentrada, que declaró la legalidad de la captura.

En la imputación que no fue aceptada por el precitado, la Fiscalía le atribuyó cargos como autor a título de dolo, de los delitos de Acceso Carnal Violento agravado por la confianza, conforme al artículo 205 y 211 del C.P., y Acoso Sexual, según la tipificación contenida en el artículo 210 A del mismo código; estos delitos cometidos en concurso material y homogéneo.

Luego de la imputación, ante solicitud de imposición de medida de aseguramiento intracarcelaria que realizó la Fiscalía, el señor Juez accedió a la misma y giró la correspondiente boleta de Detención.

Prosiguiendo el trámite correspondiente, el ente investigador, presentó escrito de acusación el 27 de noviembre de 2014, luego de lo cual, el 13 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, manteniendo los términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se celebró el 8 de septiembre de 2015, mientras que el juicio oral tuvo lugar durante los días 15, 16 y 17 de marzo de 2016 y 5 y 6 de julio del mismo año, fecha esta última donde la Judicatura emitió sentido de fallo condenatorio.

El 25 de abril del 2017 se realizó la audiencia de individualización de la pena y lectura de sentencia, la cual fue apelada por el abogado que asiste los intereses judiciales del procesado.

3. LA SENTENCIA APELADA

La señora Jueza de primera instancia, registra los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida una breve reseña de los fácticos y un resumen de los alegatos presentados en juicio por parte de la Fiscalía, la representante de Víctimas y la defensa.

Pasa luego a hacer la valoración jurídico probatoria, para lo cual se introduce en el estudio de los testimonios recibidos, en sede de juicio oral, de la víctima YAPL, de GAFA, de EAB, de LCLE, la pericia del Dr. OSWALDO PEÑA HERNANDEZ, y el examen sexológico introducido a través de la médica legista, Dra. MAGALY DEL SOCORRO REALCE PALACIOS.

Procede a demostrar la veracidad del dicho de YAPL, a través de un proceso de corroboración periférica, para lo que se tiene principalmente los testigos de descargo MP (media hermana de YAPL) y de KETD, quienes confirmaron que para la época de Halloween del año 2011, YAPL fue a la casa del acusado con el fin de realizar llamadas y elaborar panfletos en contra de dicha celebración. Por su parte MP confirmó el dicho de la víctima, en punto de que la primera vez que el agresor la accedió fue un día en que la prenombrada abandonó la vivienda de este, donde desempeñaba labores domésticas.

Así mismo se ratificó el testimonio de YAPL, por medio de MP, en cuanto al lugar de los hechos; la precisa distribución de las habitaciones de la casa de su victimario en el primer y segundo piso, lo que a juicio de la *quo* se debe porque estuvo allí con ocasión del trágico suceso.

Considera, que otro elemento de corroboración periférica es el cambio de comportamiento de la víctima del que dieron cuenta los testigos: GAFA, EAB Y JCCC; quienes sostuvieron, se trataba de una joven espontánea y alegre y sin explicación alguna, se miraba taciturna, abatida y doliente, lo que deja ver el daño psíquico, descrito por la

¹ Acta No. 125 Juzgado Noveno Con función de Control de Garantías

² Acta No. 407 Juzgado Cuarto Penal Municipal.

ofendida, causado a raíz del ataque sexual.

Daño que finalmente fue constatado por el Dr. VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, al evidenciar, en la víctima, temor y rechazo hacía el sexo opuesto, pesadillas revivenciales, conducta evitativa, recuerdos intrusivos y depresión, signos compatibles con un estrés postraumático.

Respecto del segundo episodio se tiene que OMCD Y ENJ, certificaron que antes del concierto de lanzamiento del Cd de C, hicieron falta unos cables, mismos que IRM, fue a traer en compañía de YAPL, ocasión que aprovechó el agresor para accederla sexualmente por segunda vez.

Del testimonio de YLG, se tiene que este ratificó a YAPL, al referirse al *modus operandi* del agresor, y en segundo lugar, al uso que hizo el precitado de la jerarquía que ostentaba en la congregación, para manipular a las víctimas y lograr que no lo denunciaran. Finalmente da cuenta de cómo RM la asedió y acosó con fines sexuales (llamándolas, besándolas, guiñándoles el ojo)

En segundo lugar, pasó a analizar el concepto pericial del psicólogo forense Dr. VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, quien, luego de entrevistar a YAPL, y evaluar su contenido concluyó que su relato ofrece un grado importante de validez y credibilidad (estructura lógica, narración fluida, engranaje contextual, interacción de relaciones); detalles temporo-espaciales, asociaciones externas, descripción de su estado mental subjetivo (me paralicé) y del victimario (estaba ansioso), auto desaprobación, lenguaje vivencial y no verbal a tono con los hechos (llanto, ojos aguados).

Manifestó, que si bien es cierto en el texto del informe pericial no aparece expresamente redactado el objetivo de la peritación, como el título de conclusiones, es evidente que el objetivo del mismo fue el de determinar si YAPL, fue objeto de abuso sexual, concluyéndose que sí.

Concluye, que los testigos de descargo OMCD, ENOJ, YNCJ, KETD, al referirse acerca del excelente comportamiento de su pastor dentro de la congregación, no logran desvirtuar la acusación, por lo que no determina categóricamente que YLG y YAPL hayan mentido, en tanto, confabuladas con los reverendos expulsados por el señor RM, mediante carta del 20 de julio de 2012, pretendían expulsar al prenombrado y apoderarse de su congregación.

En ese mismo sentido afirma, que la teoría de la defensa, en cuanto a la venganza en contra del acusado, queda en meras conjeturas, esto debido en primer lugar a que la denuncia por la que se conoció los hechos se dio en el mes de abril 2013, mientras que la expulsión de los reverendos sucedió el mes de julio del 2012, lo que evidencia la falacia de la teoría defensiva, pues como lo demostró el testigo LCLE, ante la decisión de disolución tomada por el obispo, la actitud de los reverendos fue de absoluta obediencia, por lo que cada uno tomó su camino y formó nuevas iglesias. Circunstancia que no desvirtúa la defensa.

Finaliza afirmando que respecto del complot y los sentimientos de venganza de los reverendos contra el acusado, sólo se tienen insumos probatorios inocuos (suposiciones-testimonio de oídas), frente a la contundencia de los argumentos fácticos de la acusación.

Con el anterior análisis probatorio, el despacho de primera instancia, concluyó que lo manifestado por YAPL, es creíble, y brinda un conocimiento más allá de toda duda respecto de la ocurrencia de los hechos y su imputación objetiva en cabeza del acusado RM.

Así, no existe una duda razonable respecto de la existencia de la conducta punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO y ACOSO SEXUAL, y en cuanto que el autor fue el acusado RM.

Ahora, en lo que respecta a las circunstancias de agravación del Art. 211 numeral 2º del C.P, ellas se encuentran configuradas, dado la posición de autoridad que ostentaba el agresor, frente a YAPL y YLG, vínculo que no fue controvertido por la defensa.

Finalmente el despacho de primer nivel, refirió lo concerniente al tipo subjetivo de las conductas punibles, que es doloso, en atención al conocimiento del ilícito por parte del IRRM, quien vulneró sin justa causa el bien jurídico

protegido de la libertad, formación e integridad sexual de la víctima, y actuó con culpabilidad, porque para ejecutar su conducta, se aseguró de estar a solas con la víctima, deliberadamente planeó y ejecutó los injustos, de ahí que abusó de las condiciones de inferioridad física y psicológica de YAPL y YLG

Así pues, quedó demostrado que la conducta del procesado además de ser típica y antijurídica es culpable y por tanto merecedora de la pena legalmente correspondiente.

4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Parte la defensa, argumentando que no se acreditó en juicio la calidad de Psicólogo forense del Dr. VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNANDEZ, cuyo peritazgo, la Jueza de primera instancia tomó como base para proferir su sentencia. Sienta su inconformismo en el hecho de que según lo preguntado al mencionado perito en el juicio oral, esto es, si tenía una especialización en Psicología Forense al momento de realizar la entrevista a la víctima (21 de febrero de 2014) responde: *"NO- en este momento la estoy realizando"*³ (17 de marzo de 2016), dejando claro que no ostentaba la calidad de Psicólogo Forense al momento de realizar la entrevista, ni cuando declaró sobre la misma en sede de juicio oral. Lo anterior en concordancia con lo consagrado en el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal que establece las cualidades para ser perito.

Manifiesta, que en el informe base presenta varias inconsistencias, empezando por el error del perito al consignar, que la víctima se trataba de una menor de edad, lo que a su vez conlleva a que se haya realizado toda la valoración Psicológica con base en ese ideal. Lo que se corrobora de lo aludido en la audiencia de juicio oral, en punto de la existencia de un consentimiento informado otorgado por la víctima⁴ y que es requerido para la valoración de un menor de edad, mismo que fue firmado por la defensora de familia, pero que no fue introducido al proceso, a pesar de lo manifestado por el perito quien afirmó se encontraba anexado al informe base.

De igual forma, señala que dentro de las técnicas empleadas para la valoración, PEÑA HERNÁNDEZ anotó textualmente: *"Guía DG-M-GUIA.09-V01 para la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales. Vigente desde 2010-02-22"*, otro error que no fue valorado por la jueza de primera instancia.

Busca a través de la testigo de descargo, la Dra. MARÍA PAULA CHICUREL PACHÓN, demostrar que en la realización del informe en cuestión, no se aplicaron los métodos y técnicas exigidos por la ciencia nacional e internacional, para lo que presenta un contrainforme, el cual fue realizado a través de la técnica de análisis de contenidos, que pretende identificar qué fue lo que se hizo por parte del perito y si esto se ajusta a la metodología existentes en el ámbito Psicojurídico y Forense, concluyendo a lo anterior, que el informe y posterior testimonio rendido por el señor PEÑA HERNÁNDEZ contaba con varias falencias y dificultades.

Manifiesta la defensa, que en el relato de la señorita YAPL, existen innumerables contradicciones, que no fueron tenidas en cuenta por la *a quo*, que de haber sido valoradas correctamente no se hubiera dictado una sentencia condenatoria en contra, pues no se logró desvirtuar a través del mencionado relato, la presunción constitucional de inocencia que protege al señor RM. Entre las inconsistencias encontradas destaca las siguientes:

En relación al primer hecho, recalca errores en las manifestaciones realizadas por la víctima en la entrevista frente al Psicólogo y las realizadas en la audiencia de juicio oral.

En cuanto a lo que concierne al segundo hecho, cuando supuestamente el señor RM la cargó y subió por las gradas para luego accederla, afirma que la víctima aseveró *"a lo que yo llegué me tiró a la cama"* lo que a criterio del defensor deja entrever que nunca fue cargada, sino que se dirigió de manera voluntaria a la habitación.

³ Record: 1:49:00-1:50:00

⁴ Record: 25:45

Frente a lo anterior, dice haber demostrado con el testimonio de MP, el hecho de que las dimensiones de las escaleras de la casa (angostas) del acusado no hubieran permitido que este, una persona grande y robusta, cargara a la víctima. Lo que deja sin piso lo dicho por la jueza de primera instancia al afirmar sin prueba alguna que la arquitectura de la casa hace que la misma tenga escaleras anchas.

En ese mismo sentido, recalca que se pone en duda el dicho de la víctima en tanto menciona un sangramiento que manchó las sabanas cuando supuestamente fue accedida y evento que solo pudo haber sucedido si la víctima entró con el acusado a su cama, siendo imposible en ese entendido que el prenombrado la haya empujado a las cobijas, tal como lo dijo en su relato YAPL.

Encuentra inconsistencia en lo relatado respecto a la dificultad para salir de la congregación, situación que fue mencionada por la supuesta víctima, pero que fue desvirtuada por varios de los testigos que rindieron testimonio en juicio, pues los mismos dijeron que no existía ningún obstáculo que impidiera la salida de la iglesia, en ese sentido se manifestó CC quien afirmó haber salido de la congregación en varias oportunidades, la última en compañía de su novia, la señorita YAPL.

Considera la defensa que respecto de la ocurrencia del tercer evento, esto es los hechos que corresponden al lanzamiento del Cd de CC, el mismo fue desvirtuado con los testimonios de KET, YC, ENO Y LCC, quienes manifestaron que la víctima nunca salió del lugar donde se realizó el concierto y los dos últimos dan cuenta de que fueron ellos quienes se dirigieron a traer los cables que hicieron falta.

Posteriormente y en lo que refiere a la actitud tomada por YAPL, según lo dicho por testigos de la Fiscalía: se tornó una mujer callada, triste, acongojada, con miedo hacía el género masculino, dice la defensa que no corresponde con lo demostrado en juicio, en parte por el testigo de la Fiscalía, CC, quien fue novio de la supuesta víctima y quien dejó claro que pasaba mucho tiempo con ella; salían a comer, permanecían en su casa, lo que deja entrever que no existió tal animadversión hacía el género masculino como producto del supuesto hecho delictual.

Frente al testimonio de la supuesta víctima de acoso sexual, YLG, encuentra la defensa que no se probó en juicio la presión (guiños, abrazos) por parte del señor RM, del que hizo mención la prenombrada.

De igual manera encuentra inconsistencia al momento de responder la pregunta de cuándo se dio su retiro de la iglesia, responde a la defensa que inmediatamente después de la carta que RM envió a los reverendos y ante el mismo cuestionamiento realizado por el ministerio público respondió que su salida se dio dos meses después de la mentada carta.

También se contradice al afirmar en un primer momento, que no puso en conocimiento de las autoridades los supuestos hechos acaecidos porque no quería ser tropiezo para que las personas dejaran de creer en Dios, y posteriormente afirmó que se debió a que tenía miedo que el señor RM le hiciera algo a su esposo.

Respecto del examen sexológico realizado a YAPL, practicado por la Dra. MAGALY DEL SOCORRO REALCE, afirma que solo puede inferirse que YAPL, ya no era virgen y que eso se debió a un desfloramiento antiguo, por lo que de ninguna manera puede relacionarse esto con una posible conducta delictual de su prohijado.

Concluyó, el señor defensor considerando que no existe prueba alguna contra su representado, que con grado de certeza determine su responsabilidad penal en el delito que se le acusa, siendo imposible desvirtuar la presunción de inocencia constitucional que lo cobija.

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo proferido contra IRRM y en consecuencia absolverlo de toda responsabilidad.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Esta Corporación, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la

decisión emitida el día 25 de abril de 2017, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a los cuestionamientos elevados por la defensa apelante, la Sala verificará si la prueba allegada al juicio, permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del señor IRRM para proferir en su contra sentencia condenatoria.

Para asumir una posición frente a lo anterior, será necesario resolver de manera previa los siguientes aspectos, en relación a cada una de las víctimas:

¿Se presentó consentimiento por parte de YAPL para que tuvieran lugar los accesos carnales por parte de IRRM, obispo de la Iglesia Diócesis del Espíritu Santo, a la cual pertenecía la precitada como integrante del ministerio de alabanza o música?

Como problema subsidiario relacionado con los hechos en los que se ve inmiscuida YAPL, se determinará si el concepto psicológico rendido por VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ pierde validez y confiabilidad frente a los reparos realizados por la psicóloga MARIA PAULA CHICUREL PACHÓN, presentada por la defensa como prueba de refutación.

Respecto de los otros hechos que se atribuyen a IRRM, se determinará si su comportamiento como obispo de la Iglesia Diócesis del Espíritu Santo frente a YLG quien pertenecía al ministerio de intercesión o de oración, se tipifica como ACOSO SEXUAL.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

Siendo adversa la decisión de fondo adoptada en el primer nivel, para la situación jurídica del procesado, la verificación legal debe realizarse conforme a los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, que indican que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Agregando en la última de las normas, que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Ahora para arribar a la solución de los problemas jurídicos planteados se analizarán las especificidades respecto de cada una de las víctimas, YAPL y YLG, aunque como se verá, algunas circunstancias se presentan como comunes en ambos casos.

5.3.1. Los hechos relacionados con YAPL

Para este caso, en lo fundamental la defensa durante la audiencia de juicio oral y siendo persistente en ello en la sustentación de la apelación, aparejó como pilares en contra de la prueba de cargo, dos aspectos fundamentales, el primero centrado en poner en evidencia que las relaciones sexuales que se atribuyen a IRRM realizadas con YAPL fueron consentidas por ella y el segundo en relación a la ausencia de poder suasorio por parte del concepto psicológico rendido por VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ quien encontró signos y síntomas clínicos compatibles con Trastorno por Estrés Postraumático relacionado con los hechos que se atribuyen a RM.

Presenta además como estrategia defensiva poner en evidencia que no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia que ampara a su prohijado, ante las dudas que surgen conforme a la prueba ventilada en la audiencia de juicio oral.

De ahí que resulta pertinente como primera medida determinar si YAPL consintió que IRRM la accediera carnalmente, lo que a su vez será examinado en cada uno de los dos hechos que ella dio a conocer en su relato.

Para ello es menester hacer claridad que en el tema de la sexualidad no existen reglas de la experiencia que permitan admitir en el ámbito jurídico, presunciones tácitas de consentimiento, ni patrones culturales generalizados que lleven a admitir tales presunciones. Por esa razón se debe dejar de lado, aquellas frases coloquiales presentes en las conversaciones del común de las personas, cuando se piensa que si una mujer responde negativamente ante una insinuación lujuriosa es porque la acepta, o que si una mujer accede a la invitación de un hombre para ir a pasear, a una comida o a su casa de habitación es porque automáticamente está consintiendo en que sea accedida carnalmente o que en contextos de obediencia como los laborales o ahora los religiosos, la mujer debe ser sometida a tocamientos libidinosos aún sin su consentimiento, como parte de un derecho de quien ocupa el cargo de nivel superior u ostenta un nivel de autoridad.

Por lo anterior resultó pertinente la cita jurisprudencial que retoma la *a quo* y que ya esta Corporación ha empleado en decisiones anteriores, respecto del tipo de violencia que se incluye en el tipo penal que se estudia, que puede ser física o moral, la primera que puede ser efectiva o tácita, poniendo en evidencia que puede existir un tipo de fuerza que hace parte del juego erótico, y recordándose que la ley no exige que la violencia tenga connotaciones de gravedad o brutalidad, bastando probar la seriedad del ataque o la amenaza, la desproporción de fuerzas y la vulnerabilidad psíquica o física del sujeto pasivo que se ve impelido a demostrar su oposición mediante el llanto, las súplicas o su rechazo.

Resulta también fundamental en el presente caso, valorar el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima, y además a fin de determinar si la violencia ejercida fue suficiente para doblegar su voluntad, adelantar una valoración de manera objetiva y *ex ante*.

El entorno de la víctima ha sido reconocido como relevante a la hora de analizar este tipo de asuntos, en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “*Convención De Belem Do Para*”, que fue adoptada en Colombia, con la Ley 248 de 1995. En dicho instrumento jurídico internacional, se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

En específico, la Convención, en su artículo 2º, literal b, establece:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

*b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o **cualquier otro lugar**”.* (Negritillas fuera de texto)

Por esta razón, para estudiar el caso en concreto, es importante contar por un lado con un acercamiento al contexto en medio del cual se desarrollan los hechos y por otro lado contar también con una aproximación al perfil de las víctimas, al menos con base en lo que se puede percibir a través de los diferentes testimonios aducidos en juicio.

Lo anterior permite a esta Sala abordar el entorno en el cual se ubican las víctimas YAPL y YLG, pero sin que se tenga que limitar al espacio físico que lo pueden representar el templo en el cual se desarrollaban las eucaristías o encuentros de oración y adoración religiosas y la casa de habitación de IRRM, donde también se realizaban actividades de difusión y acompañamiento a los miembros, pues conforme a la norma citada puede comprender además la comunidad religiosa a la que ellas pertenecían, la que era liderada por el precitado como su guía espiritual.

No es menester abordar las disquisiciones que se pueden presentar, para encasillar ese entorno como una iglesia, una doctrina o una secta, según las explicaciones que de manera didáctica brindara el testigo LCLE quien perteneció a esta comunidad y luego de que fuera separado de ella decide estudiar teología. Lo importante aquí es determinar algunas de las características, de las reglas, del manejo interno que se realizaba por parte del líder, su estructura, las sanciones, y la influencia que se pudiera ejercer en sus miembros, así como la obediencia debida en ocasiones sin cuestionamiento alguno.

Ello es importante conocerlo, para comprender el nivel de confianza adquirido por las víctimas y el impacto generado en ellas por el comportamiento asumido por IRRM.

Entonces, se presentan varios testimonios a través de los cuales se aporta información que permite construir su trayectoria.

Se determina así que la comunidad se presentó como una iglesia denominada Diócesis del Espíritu Santo, liderada por su obispo, IRRM, como así lo revela uno de sus reverendos LCLE, persona que ingresó a la misma hacia los años 2003 o 2004 buscando sanación de una enfermedad que padecía. Menciona además que el obispo se presentó al inicio como católico independiente basado en la doctrina de María, luego como pastor, y más tarde como anglicano.

También hace un recuento que abarca un gran período de la historia de la comunidad, EABC, quien ingresó en el año de 1999. Manifiesta que al inicio se denotaba una espiritualidad muy bonita y miraba a RM como un buen maestro, pero luego se gestó un cambio en él, y según su percepción, hacía que la iglesia se convirtiera en una secta ya que se alababa al ministro y no a Dios, en la que el liderazgo se ejercía con autoritarismo por lo que la falta de obediencia daba lugar a sanciones, situación que motivó su primera salida en el año 2006, aunque luego reingresaría en varias ocasiones.

En todo caso, la doctrina de RM fue acogida por muchas personas, llegando según el testimonio de otro de sus sacerdotes ENOE, a tres mil miembros.

En cuanto a las motivaciones que llevaban a diferentes personas a adherirse a la doctrina de IRRM, según todos y cada uno de los testimonios, fueron diferentes, algunos buscaban sanar sus dolencias físicas como ocurrió con LCLE, o las de sus madres como sucedió con una de las víctimas YAPL y la feligrés KETD, o por invitación de terceras personas como así lo expresaron CACC y YNCJ, o porque buscaban algo diferente a la iglesia romana según lo expresó ENOE. En todo caso, IRRM se consolidaría como la cabeza principal de la comunidad religiosa.

En lo que respecta a la estructura y sus reglas, dan información los miembros más antiguos, entre ellos EABC, LCLE, ENOE y GAFA. Se determina con tales testimonios que el ingreso se daba en calidad de feligreses, y si había alguna aptitud especial hacia la danza, el canto o la oración, entre otras, podían ingresar a algún ministerio, para lo cual debían alinearse con Dios, participar en sesiones de liberaciones, consejerías espirituales y otros servicios a manera de discípulos.

Por otro lado, podían avanzar en la jerarquía, aunque al parecer ello no era uniforme, se tiene que LCLE inició como feligrés, pasó a ser fraile y finalmente fue ordenado sacerdote y ENOE inició como acólito, pasó a diaconado, sacerdote, episcopado y al final Obispo auxiliar.

En la estructura que conoció YAPL⁵, se encontraba como líder el acusado, luego estaban los reverendos quienes debían asistir a la iglesia, también eran los encargados de visitar las familias, dirigir misiones en otras partes, oración y demás, luego de lo cual estaban los diferentes ministerios de alabanza (música), danza, intercesión (oración), liberación y de jóvenes.

Asimismo, cuando lo autorizaba o lo ordenaba RM se conformaban misiones que eran una especie de sucursales que dependían de la iglesia principal, que se organizaban en barrios como Nueva Aranda en la casa de GAFA, a cargo del Reverendo JEREMIAS cuyo nombre de pila era LCLE, y el barrio las Palmas a cargo de ENOE.

Ahora en lo que concierne a RM su imagen como líder espiritual es unánime tanto para los testigos de cargo como los de descargo.

⁵ CD 5 – Juicio oral – Cuarta Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 01:51:37

Así por ejemplo, una de sus víctimas YLG explica que lo conoció en sus inicios como un hombre íntegro, que generaba confianza, que aplicaba lo que predicaba, lo describe como un hombre de testimonio que para ella es aquel que cumple con la palabra⁶, aunque luego conocería otros aspectos de su personalidad que la desconcertarían.

Para GAFA era un hombre de alto prestigio y buen discernimiento de la palabra⁷. LCLE lo miraba como persona espiritual y que motivaba obediencia.

Las jóvenes YNCJ y KETD, le atribuyen inclusive dones de sanación, y lo consideran como un padre para ellas, imagen que también se insertaría en la intelección de la víctima YAPL quien manifiesta que lo miraba como un “*papá espiritual*”⁸, todo ello consistente con lo que declarara otro de los sacerdotes ENOE quien describe el trato del acusado para con los miembros de su iglesia como paternal.

En lo que se difiere, es en el conocimiento que se tiene de RM como ser humano, con necesidades no solo espirituales sino también materiales entre las que se incluye su sexualidad, esta última, por supuesto no podía de ninguna forma ser ventilada ni conocida por todos sus seguidores, si acaso por los más cercanos a su línea de poder, o aquellas personas a quienes directamente se acercaba el acusado, razón por la cual ninguna idea podían tener al respecto aquellos que se mantuvieron en la feligresía como YNCJ. La doctrina en este punto no fue dilucidada en el juicio, aunque se conoce que era casado lo que implicaría que no se impone en su comunidad el celibato, por lo demás no se hace referencia en concreto respecto del apoyo a la monogamia o a la poligamia, tan solo la alusión superficial que hiciera YAPL quien calificó su comportamiento como contradictorio cuando en el púlpito atacaba el adulterio, pero a nivel personal buscaba a otras mujeres, además de su esposa.

Y no era tan clara la doctrina de RM en cuanto al tema de la sexualidad o del matrimonio, al menos para quienes se presentaron en juicio, pues al ser reconocido como un guía espiritual, citado por algunos como un hombre llamado por Dios, se mostraron confusos cuando se enteraron que se había casado. Pero una vez superado este punto, de alguna forma se aceptó como normal y de hecho varios de sus reverendos también eran casados. Así, al menos en los entornos más cercanos al líder religioso, la sexualidad tuvo un aval, cuando éste admitió que había tenido relaciones sexuales con cinco mujeres de la iglesia, claro está, porque como lo explica LCLE no se conocían los detalles en cuanto a la forma o métodos empleados por RM para doblegar la voluntad de aquellas que se convertían en su objetivo de tipo sexual.

Conocidos algunos elementos de la iglesia a la que se integraron YAPL y YLG, se pasa a determinar aspectos de su perfil, especialmente de la primera, en razón a que con ella se consumó el acceso carnal según su relato y el resultado obtenido en el examen sexológico.

Encuentra la Sala que dadas las limitaciones que surgen en cuanto al principio de inmediación para el trámite de segunda instancia, en este caso se disminuyen en alguna medida porque el testimonio de YAPL fue registrado en video a través del cual se visualiza en algunos apartes la imagen física y actitud gestual de la mujer que hace un relato tan pormenorizado de lo que a ella le aconteció que invirtió un lapso prolongado de tiempo de 2 horas y 49 minutos aproximadamente sin contar el receso. Pero a la vez fue muy significativo que la defensa aportara a través del testigo ENOE un álbum fotográfico en el que se registraron varias imágenes del concierto en el que participó el grupo musical al que ella pertenecía para la fecha en que se registró uno de los episodios por ella relatado en el que fue accedida carnalmente por IRRM.

Las imágenes del concierto, aunque no se haya establecido la fecha del mismo, permiten determinar la presentación física de YAPL para esa época, como una mujer muy joven, baja de estatura y de contextura delgada, aproximándonos así a la mujer de entonces y no a aquella que declara en juicio casi cinco o seis años después, y que conforme a su relato⁹ y el de sus compañeros era quien ejecutaba la organeta.

⁶ Juicio sesión marzo 16 de 2016 Minuto 00:37:58

⁷ Juicio Cuarta sesión marzo 16 Minuto 00:07:14

⁸ CD 5 – Juicio oral - Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:36:55

⁹ CD 5 – Juicio oral - Tercera Sesión marzo 15 de 2016. Minuto 00:22:20 ella adquirió la organeta con el pago de la práctica realizada en el SENA

Revisemos entonces el relato de YAPL quien declara en juicio oral el 16 de marzo de 2016, pero contextualizado para la época en que ocurren los hechos años atrás, y ubicando en el mismo la imagen de la mujer que quedó registrada en el álbum fotográfico presentado como prueba documental por parte de la defensa.

YAPL, explica que ingresó a la iglesia liderada por el acusado por iniciativa de su madre quien padecía de un problema de salud, y con el interés de alcanzar una sanación ya que se había escuchado por ese entonces de los poderes de curación de dicha comunidad. Esta incursión no fue realizada directamente en el templo principal entendido éste como el espacio físico donde se desarrollaban las eucaristías, sino en una de las misiones, específicamente en la del barrio Nueva Aranda de esta ciudad que se llevaba a cabo en la casa de la señora GAFA, ahí le llamó la atención el tema de la música y ante ese interés al interior del grupo se hacen contactos con otro integrante de la iglesia EABC quien empieza a dictarle clases de canto y de algunos instrumentos musicales especialmente la organeta.

Así YAPL ingresaría al ministerio de alabanza como se denominaba a los grupos musicales de la iglesia, pero ligado a la misión del barrio Nueva Aranda, hasta que se realiza un encuentro de estos ministerios en la catedral o templo principal ubicado cerca al Centro Comercial Único de esta ciudad, lo cual se llevó a cabo el 6 de enero de 2010.

Es en esta fecha cuando YAPL conoce al acusado IRRM, en medio de la relación normal entre el pastor o sacerdote y sus feligreses, pero ante la acogida que tuvo el grupo entre la comunidad el precitado decide integrar los ministerios de alabanza de Nueva Aranda y del templo principal, en dicha unión conocería a CACC otro joven dedicado a la música quien sería designado director del ministerio y con quien más adelante entablaría una relación de noviazgo.

Con el tiempo y dado que los ensayos del ministerio al que pertenecía YAPL se adelantaban en el templo principal, empieza un contacto más directo con el obispo quien logra, como era normal entre sus feligreses ganar la confianza de Y al punto que ella empezó a verlo como un padre como así ocurrió también con varios de los otros miembros de su iglesia, si retomamos por ejemplo los testimonios de KETD y ENOE.

Con el grado de confianza adquirido y la imagen generalizada y difundida entre todos los integrantes de la iglesia que miraban a IRRM como un padre, como un guía espiritual, él empieza un contacto más directo con YAPL y poco a poco la aborda inquiriéndole para conocer detalles de su vida personal que en principio eran sobre temas relacionados con su vida espiritual y su educación pero que luego la empezaron a incomodar como cuando terminaron una vigilia¹⁰ y realiza un interrogatorio que al final incluyó el tema de su sexualidad hasta lograr su cometido enterándose que para ese entonces Y no había estado en la intimidad con nadie.

Con ese grado de confianza y con el pensamiento que hasta ese momento tenía YAPL, quien en su interior entendía que siendo un hombre de Dios no podía causarle ningún daño acepta una invitación¹¹ para según le dijo conocer un sitio especial, por lo cual la va a recoger cerca a su casa en un vehículo que antes no le había visto conducir, más sin embargo el acusado la traslada hacia un lugar solitario y oscuro, donde deja de lado las preguntas personales e íntimas para tocar su pierna cerca al muslo, besarla en la cabeza y luego de manera brusca en la boca, pero como mirara la reacción de Y, quien le dijo que la suelte y forcejeó intentando salir del carro, el acusado decide llevarla de regreso a su casa, en cuyo trayecto guardan silencio, hecho que Y ocultó a su madre dada la investidura que ostentaba para ella y su familia el acusado IRRM, además que le daba vergüenza contar sobre el suceso.

La víctima relata también¹² que posteriormente se la involucra en una actividad para distribuir panfletos en las fiestas de Halloween de octubre, para lo cual debía ir a la casa de habitación del acusado, y que aceptó porque ahí trabajaba su media hermana M como empleada de servicio doméstico, sin que se presentara ningún inconveniente hasta que un día su hermana sale antes de lo acostumbrado, cerca de las dos de la tarde y se queda sola hasta que observa que llega el acusado sube al segundo piso y luego baja, y va a la cocina, acción que repitió en varias ocasiones, mostrándose ansioso.

¹⁰ CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:42:49

¹¹ CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:46:45

¹² CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:59:24

Luego ella termina su trabajo y pretendió salir a coger taxi ante lo cual el acusado le dijo que no se vaya y la invitó a ver televisión, con la idea de que vaya al segundo piso, a lo cual no accedió, y ella le insistió en que estaba tarde y que sus padres podrían preocuparse, ante lo cual la coge del brazo y de la cintura, y le dijo que estaba muy bonita, y como se siente incómoda enseguida da un paso con la intención de salir de la casa, acción que generó que él la sujetara más fuerte, y le ofreció llamar a sus padres para decirles que él la llevaba en el carro. Ella le dijo que no y en más de una ocasión le dijo “yo me voy”, sin darse cuenta había avanzado algunos de los escalones, pero luego empezó a forcejear intentando salir, sin embargo él la sujetó fuerte en los brazos y la llevó cargada al segundo piso, hasta una habitación, donde la tiró a la cama, procediendo enseguida a cerrar la puerta. Ella empezó a llorar y se ubicó en una esquina de la cama ante lo cual él trataba de tranquilizarla sin acercarse.

Ante tal situación ella le pidió que la dejará salir, estaba asustada y nerviosa y él le decía que no se preocupe que se relaje, y miró que estaba como con una especie de pijama, pero ella seguía ofuscada y azarada, y aunque él trataba de calmarla, hubo un momento en que se cansó y la sujetó con fuerza, la tiró al colchón y se fue sobre ella, pero al ser un hombre muy pesado, ella forcejeó bastante (en este momento del relato la víctima empieza a llorar durante la audiencia de juicio oral)¹³, para luego empezar a besarla en la cara, el cuello y el pecho, empezó a gritar, pero como era un conjunto nadie la escuchó, ella luchó con todas sus fuerzas para quitarlo de encima pero él tenía bastante fuerza. En medio del forcejeo se sentía muy confusa, y trató de zafarse, pero físicamente fue vencida, y el agresor aprovechó que llevaba un vestido y le resultó fácil levantarle la falda y bajarle el interior, y aunque procuraba tener las piernas juntas, logró accederla, produciendo mucho dolor físico en sus partes bajas porque fue muy brusco, ante lo cual ya no pudo hacer nada más, pues ya no tenía más fuerza, observando su cara de satisfacción, luego de lo cual sus piernas ya no las sentía y anímicamente se sentía totalmente destrozada.

Enseguida y luego del acceso, relata la víctima que su agresor se percató que las prendas de la cama tanto sábanas como cobijas habían quedado manchadas de sangre y que parte de su cabello se había desprendido por lo que le exigió que lo recogiera. Luego la llevaría a su casa, en el trayecto ella en su confusión y dolor no dijo nada, ella ingresó a su casa sin comentar lo sucedido a nadie y procedió a ducharse pretendiendo sentirse limpia como si bañarse resolviera la situación y quedarse en el baño y pensar en que lo sucedido era una pesadilla.

Según lo manifiesta la víctima este hecho le afectó en todo sentido, cambió su comportamiento y su imagen de los hombres, al punto que hasta cuando su padre le tocaba el hombro le causaba fastidio, que pretendió retirarse de la iglesia pero eso implicaba enviar una carta y explicar a todos el motivo, del cual no quería que se enteren.

Además se inició una labor de manipulación y de presión por parte del acusado quien la abordaba para hacerle sentir que lo ocurrido era normal, que aunque ella no lo reconociera le había gustado, que él estaba enamorado de ella y que también ella estaba enamorada de él, y le hizo ver además que aunque contara lo que realmente sucedió nadie le creería porque la palabra del él como obispo tendría mayor credibilidad y si pese a ello contaba lo ocurrido afectaría la iglesia y muchas almas se perderían.

Describe la víctima en sus propios términos¹⁴ su situación de vulnerabilidad ante la presión y manipulación ejercidas por el obispo sobre ella, sin poder contar a nadie lo sucedido, pero con el deseo de que todos lo supieran, pasó de la luz a la oscuridad, condenada a vivir con ese dolor todo el tiempo, se volvió apática, su genio cambio mucho, por lo que lloraba fácilmente y por cualquier motivo, su juventud la partió en dos, sin poder tener una relación normal, sin poder dormir bien, con pesadillas acerca de que llegaba un hombre y le hacía lo mismo, vivía con depresión, prefería mantenerse encerrada, todo lo cual afectó también su salud física.

Y en medio de toda esta situación por la que estaba atravesando, siguió cumpliendo sus obligaciones con la iglesia y el ministerio, hasta que pasados unos meses al parecer al año siguiente del anterior episodio, se emprendió una tarea¹⁵ para lanzar un CD de música cristiana con el trabajo y autoría de CACC, con quien tuvo una relación de noviazgo pero sin comentarle por algún tiempo, lo sucedido con el obispo.

¹³ CD 5 – Juicio oral - Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 01:08:05

¹⁴ CD 5 – Juicio oral – Cuarta Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:14:56

¹⁵ CD 5 – Juicio oral – Cuarta Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:21:13

El lanzamiento del CD, incluía la presentación en un concierto del ministerio de alabanza del que era director el precitado, integrado además por Y, sobre el cual se vendieron boletas y se llevaría a cabo en el templo principal.

Llegado el día, siendo parte YAPL del ministerio, se encontraba pendiente de los preparativos como todos los otros integrantes, pero en un momento dado, el acusado so pretexto de que faltaban unos elementos para la instalación de los equipos, le ordena que lo acompañe a su casa a recogerlos. En principio Y pensó que irían con alguien más, pero al subir al carro se percató que únicamente la lleva a ella, por lo que de manera prevenida al llegar a la casa del acusado que queda muy cerca del templo, decide no entrar a recoger los elementos, sino que esperaba a que él los saque para colocarlos en el carro, hasta que en medio de la prisa le ordena que entre a la casa para que lleve algo que hacía falta y cuando cumple la orden, al pretender salir se percató que le había cerrado la puerta, ante lo cual se asustó y se percató que asumió la misma actitud ansiosa de la primera vez que la abordó con fines sexuales, ante lo cual se paralizó.

Cuenta que el acusado empezó a abrazarla, y como a coquetear haciendo alago sobre el vestido que llevaba, sintió que la estaba presionando nuevamente y no dijo nada, enseguida adelanta una acción brusca con la cual la lanzó sobre el mueble, se puso nerviosa, pero él insistió en que se dejara, que no le iba a doler, que eso solo pasaba la primera vez, así empezó a tocar sus partes íntimas y antes de darse cuenta estaba pasando otra vez lo que había temido en mucho tiempo, se sintió como en shock, él le insistió y le dio rabia porque no le obedecía por lo que le dijo que se quede quieta, y le apretó las muñecas de las manos hacia arriba, para luego proceder a accederla carnalmente.

Este relato que suministra YAPL revisado de manera aislada y sin tener en cuenta su entorno, su personalidad ni las ideas que ella había interiorizado respecto de su guía espiritual, dejarían muchas preguntas en el aire, como por ejemplo: ¿Por qué accedió a salir en el carro del acusado a solas?, ¿por qué accedió a trabajar en la casa de habitación del acusado para elaborar o adecuar unos panfletos alusivos a las fiestas de Halloween?, ¿por qué accedió a trasladarse a la casa del agresor en una segunda ocasión a recoger unos elementos para la instalación de los equipos?, ¿por qué no comentó lo sucedido a sus familiares o amigos?, ¿por qué no denunció los hechos ante las autoridades?.

Las respuestas pueden ser muchas, y las que se propongan como alternativas, pueden llevar implícitos estereotipos, cuestionamientos morales, atribución de responsabilidades a las víctimas, etc., no debemos sin embargo olvidar que la valoración se debe realizar de manera objetiva y ex ante, lo que implica tener en cuenta el contexto y entorno vivenciado por la víctima para la época en que se suceden los hechos, como ya lo habíamos advertido, quizá con la imagen registrada en las fotografías del concierto, pero advirtiéndole también que IRRM, presenta diferentes facetas que como todo ser humano no se exponen en su integridad ni ante el público y más cuando se trata de una figura consolidada como líder religioso, lo que significa que no se podría evaluar el comportamiento de la víctima para la fecha de los hechos con el conocimiento que ahora se tiene respecto de la forma de actuar del acusado en el ámbito íntimo y sexual, sino con la mirada que ella tenía al considerarlo un *"papá espiritual"*.

Tampoco podría aplicarse la experiencia de terceros ajenos a la comunidad religiosa que seguía una doctrina personalísima, con la que había gran compenetración de sus miembros, puesto que las reglas que podamos conocer por experiencia frente a otras iglesias o cultos, no tendrían aplicación.

En cuanto a los estereotipos, a efectos de alejarse de las concepciones que se puedan tener, resulta interesante asumir como estrategia, el trasladar los mismos cuestionamientos que se realizan sobre el comportamiento de la víctima frente al caso, hacia el que asume el acusado. Por ejemplo, cuando se cuestiona a la víctima del motivo por el cual no denunció desde el inicio a su agresor y sólo reaccionó hasta que fue impulsada a hablar de lo sucedido por parte de la señora GAFA, también cabe la misma pregunta hacia el comportamiento asumido por el acusado, cuando informó a sus reverendos que había tenido relaciones sexuales con cinco mujeres de la iglesia, lo cual lo hizo sólo hasta que fue confrontado por LCLE, persona a la cual se le acercó una mujer y en actitud de confesión le hizo conocer que había sido accedida por el obispo, aunque no estaba segura de la forma en que permitió dicha acción.

La respuesta puede ser la misma sea que se mire el contexto de la víctima o sea que se mire el contexto del acusado, por una vía puede decirse que corresponde al derecho a la intimidad por tratarse de la sexualidad de

una persona, cuando se trata de entornos de normalidad en los que hay consentimiento, o por otra vía cuando este elemento está ausente y se pretende ocultar la posible comisión de un delito, para la víctima el temor a ser cuestionada y para el agresor el temor a ser judicializado.

Entonces, dejando de lado este tipo de cuestionamientos hacia el comportamiento de la víctima YAPL, la Sala procederá a evaluar su relato para determinar si frente a las acciones adelantadas por IRRM hubo de por medio un consentimiento de su parte.

En ese sentido se revisarán los siguientes puntos:

- *Entorno de la víctima*
- *Personalidad de la víctima*
- *Estado de vulnerabilidad psíquica o física*
- *La desproporción de fuerzas*
- *Proceso de verificación periférica*

- **Entorno**

Resulta suficiente la información obtenida a través de los testimonios de cargo y de descargo que ya se dio a conocer, para determinar que la iglesia liderada por IRRM tenía sus propias reglas particulares impuestas por él como su obispo, y que pese a las disímiles motivaciones de sus feligreses para el ingreso, se encuentran unos elementos comunes a todos ellos una vez que logran compenetrarse con la doctrina del precitado, como ocurre con el principio de obediencia que los llevaba en ocasiones a no cuestionar al líder, como ocurrió con KETD quien fue sancionada para supuestamente bajar su orgullo aunque ella no supo el motivo de tal acusación; y a la vez también eran atraídos por las demostraciones de afecto que los llevaban a sentirlo como un padre.

Se infunde una necesidad de adoración centrada ya no en Dios sino en el hombre, que permite crear una imagen más que cercana a los deseos materiales y humanos a un guía espiritual con dones de sanación y liberación.

La atracción por actividades diferentes a las que tradicionalmente se realizan en otras iglesias, hacen sentir a los feligreses su cercanía con el ministro, a través de la conformación de grupos musicales, de oración, de danza y otros, así como paseos, llamadas telefónicas para entrar en contacto directo con cada miembro, etc.

La compenetración lograda lleva a sus miembros a prestar su servicio a la iglesia en diferentes modalidades aún a costa del propio tiempo y proyectos de vida, como ocurrió con CACC quien dejó de lado su carrera profesional, poniendo en ocasiones en riesgo su propia integridad y seguridad cuando se trasladaba a horas de la madrugada a la iglesia principal para cumplir con los diferentes ensayos; o como ocurrió con la misma YAPL quien se dedicó a aprender la organeta, a cantar y a asistir a los ensayos lo que ocupó gran parte de su tiempo.

En la historia vivida por Y no fue precisamente su fe personal la que la llevó a vincularse a la iglesia del acusado, recordemos que fue iniciativa de su madre, y aunque en principio no le llamó la atención la iglesia como tal o su doctrina, sí se sintió atraída por la música, y se percató de que tenía una oportunidad de aprender a cantar y a tocar un instrumento musical, por lo cual compró una organeta, y como aprendiera con rapidez y entusiasmo como así lo hace conocer EABC quien fuera su mentor, pronto recibe el reconocimiento que seguramente la alagaría, en tanto que resultando un éxito su presentación en la catedral o templo principal, el obispo IRRM decidió integrarla al ministerio de alabanza principal.

En ese contexto YAPL aprendió a ver a IRRM como un papá espiritual incapaz de atentar en su contra de alguna forma, por lo que ninguna sospecha podía tener acerca de su intención de acercarse a ella con fines sexuales, ante lo cual no le causó ningún temor aceptar una invitación a salir en el carro o a trabajar en su casa, porque además aprendió a verlo como un hombre extrovertido que se acercaba a los jóvenes con quienes frecuentemente sonreía.

En ese contexto cuando se queda a solas en la casa, al terminar el trabajo de los folletos de Halloween, el factor sorpresa derivado del contraste entre la imagen del guía espiritual y el que se insinuaba con fines sexuales, no le permitió reaccionar desde el inicio, para escapar de su agresor, aunque si le manifestó en varias ocasiones que

se quería ir, y luego de que forcejeara para intentar salir de la casa y verse acorralada en la habitación, lo único que tuvo a su alcance fueron sus manifestaciones de llanto y la oposición con su cuerpo para tratar de repeler la agresión sexual.

IRRM trató de convencer a Y, como así lo daría a entender con una de las frases que utilizó para tratar de calmarla, que si bien no fue dada a conocer en el juicio si fue expuesta ante el psicólogo, cuando le decía que no haría nada que ella no quisiera, sin embargo ante el paso del tiempo y al no lograr persuadirla, ella ya estaba a su merced, bajo su dominio territorial por decirlo así y aprovechando su ventaja corporal, él decidió ejercer su fuerza física para accederla carnalmente.

En este escenario, ya no interesa la forma en que la víctima ingresa a la casa de habitación, ya no interesa que su media hermana se percatara o no de que en uno de los días en que ella fue a trabajar, Y se quedó sola, no interesa qué tipo de vestuario llevaba o que subiera algunos escalones sin darse cuenta ante el acoso del que era víctima, pues lo que resulta relevante es su deseo de querer salir de la casa, reiterado en varias oportunidades, a lo cual se adiciona su llanto cuando se observó acorralada en la habitación, y su oposición física ante el peso del cuerpo del agresor, todo lo cual indica a todas luces que YAPL fue accedida en contra de su voluntad, y no procede aquí aplicar ninguna presunción de que había una aceptación tácita de acceder a la relación sexual por el solo hecho de haber ingresado voluntariamente a la casa de habitación del agresor, o por haber avanzado unos escalones hacia el segundo piso, cuando más se conoce que era normal que se realizaran actividades de la iglesia en dicho lugar, como así lo expuso con suficiencia la media hermana de Y, es decir MVPM.

Ante tal hecho, se cuestiona a la víctima por no haber denunciado o al menos comentado lo sucedido a alguien de su familia, o por no haberse retirado de la iglesia, sin embargo dicho comportamiento no debe evaluarse conforme al criterio personal de terceros ajenos a la comunidad religiosa a la que pertenecía Y, sino que debe atenderse su pensamiento y personalidad formados desde muy joven según la doctrina de IRRM.

Nótese que el vínculo fundamental entre la víctima y la iglesia no era precisamente la fe, sino su pertenencia al ministerio de alabanza donde de alguna manera era reconocido su talento, y en el que además había conocido a CACC quien era el director y entablaron una relación de noviazgo, a todo lo cual se une el vínculo de su familia a la iglesia, al punto que su padre L en algún momento estimó que su madre M requería de tratamiento psicológico dada su entrega incondicional a la iglesia, además que sus hermanos menores W y D también formaban parte del ministerio de alabanza, todo lo cual permite comprender su actitud de no denunciar lo sucedido, cuando además se conoce que si bien el ingreso a la iglesia era libre no así la salida, lo que implicaba dar una razón y ello a su vez redundaba en un perjuicio para su familia y para la iglesia, si se ponía en conocimiento el real motivo de la salida.

No se conoce además que terminada la práctica correspondiente al curso en el SENA, YAPL tuviese un trabajo o cursara una carrera profesional que le permitiera dividir su tiempo entre la iglesia y otras actividades, o al menos no se menciona nada al respecto, por lo que al igual que sucedió con CACC quien menciona que dejó de estudiar para dedicarse de lleno a la iglesia, ella también había hecho del ministerio y la música su principal actividad o proyecto de vida.

A estos motivos personalísimos se unen aquellos comunes en situaciones de abuso sexual en las que la persona ofendida prefiere ocultar el ilícito a verse sometida al escarnio público, a que posiblemente sea cuestionada o ridiculizada. Claro ejemplo del tortuoso camino que emprenden las víctimas en estos casos, se encuentra en el contrainterrogatorio que realizó la defensa sin la objeción del señor Fiscal y sin control de la jueza, ante preguntas capciosas, confusas y conclusivas, que incluían cuestionamientos morales sobre el adulterio, o sobre la intimidad que también fue objeto de interrogatorio por parte del señor Fiscal cuando se le requirió para que informara si había tenido relaciones sexuales antes de los hechos ocurridos con el acusado.

- Personalidad de la víctima

No es del caso adentrarse en estudios psicológicos sobre este punto, pero sí contar con una aproximación al perfil de YAPL con base en el material probatorio allegado a juicio, encontrando que ella se describe así misma para la época de los hechos como una mujer callada, tímida, introvertida, sin experiencia en el campo sexual y sin mayores aspiraciones que aprender música e interpretar la organeta. Inclusive ella considera que este fue el factor

detonante que le permitió al acusado acercársele con fines sexuales.

La descripción que la víctima hace de sí misma, no se aleja de la concepción que tenían algunos de sus compañeros en la iglesia, pues GAFA la describe como una persona sencilla, bien espontánea y físicamente se miraba como una niña joven.

LCLE la conoció en el año 2009 cuando fue ordenado sacerdote o pastor y llega a la misión del barrio de Nueva Aranda y observa sus dones en alabanza, y en su forma de ser como una persona callada pero siempre sonriente.

YNCJ, la describe igualmente como una persona callada, que no se relacionaba con todos en el ministerio aunque sí con su novio C, considerando que no era muy abierta hacia todas las personas.

Siendo esta la personalidad de YAPL, existía un factor de vulnerabilidad por su formación al interior de la iglesia del acusado, quien exigía obediencia sin cuestionamientos respecto de las órdenes que impartía y se mostraba a la vez como un padre, de tal forma que logró influenciarla con facilidad para lograr su confianza.

- Estado de vulnerabilidad psíquica o física

Además del factor de riesgo que es evidente como así lo detectó también el psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ dada la pertenencia de la víctima a la iglesia liderada por el acusado, por lo cual él había alcanzado con ella un nivel de confianza, se unen otros elementos verificables con la prueba testimonial y documental allegada a juicio, como su personalidad, su falta de experiencia en el campo sexual, pues precisamente no había tenido relaciones sexuales antes de ser accedida por RM, lo que se corrobora además con las evidencias físicas observadas por la misma víctima luego de la agresión sexual por las manchas de sangre en el lugar donde se produce el acceso, compatibles con la desfloración del himen como así lo explicó la médica MAGALY DEL SOCORRO REALPE PALACIOS, profesional especializado forense de Medicina Legal.

Lo anterior se une al impacto generado por el choque entre lo que representaba para ella el acusado como máxima autoridad de la iglesia a la que pertenecía, como su papá espiritual y lo que demostraba con su comportamiento enfocado en lo íntimo hacia la satisfacción de sus deseos sexuales, lo que genera de por sí un nivel de vulnerabilidad, que se incrementa ante el abuso sexual del que fue víctima a través del cual se produjo su desfloración del himen de forma violenta.

Se presenta así, una carga emocional, que para el común de la gente resultaría aflictiva, aún sin que se contara con un concepto psicológico que diera cuenta de ello, la que se incrementa porque YAPL, preocupada por su familia y por la presión ejercida por el acusado quien le hacía ver la afectación hacia la iglesia si contaba lo sucedido, decide guardar silencio y actuar de la manera más normal posible para que nadie se percate de su situación emocional, sin pensar que se afectaría psicológicamente no solo por el acto violento del que fue víctima sino porque se obligó a sí misma a soportar la carga del secreto, y a soportar también el constante hostigamiento y manipulación por parte del acusado que trataba de convencerla de que lo ocurrido era normal.

Al respecto, el psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ encontró en la víctima signos y síntomas clínicos compatibles con Trastorno por Estrés Postraumático relacionado con los hechos que se atribuyen a RM en el primer evento de acceso carnal violento, por lo cual se corrobora la afectación psíquica de la que da cuenta YAPL, y ello denota su grado elevado de vulnerabilidad, lo cual explica el poder de dominio que había logrado el acusado sobre su vida.

Lo anterior explica la reacción casi pasiva que adoptó YAPL en el episodio ocurrido antes del concierto del ministerio de alabanza organizado con ocasión del lanzamiento del CD de CACC, la cual es posible como así lo expuso el psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, cuando utilizó un ejemplo ilustrativo acerca de las diferentes reacciones ante la comisión de cualquier delito como ocurre con frecuencia con el de hurto, ante el cual si bien se piensa en un momento dado en una reacción, puede ocurrir que en la realidad no se haga nada, o cuando se piensa en asumir una actitud pasiva puede terminar con una reacción contraria. Adicionalmente explicó el perito que la actitud de parálisis se presenta como resultado también del impacto generado por la imagen que la víctima había creado del líder espiritual en contraposición a su comportamiento agresivo en el plano sexual.

En este punto, si bien el abogado defensor a través del contrainterrogatorio, trató de impugnar credibilidad a la testigo, la forma en que utilizó los elementos materiales probatorios en los que había intervenido anteriormente la víctima, no logró el efecto deseado, pues en dos oportunidades anunció utilizar documentos para refrescar memoria y culminó él mismo con la lectura de algunos apartes sin contextualización¹⁶.

Realizó además, sin oposición de la Fiscalía o la Jueza, varias preguntas formuladas de manera capciosa y confusa, que no podían ser comprendidas por la víctima, al punto que al percatarse que las respuestas no eran las que esperaba, él mismo ofrecía y dejaba registro de las respuestas, o incluía en sus intervenciones argumentaciones, conclusiones, cuestionamientos de tipo moral y afirmaciones no realizadas por la testigo. A manera de ejemplo, el siguiente interrogante: *“Por eso o sea si no tengo una buena relación, perdón me explico si no tengo una buena relación con mi padre y veo al obispo como mi padre entonces usted no lo veía como un padre verdadero sino diferente no o sea no era el gran padre como uno ama al padre y todo eso, cierto?”*

Por lo anterior y en forma similar a como lo hizo la primera instancia no se tendrá en cuenta este contrainterrogatorio, a efectos de valorar el testimonio de la víctima en relación al acceso carnal que tuvo ocurrencia para la fecha del concierto.

Depurado así el testimonio de YAPL, encontramos que frente al segundo evento de acceso carnal, dada la vulnerabilidad psíquica que padecía por el Trastorno por Estrés Postraumático derivado del primer evento, ella no tuvo la voluntariedad de aceptar libre de presiones y coacciones al acceso carnal al que la sometió el acusado, quien de todas formas ejerció fuerza física no compatible con la actividad erótica sino suficiente y contundente para doblegar la voluntad de su víctima al tirarla a un mueble, presionar sus manos hacia arriba y exigirle que le obedeciera y se quedara quieta para facilitar el acceso.

- **La desproporción de fuerzas**

Este aspecto se encuentra demostrado a través del testimonio de GAFA, quien realiza una descripción física de YAPL, mencionando que era baja de estatura de 1,55 mts y que su contextura era delgada, lo cual al menos en este último aspecto es notorio a través de la imagen registrada en el álbum fotográfico aportado por el testigo ENOE.

Da a conocer además GAFA, que el acusado por el contrario es un hombre de estatura alta de aproximadamente 1,75 metros de contextura gruesa y robusto.

En este punto se encuentra que hay desproporción de fuerzas físicas entre el agresor y la víctima, lo cual explica la razón por la que la última pese a su resistencia y oposición corporal no logró evadir el ataque sexual.

- **Proceso de corroboración periférica**

Este concepto al que ya se ha acudido en otras oportunidades por parte de esta Corporación y que también se aplica en el análisis realizado por la a quo, fue explicado por la CSJ en el fallo radicado No. 43.866 de marzo 16 de 2016, cuando señala:

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado ¹⁷; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual ¹⁸; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

(...)

¹⁶ CD 5 – Juicio oral – Cuarta Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 01:22:30 y Minuto 01:28:35

¹⁷ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

¹⁸ ídem

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros”.

Si bien este concepto resulta de gran utilidad para el análisis de testimonios de víctimas menores de edad, no se descarta como herramienta jurídica de análisis probatorio en casos de personas adultas.

Para el sub examine se encuentran acreditados varios de esos elementos que como se explica en la decisión de la CSJ no corresponde a un listado cerrado o taxativo, de forma tal que podrían acreditarse algunos de ellos u otros similares como se pasa a ver.

i) *Inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado*

De entrada se descarta cualquier interés de los familiares de la víctima YAPL, ya que ellos no se enteraron de los hechos sino hasta mucho tiempo después de su ocurrencia, en tanto que la precitada no les hizo conocer de su experiencia con el acusado por las razones que ya han sido suficientemente ilustradas.

En cuanto a la víctima siempre puso de presente que en principio interiorizó una imagen bondadosa de IRRM al punto de considerarlo un “papá espiritual”, de tal forma que no se vislumbra un interés en inventar una historia como la relatada con el fin de causar un perjuicio al acusado.

Se aduce que podría ser instrumentalizada por parte de algunos reverendos a quienes RM manifestó su deseo de que se independizaran para que conformaran sus propias iglesias y se volvieran autosostenibles económicamente, sin embargo tal como lo registró la a quo, este hecho sucedió el 20 de julio de 2012, según lo manifestado por ENOE, y la denuncia fue formulada en abril de 2013.

No resulta tampoco creíble esta hipótesis que se presentaría como un complot de los reverendos a quienes se aparta de la iglesia, porque ante la afectación psicológica que padecía YAPL, no iba a someterse tan fácilmente y a favor de terceros, a un proceso penal en el que fuera cuestionada y someterse al escarnio público para ventilar muchos aspectos de su vida privada.

No se establece un nexo tan fuerte entre los reverendos y la víctima que permita presumir que ella declararía en contra del acusado a expensas de su propia honra y más para una época en la que para ella la iglesia había perdido valor y los supuestos integrantes del complot ya estaban por fuera de la iglesia mucho tiempo atrás.

(ii) *El daño psíquico causado a raíz del ataque sexual.*

En este punto varios fueron los reparos que se realizaron respecto del concepto psicológico rendido por VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, a través del testimonio de la también psicóloga MARÍA PAULA CHICUREL PACHÓN presentada por la defensa como prueba de refutación, pero ninguna resulta de contundencia para desvirtuar el examen y las conclusiones realizadas por el perito, lo que se puso en total evidencia a través del contrainterrogatorio del Fiscal, quien dejó claro que los errores detectados eran simplemente formales mas no sustanciales.

En la argumentación presentada en la apelación, el apoderado del acusado trata de explotar a su favor las falencias que expuso MARÍA PAULA CHICUREL PACHÓN en juicio oral y agrega otras tantas, sin éxito ante la contundencia del análisis efectuado por VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, como se pasa a exponer.

El fundamento jurídico que se debe acatar para determinar el valor suasorio de un concepto como el que se trata, se encuentra en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

“Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”.

Sobre la parte inicial que se relaciona con la idoneidad técnico científica y moral del perito la misma ley, ofrece los parámetros necesarios a tener en cuenta en los artículos 408 y 409. En el primero de ellos, se indica que podrán ser peritos los siguientes:

- 1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.*
- 2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque carezca de título.*

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

En la segunda de las normas, se enuncia quienes no pueden en ningún caso ser nombrados como peritos, y los enumera así:

- 1. Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.*
- 2. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.*
- 3. Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados.*

Con estas preceptivas, no le asiste razón a la parte apelante cuando aduce que PEÑA HERNÁNDEZ no podría rendir un concepto psicológico por no contar con un título de Especialización en psicología forense, cuando lo que en el caso se requería era suficiente que acreditara su título en psicología, lo cual fue demostrado a través del interrogatorio de la Fiscalía, aspecto que no fue desvirtuado por la defensa, la que además no presentó ninguna prueba que demuestre que el precitado haya sido suspendido en el ejercicio de su profesión o que haya sido condenado por algún delito.

Ahora en cuanto a la especialidad forense, que constituiría para el caso un plus adicional que daría mayor fuerza a los conceptos que pueda rendir cualquier profesional de la psicología, resulta que en el devenir del interrogatorio cruzado al que se sometieron tanto VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ como MARÍA PAULA CHÍCUREL PACHÓN, las respuestas del primero fueron de mayor claridad y exactitud que las proporcionadas por la segunda, en lo que se denotó como así lo explicó PEÑA HERNÁNDEZ que el título en especialización es para él simplemente un requisito formal dada su vinculación con medicina legal por más de veinte años y estar rindiendo conceptos de psicología forense por más de seis años, y así lo demostró con el conocimiento y experiencia expuestos a través de su testimonio, que fueron suficientes para analizar la vivencia de YAPL.

Es tal el conocimiento del perito psicólogo PEÑA HERNÁNDEZ y su experiencia, que sin tener especialización en psicología forense, dio cuenta del protocolo utilizado que aclaró correspondía al de víctimas adultas de abuso sexual, en el que tuvo la oportunidad de formar parte de su elaboración al interior del Instituto de Medicina Legal, en el que se introdujeron varios de los estándares internacionales adaptados a las necesidades propias de nuestro entorno.

Dio cuenta también de los diecinueve (19) ítems de verificación de credibilidad del relato del protocolo CBCA que los confrontó con la información rendida por la víctima, sin consultar ningún documento adicional pues dado el número de conceptos rendidos, tenía en su memoria cada uno de esos ítems, y no es que se exija que así se rindan

este tipo de peritazgos, sino que esa contundencia al explicar cada punto, contrastó con las explicaciones rendidas por la psicóloga de refutación quien adujo que en el examen realizado a YAPL se había utilizado un protocolo para menores de edad, cuando ni siquiera conocía el significado de las siglas en inglés SATAC o su equivalente en español ICITAP, en cuyo caso uno de los puntos aplicables corresponde al anatómico, que se incluye en dicha sigla con la letra "A", el cual por supuesto no se encuentra en ninguno de los apartes del estudio psicológico realizado a la víctima, a la vez que requería consultar varios documentos e inclusive demostró desconocimiento de varios conceptos que fueron explicados por el señor Fiscal en su contrainterrogatorio, y que ella misma agradeció.

Significa lo anterior que si bien la testigo de refutación dedujo que el protocolo utilizado o aplicado por PEÑA HERNÁNDEZ correspondía al de víctimas menores de edad, ello lo dedujo tan solo por aspectos simples que fueron explicados por el perito, correspondían a simples errores de forma por la plantilla generalmente utilizada y que por supuesto no afectan el contenido del estudio.

Así por ejemplo se dejó el ítem de la identificación en "TI" en lugar de "CC" cuando a las claras se mira que por la edad registrada de "21 años" la examinada era una adulta, cuando además es notorio que el número de identificación correspondía a la cédula como así se constató con el documento presentado al inicio de su testimonio ante la jueza de conocimiento, que registró el No. 1.085.298.299¹⁹, lo que permite determinar total coincidencia entre los números, igualmente porque al presentarse el documento al momento del examen, el perito constató que se trataba de una mujer adulta de 21 años de edad, como así lo reiteró y ratificó durante el interrogatorio complementario del ministerio público.

Se adujo además que el psicólogo de cargo, no fue orientado en los objetivos de su estudio por parte de la Fiscalía, sin embargo la psicóloga de refutación, menciona que solo pueden darse dos caminos, uno el de determinar el grado de credibilidad del entrevistado, y otro el de constatar si existe o existió alguna lesión de tipo psicológico para demostrar la comisión de un delito de lesiones personales y que además en el concepto rendido no se incluyeron las técnicas e instrumentos utilizados, así como los estándares internacionales que según su criterio se exigen.

En este punto olvidaron tanto la testigo perito como el abogado defensor que el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, indica que la base de opinión pericial simplemente constituye un resumen y que el concepto en sí es aquel que se rinde en juicio oral, por lo cual dicho dictamen fue rendido de manera muy clara y explicativa por parte de VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ en audiencia de juicio oral, contundente en todas sus respuestas, explicando además que los estándares internacionales están incluidos y adoptados en el protocolo interno, el cual siguió en todos sus pasos porque además él personalmente formó parte del equipo que elaboró dicho protocolo.

De tal manera que si bien no se consignan formalmente los elementos de dicho protocolo no significa que no hayan sido atendidos por el perito de cargo, y antes por el contrario su resumen facilita la valoración de sus conclusiones. Al respecto aduce la defensa que no se demostró que efectivamente el perito haya participado en la confección del protocolo para ser utilizado por medicina legal, pero tampoco se presenta prueba que determine que tal afirmación realizada bajo la gravedad del juramento sea falsa.

En cuanto a la orientación que debió realizar la Fiscalía para la realización del estudio, si bien en el informe se registra en términos generales como "*entrevista psicológica*", siendo sólo dos los objetivos que se podían plantear según lo aduce MARÍA PAULA CHICUREL PACHÓN, resulta que los dos fueron plenamente evacuados por el perito de medicina legal, en tanto que se aplicó el test de credibilidad y se determinó una afectación de tipo psicológico, por lo que resulta que ninguna incidencia tiene que la Fiscalía no haya encausado hacia uno u otro el estudio, cuando además confirman ambos profesionales que la psicología no es una ciencia exacta y que sus estudios se miden en grado de probabilidad de sus resultados más no de certeza.

Otra de las críticas se enfiló en contra del esquema de entrevista utilizado y el tiempo empleado en la misma, lo que facilitó a la víctima explayarse en su relato por fuera de lo permitido según el criterio de MARÍA PAULA

¹⁹ CD 5 – Juicio oral - Tercera Sesión marzo 15 de 2016 Minuto 00:14:56

CHICUREL PACHÓN, sin embargo PEÑA HERNÁNDEZ puso de manifiesto que la entrevista semiestructurada facilita el contacto con el examinado por encima de aquella que se utiliza en los estrados judiciales, acorde además con las necesidades de YAPL, ya que determinó que permitirle hablar tendría un fin terapéutico. Advierte la Sala que esta justificación resulta no solo atendible sino que da cuenta de una actuación acorde a los instrumentos internacionales y ordenamiento interno que exige respetar el derecho a la dignidad de las víctimas de abuso sexual y el derecho a que sean escuchadas, por lo que imponer límites de tiempo podría dejar por fuera información relevante para el análisis del caso, y más cuando resulta razonable si en cuenta se tiene que en la audiencia de juicio oral el relato fue tan detallado y extenso, que la testigo empleó aproximadamente 2 horas y 49 minutos, sin contar el receso que hubo necesidad de emplear para que se recuperara del impacto que le producía recordar los hechos de los que fue víctima.

También se adujo por parte de la psicóloga MARÍA PAULA CHICUREL PACHÓN que para efectos de conceptuar sobre la presencia de un trastorno por estrés postraumático, debió acudirse a la validación mediante entrevistas adicionales de familiares o allegados, ante lo cual fue claro el perito de medicina legal quien explicó que ese rol no le correspondía, y en ello acierta, porque de creerse necesario tal elemento de estudio, debía actuarse según la orientación de la Fiscalía porque seguramente los entrevistados debían acudir a juicio.

Sobre este aspecto no debe olvidar la defensa que los conceptos periciales son elementos auxiliares que contribuyen a fortalecer o no la teoría del caso de las partes y que no necesariamente son los únicos a fin de construir hipótesis de acusación o defensivas, y que lo procedente es que el debate se genere a instancias de la audiencia de juicio oral, con base en la valoración probatoria que implica entre otros pasos adelantar un proceso de corroboración periférica por parte del funcionario investigador o juzgador según la etapa en la que se encuentre el proceso.

Y en este punto sí vale la pena llamar la atención a la *a quo*, quien interpretó equivocadamente el objetivo y resultado del examen psicológico, en tanto que de acuerdo al testimonio rendido en juicio, VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, realizó su evaluación para determinar el nivel de credibilidad del relato de la víctima y para constatar si hubo alguna afectación psicológica, pero en ninguna forma para establecer YAPL "*fue objeto de abuso sexual*", como así se aduce en el fallo²⁰.

No es menester hacer alusión a cada una de las intervenciones de la testigo de refutación que fueron destruidas por la Fiscalía, como que en el ítem de estado civil se registró que era menor de edad o que no se colocaron títulos a cada acápite del examen que son simplemente falencias formales, pero sí dejar en claro que ninguna de ellas por sí solas eran suficientes para desvirtuar el valor suasorio de la prueba de cargo, aún sin contar con las incisivas preguntas realizadas por el ente acusador, en la medida en que efectivamente el contenido de la base de opinión pericial en ningún momento registra el interrogatorio que suele realizarse a los menores de edad, lo que se constata aún sin conocer el protocolo SATAC que sirve de guía en esos casos y que fue expuesto por el señor Fiscal.

Igualmente porque de acuerdo al relato pormenorizado de la víctima en ninguno de sus apartes pone en evidencia algún tipo de afectación actual por hechos de su pasado relacionados con el fenómeno del desplazamiento o un acto sexual abusivo, como así también fue notorio en la audiencia de juicio oral en la que las manifestaciones de dolor reflejadas en el llanto y el resquebrajamiento de la voz se produjeron al momento en que rememoró y revivió el acceso carnal del que fue víctima por parte del acusado.

De esa forma se determina y concluye que la confrontación y refutación adelantadas por la defensa, al contrario del efecto buscado, generó mayor credibilidad, validez y confiabilidad al concepto psicológico adelantado por VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, adscrito a Medicina Legal, con lo cual se obtiene una respuesta al problema jurídico subsidiario que se había planteado al inicio del análisis del caso.

²⁰ Fl. 27 de la sentencia

(iii) El estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos

De los cambios sufridos por la víctima YAPL en su estado anímico y comportamiento, son varias las pruebas testimoniales que se aportaron a juicio, con lo cual se suple además aquella supuesta falencia que se endilga al estudio psicológico de VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ.

Ello si se tiene en cuenta la descripción de la personalidad que se registró anteriormente en la que en términos generales se presenta a Y como una persona tímida pero a la vez alegre y entregada a su afición por la música. El antes y el después es expuesto por personas como GAFA, LCLE y EABC, quienes tuvieron la oportunidad de conocer a Y a su ingreso en la misión del barrio de Nueva Aranda, donde la primera facilitaba su casa de habitación para los encuentros de oración, el segundo era el reverendo asignado por el obispo para las orientaciones religiosas y el último se encargó de dictarle clases de música y canto; y para ese entonces la miraban como una persona callada y tímida pero a la vez alegre.

El “después”, es descrito con gran dolor por parte de EABC, quien dejó de ver por un tiempo a Y al haberse adherido por orden del obispo al ministerio de alabanza de la iglesia principal, pero cuando la encuentra nuevamente en la misión de G, le produjo escalofrío su presentación cuando manifiesta que la miró con el rostro desencajado, con palidez y como un zombi sin sentido de orientación²¹.

LCLE manifiesta que posterior a la integración de los ministerios de música, al volver a encontrar a Y, la observa reacia a muchas cosas especialmente en lo relacionado con Dios y que ya no quería escuchar sobre el tema de los ministros, reflejándose en su rostro tristeza y que parecía desubicada.

El cambio de comportamiento también fue observado por CACC que si bien conoce a Y a raíz de su llegada al ministerio principal, si le llamó la atención cuando le decía que no se le acerque ni le toque, que reflejaba tristeza y en las oraciones lloraba²².

Como se ve la actitud comportamental de YAPL fue diferente entre la época en la que participaba de la misión de GAFA a la época en que entra en contacto con IRRM, de lo que se deduce una gran probabilidad de que ese cambio se haya producido como la víctima lo manifiesta a raíz del abuso sexual del que da cuenta en su testimonio.

iv) Las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual

Se trata de la casa de habitación de IRRM ubicada en el barrio la Carolina de Pasto, cerca al templo donde se desarrollaban las eucaristías, lugar en el cual de manera estratégica se adelantaban también varias actividades relacionadas con la iglesia, en las que participaban varias personas como así lo relata MVPM, razón por la cual tanto YAPL como YLG, aceptaron participar de algunas de ellas sin sospecha de que se podría tratar de una maniobra para buscar estar a solas con aquellas mujeres que el obispo escogía para satisfacer sus deseos sexuales.

(v) Las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima

Son dos las estrategias asumidas tanto con YAPL como con YLG, la primera hacerles invitaciones para salir en el carro y trasladarlas a lugares solitarios y oscuros y la segunda organizar actividades de la iglesia que se desarrollaban en su casa de habitación, para buscar la oportunidad de estar a solas con sus víctimas.

Hasta aquí, es posible avanzar con el análisis de las pruebas que llevan a resolver el primer problema jurídico planteado en cuanto a determinar si hubo o no consentimiento por parte de YAPL para que IRRM la accediera carnalmente, encontrando que la respuesta es de tipo negativo, es decir que las acciones desplegadas por el acusado en contra de la integridad y libertad sexuales de YAPL, se adelantaron sin su consentimiento, estructurándose así su tipificación plena en el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO Y AGRAVADO por el cual se impuso condena en primera instancia.

²¹ CD 5 – Juicio oral – Sexta Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:21:31 a 00:22:13 y 00:23:50 a 00:24: 30

²² CD 5 – Juicio oral – Sexta Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 01:47:00 y 01:59:56

Se determina además conforme al análisis probatorio adelantado que no se configura ninguna duda que pueda resolverse a favor del acusado que amerite revocar la sentencia de condena impuesta en primera instancia.

Se pasa así a analizar la situación relacionada con lo sucedido a la otra víctima que puso en conocimiento de la Fiscalía el comportamiento asumido con ella por parte del acusado.

5.3.2. Los hechos relacionados con YLG

Para esta víctima se encuentran muchos elementos en común respecto de las acciones adelantadas por parte de IRRM que paulatinamente se han ido ventilando a lo largo del análisis probatorio realizado con ocasión de lo sucedido a YAPL, lo que inclusive podría dar lugar a determinar un *modus operandi* como así se denota en los puntos antes presentados relacionados con las características del lugar donde ocurrió el abuso sexual y las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con las víctimas.

Por esa razón no será tan extenso el enfoque específico, aunque de todas maneras para YLG también se aplicarán algunos aspectos ya determinados en la anterior valoración probatoria.

Por ello se hace extensivo a su caso lo expuesto respecto del entorno en el que se desenvuelven los hechos, que le es común a todos los miembros que pertenecieron a la iglesia liderada por IRRM, en cuanto a la aplicación de los principios fijados por él.

Ahora en lo particular YLG da a conocer en su testimonio, que se acercó a la iglesia liderada por IRRM cerca del año 2008 cuando fue invitada por su madre, asistiendo ocasionalmente a las ceremonias y pasado un tiempo ya para el año 2011, ingresa al ministerio de intercesión y adoración, adquiriendo un compromiso de servicio que consistía en asistir los días jueves al templo ubicado en el barrio Pucalpa, a orar e interceder por niños, jóvenes y necesidades de los miembros y familias, adelantándose además algunas visitas.

En cuanto a la estructura, por ser una congregación anglicana se manejaba una jerarquía²³, en la que se ubicaba como máxima autoridad IRRM, luego siguen en la línea los reverendos, los diáconos, los acólitos, los líderes de los ministerios y los que servían o integraban los mismos.

Explica la testigo víctima que existía una autoridad por parte de IRRM ya que él planificaba todo y se debía obedecer lo que ordenaba, se debía sujeción y sometimiento a la autoridad impuesta por Dios a través de él, y si no se cumplía se calificaba de rebeldía, y se ponía a la persona en corrección, lo que implicaba sanciones relacionadas por ejemplo con actividades de aseo, suspensiones y retiros del ministerio, lo cual era difícil de aceptar porque cuando se conoce a Dios, la vida no se concibe sin estar a su servicio, al punto que pese a su salida de la iglesia continuó en actitud de servicio²⁴.

Recuerda la testigo que si bien en principio su asistencia a la iglesia no era permanente, en una ocasión IRRM, a través de una consejería espiritual le dijo que era necesario que empezara a servir a través de los ministerios, y cuando le explicó en qué consistían escogió el de intercesión. Poco a poco, él se convirtió en su guía espiritual acerca de decisiones que debía tomar en su vida²⁵, y cuando entró en proceso de liberación, ella pasó un día a buscarlo en la iglesia para recibir la asesoría espiritual, y como no lo encontró se fue a su casa.

Más tarde él la llama y le dijo "*hola bombón como estás*" palabras que la sorprendieron, al igual que otras, porque le empezó a decir "*amorcito*" o "*amor*", palabras no usuales en sus conversaciones, porque además en su concepción las mismas son propias de una relación que ella no mantenía con él²⁶.

²³ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:04:30

²⁴ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:05:30

²⁵ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:07:40

²⁶ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:09:27

Luego la situación se tornó más incómoda porque en una de las vigiliass que se realizaban en la iglesia durante la noche y hasta las seis de la mañana, su madre la acompañó hasta la media noche, momento en el cual RM la llama y le dice que si ya se fue "*la suegra*"²⁷ lo cual también le molestó para luego abrazarla y empezar a jugar con la tira del brasier²⁸, actitud que no la esperaba, y le parecía en principio un chiste, y no supo cómo reaccionar frente a la gente que estaba en el sitio, por la sorpresa que le ocasionó este comportamiento.

Siendo que RM es la máxima autoridad de la iglesia y lo ve como un guía espiritual, no entiende lo que pasa y empieza a pensar que puede ser una broma, y por eso no sabía si comentarle a su madre, y a los otros familiares que empezaban a compenetrar con la iglesia, sin embargo este comportamiento siguió, ya que empezó a llamarla por teléfono y como a veces no quería contestar, lo hacía su madre. Luego empezó a hacerle invitaciones sobre las cuales ella no podía decidir si las aceptaba o no porque llamaba y sin preguntar decía que en cinco minutos estaba en la casa y aunque le dijera que no, de todas formas llegaba.

Incluso en una ocasión en la que estaba con las otras mujeres del ministerio, él estaba ahí y salió con el carro y le ofreció llevarla a la casa y las hermanas que estaban ahí le dijeron que vaya que no se oponga a ir con el "*papá grande*" y como ella no podía explicar lo que estaba sucediendo, entonces tenía que ir.

Empezó así, a asumir una actitud distante frente al obispo, porque empezó a sentir miedo, en medio de lo cual entabló una relación con quien luego se casaría y que era también ministro dentro de la iglesia, a quien RM empezó a llamar para quejarse de ella diciéndole que era grosera y que se sentía autosuficiente en tanto que ya no necesitaba las asesorías espirituales, que era una persona que no le convenía, entonces ella empezó a temer que tomaría represalias en contra de él y por eso no contó lo sucedido.

En cuanto a las acciones adelantadas por IRRM respecto de YLG, se encuentran que le guiñaba el ojo y le mandaba besos desde el altar, le decía "*hola bombón*", "*hola mamacita*" y no solo actuaba de esa forma, sino que también a través de acciones físicas porque trataba de tocarle las piernas, recordando que luego de una salida en la que fueron a prestar servicio a Ipiales con los de su ministerio, fueron a comer y por debajo de la mesa le ponía las manos encima de sus piernas y ella se las quitaba y él le decía que acepte que ella estaba enamorada de él,

En otra de las salidas que se realizó a Catambuco, también le dijo entre otras cosas que quería que le dé un hijo y trató de tocarle las piernas, pero su reacción fue la de defenderse, aunque admite que nunca fue grosera por temor a represalias con su esposo, y que siempre le manifestó que le molestaba, ante lo cual le insistía y le decía "*yo te gusto*".

Da a conocer la víctima que uno de los eventos que más la asustó fue cuando en cierto día al salir de la jornada de oración del ministerio de intercesión y presionada por sus compañeras quienes no tenían conocimiento de lo que estaba sucediendo, subió al carro de IRRM quien adujo que la llevaría a su casa pero una vez iniciado el recorrido cambio de destino y se dirigió a su casa, es decir la del precitado, y le dijo que solo tenía que traer un material para el discipulado, ante lo cual le dijo que no quería ir que la deje ahí, él le insistió en que solo iban a traer material por lo cual la llevó, y una vez ahí, él cambio su comportamiento y se lanzó sobre ella, la mandó contra las gradass y se puso encima, pensó en que la iba a violar, trató de besarla y cogerla a la fuerza, trató de defenderse y lo sintió encima, de repente se calmó y dijo que iba a imprimir el material.

Ahí recordó de los rumores acerca de cómo había actuado frente a otras jóvenes de quienes escuchó que les había pasado lo mismo y al encontrarse en la casa de habitación del acusado, les proponía subir a ver televisión, momento en el cual precisamente le hizo dicha invitación, a la que no accedió y le pidió que la lleve a su casa, ante la reacción asumida la dejó ir y le dio para el transporte a la vez que le advirtió que no contara a nadie de lo sucedido.

En la audiencia de juicio oral ante la dificultad del registro que para esa ocasión era auditivo, se dejó constancia del movimiento que realizó la testigo para indicar cómo reaccionó para defenderse, registrando que ella escenificó el cruce de sus brazos, armando una especie de caparazón o blindaje sobre su zona pectoral.

²⁷ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:11:18

²⁸ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:11:47

Explica Y que ante lo sucedido sintió miedo, enojo, impotencia, desilusión y al final al no poder hacer nada, se sintió resignada²⁹, pues recordó que una de las muchachas se atrevió a hablar y como no le creyeron, fue tildada de rebelde. Es importante anotar que al describir estos sentimientos en el juicio se le quebró la voz y se sintió su sollozo por lo cual hubo necesidad de suspender la audiencia.

Al esposo no le contó lo sucedido porque lo envió a Popayán y ejercía presión a través de él, quejándose de que ella no lo saludaba, cuando en realidad lo que estaba pasando es que se mostraba distante, evitaba quedar a solas con él, hablaba lo necesario, no sacaba asesorías porque a través de ellas se sentía manipulada, y cuando no le quería contar algo, le decía que necesitaba confesarse, la llevaba y empezaba a preguntar, y así obtenía información que necesitaba.

Comenta la testigo que esta persecución se dio por espacio aproximado de tres meses, por lo cual se afectó su vida³⁰, pues empezó a desconfiar no solo de él, sino de todos los ministros, y porque siempre mantuvo el temor de que tomara represalias en contra de esposo, o en su contra si le decía que ella no le convenía y que debía alejarse.

Que como mujer se sentía humillada y con culpa, lo que surgió a raíz de que un día la llamó y le dijo que iba a la casa para ir a la iglesia, y pese a que no quería, llegó, y su mamá le dijo que salga, y cuando pensó que la llevaría a la iglesia pasó de dicho lugar y la condujo hacia la Laguna de la Cocha, ante lo cual sintió temor de que haría algo, pero se sorprendió cuando observó que asumió una actitud diferente y le pidió perdón pero a la vez le dijo que ella era la culpable por su forma de ser y de hablar, y así ella empezó a sentir culpabilidad por ser mujer. Solo hasta que salió de la iglesia y adelantó un proceso de restauración con la ayuda de otros ministros, se dio cuenta de que no fue su culpa.

Todo este proceso de acoso se dio aproximadamente por espacio de tres meses, y de manera constante porque ella iba muy frecuentemente a la iglesia y cuando no iba él la llamaba e iba a su casa.

Expresa además Y, que a raíz del proceso de restauración que adelantó, no existe de su parte rencor hacia IRRM, por lo que decidió denunciar no como un acto de venganza sino porque quiere invitarlo a que corrija su actuación.

Es importante del relato de YLG, cuando explica que no se presentó la oportunidad de conversar con YAPL pero sí se percató que en una ocasión³¹ en que le debía dar plata para el transporte, el acusado la abrazó y le habló al oído y miró en ella una actitud de desagrado ante lo cual pensó que podía estar sucediendo algo como lo que ella estaba viviendo.

Adicionalmente y ante el interrogatorio de la defensa, aclara que no siempre participó voluntariamente en todas las actividades de la iglesia, pues habían unas con las que no estaba de acuerdo pero se obedecían porque él era la autoridad y en lo que respecta a la denuncia ocurrió porque fue citada por la fiscalía a rendir testimonio y le explicaron que el comportamiento que asumió IRRM con ella, constituía un delito de acoso sexual, y por eso no tuvo ninguna incidencia que su esposo fuera retirado de la iglesia.

Hasta aquí se presenta los datos más relevantes del relato de YLG, quien enfrentó los hostigamientos y persecución de IRRM, que en su conjunto denotan un fin sexual de su parte, adoptando varias de las estrategias que aplicó con YAPL como invitarla a formar parte de un ministerio, llamara a consejerías espirituales a través de las cuales obtenía información sobre su vida personal, aprovechando el cansancio que generaban las vigias, a decirle que acepte sus acciones libidinosas porque ella estaba enamorada de él, a buscar estrategias para llevarla a su casa, propiciando estar a solas para facilitar escenarios de dominio físico, entre otras.

Igual que ocurrió con YAPL, se adelantó un trabajo para llevarla a un estado de vulnerabilidad, en la medida en que la asediaba constantemente y le prohibía hablar de lo que estaba ocurriendo, aprovechando además que por

²⁹ CD 5 – Juicio oral – Segunda Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:24:40

³⁰ CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:03:25

³¹ CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:11:25

su cargo tenía autoridad sobre el esposo de Y, infundiendo así sentimientos de temor, de miedo y de impotencia, en tanto que su esposo había realizado un gran recorrido para avanzar en la jerarquía de la iglesia, al punto que cuando le enviaron la carta para que se independizara miró el hecho más que como un perjuicio como una oportunidad para contar lo sucedido³².

La defensa apelante en lo que concierne a este hecho, considera que su relato resulta inverosímil, porque no es posible que los asistentes a las eucaristías no observaran acciones atribuidas a su prohijado como la de guiñar el ojo o lanzar un beso desde el altar. Sin embargo debe recordarse que varios de los testigos observaron acciones de este tipo, y otras frente a varias de las mujeres como cuando las abrazaba, o les cogía de la cintura, o les hablaba al oído, y se habían convertido en actitudes normales del obispo, por lo cual no llamarían la atención en cada caso en particular.

Es de anotar aquí que tales acciones bien pueden confundirse con acciones de coqueteo y de seducción, pero según el contexto en que se ubica YLG, se traspasó ese nivel en la medida en que ella no consentía ese tipo de actos, resultando un claro ejemplo de ello, el hecho sucedido en la casa de habitación del acusado, cuando pretendió accederla ejerciendo un cierto nivel de fuerza física.

No acepta la defensa las razones que aduce la víctima para no poner en conocimiento de lo sucedido a las autoridades o familiares, pero como se explicó en precedencia al analizar el caso de YAPL, no es la valoración que se realice desde la perspectiva personal de un tercero ajeno a la iglesia, sino que corresponde a un derecho de la víctima de este tipo de delitos que se tenga en cuenta su entorno, que no es otro que el de la iglesia a la que pertenecía, que implica tener en cuenta las reglas impuestas a su interior y no conforme las que se puedan conocer respecto de otras comunidades religiosas.

Pone además de relieve las versiones de los testigos de descargo como JCC, KETD, YNCJ y MVPM, para restar credibilidad a los relatos de las víctimas, pero olvida la defensa que conductas delictivas como las que ocurrieron respecto de YAPL se cometen en la clandestinidad, y que aún si fuesen consentidas, ello no significa *per se* que puedan ser conocidas por terceras personas ajenas a los involucrados en una relación que ha llegado al plano sexual. Igualmente porque la finalidad de comportamientos como los asumidos en público con YLG, que pueden confundirse con una forma de coqueteo, únicamente puede ser conocida en su alcance sexual, por la víctima en espacios de mayor privacidad como cuando fue abordada en la casa de habitación del agresor.

Y no es que se quiera decir que los precitados estén faltando a la verdad, pues la imagen que ellos describen de su líder coincide con la que en principio también conocieron las víctimas, sino que no es posible que conocieran los detalles acerca de los hechos que enfrentaron YAPL y YLG porque se desarrollaron en la clandestinidad.

Ahora en cuanto a la presentación de un posible complot, en el que se buscan intereses de tipo económico, no tiene asidero porque se aduce que tal estrategia surgió a instancias del despido de los reverendos, pero que como explicamos en precedencia, no resulta aceptable en la medida en que entre ese hecho y la denuncia pasaron varios meses y ya los reverendos habían reencaminado sus vidas.

Vistas así las cosas, es menester pasar a comparar el comportamiento asumido por el acusado respecto de YLG, en relación al artículo 210 A del C.P., por el cual fue llamado a juicio.

Uno de los ingredientes normativos de este delito es el relacionado con los fines libidinosos pretendidos por el sujeto activo, buscados a través de diferentes acciones como el hostigamiento, la persecución y el acecho, que pueden ser físicos o verbales, contando en los primeros por ejemplo aquellos tocamientos sobre la integridad física de la víctima o en los segundos palabras o frases de contenido erótico.

A lo anterior se debe agregar el elemento inicial del tipo, que tiene que ver con la relación de superioridad manifiesta o de autoridad o de poder derivadas de la edad, el sexo, la posición laboral, social, familiar o económica,

³² CD 5 – Juicio oral – Tercera Sesión marzo 16 de 2016 Minutos 00:23:57

del autor respecto de la víctima, el cual opera en cualquier escenario público o privado, y fue explicado por la CSJ en el caso analizado a través del auto emitido en el radicado 36570 del 8 de junio de 2011, en los siguientes términos:

"... está claro que el artículo 210 A, recientemente introducido al Código Penal, no pretende sustituir ni mucho menos modificar el artículo 404 de esa misma normatividad, sino consagrar como delito una conducta hasta el momento atípica, el comúnmente denominado acoso sexual, por lo general remitido a las relaciones de dependencia o subordinación en el campo laboral, público o privado.

Es por ello que en la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo, se ubica ese nuevo delito dentro de aquellas conductas de género que representan violencia contra la mujer, bajo el entendido que:

"El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la población.

La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares."

En el caso analizado por la Corte, se judicializó la conducta de un juez quien aprovechando su investidura, solicitó favores sexuales de mujeres que, ya sea directamente o a través de familiares y allegados suyos, tenían interés en asuntos que estaban a su cargo, hechos por los cuales fue condenado por el delito de concusión aunque la defensa planteaba se trataba de un delito de Acoso sexual. Al final la Alta Corporación aplicó el principio de especialidad atendiendo a la función que desempeñaba el juez y su condición de servidor público, por lo que se mantuvo la condena por el delito de concusión, sin embargo se pone en evidencia que efectivamente la relación de subordinación y/o dependencia derivada entre otros factores de la posición, la edad o el sexo, constituye uno de los ingredientes del acoso sexual, sobre todo en las relaciones en las que la mujer se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Entonces, revisando el comportamiento asumido por IRRM respecto de YLG, se encuentra en primer lugar que él ocupa respecto de ella una posición de jerarquía que al interior de la comunidad religiosa a la que pertenecía, lo ubicó en una posición de superioridad con poder para incidir inclusive sobre situaciones personales, como cuando presentaba quejas sobre su comportamiento ante el ministro con el que inició un noviazgo y que luego sería su esposo.

Igualmente adelantó varias acciones de hostigamiento, persecución y acecho, como cuando sin su consentimiento era abordada en su casa de habitación, o era presionada a través de los otros integrantes del ministerio de intercesión, para que subiera a su vehículo, las llamadas constantes, los tocamientos en diferentes partes de su cuerpo y respecto de sus prendas íntimas como el brasier, hasta el momento en que intentó besarla a la fuerza y colocar su cuerpo sobre ella, al punto que pensó que sobrevendría un ataque sexual para llegar al acceso carnal. Todo ello con una evidente connotación física que reforzaba lo que ya se había iniciado de manera verbal, cuando le decía por ejemplo que quería tener un hijo con ella.

De todo lo anterior deviene que frente al caso de YLG, efectivamente el comportamiento asumido por IRRM, se adecúa en su integridad al tipo de ACOSO SEXUAL.

Se concluye así que la decisión de primera instancia fue acertada y por ello se confirmará en su integridad.

5.4. OTRAS DISPOSICIONES

Se establece a través del trámite adelantado, que tuvo ocurrencia un hecho delictivo que si bien se incluye en

los fácticos imputados y registrados igualmente en la acusación por parte de la Fiscalía, no así en la imputación jurídica, en tanto que la víctima YAPL da a conocer que en una ocasión RM la invitó a conocer un lugar, para lo cual la recogió en un vehículo, la transportó hacia un sector oscuro y solitario de la ciudad, donde repentinamente la acaricia en su pierna y la besa bruscamente en la boca.

Este hecho por sí solo podría llegar a estructurarse y adecuarse como un presunto delito de Acto sexual violento, según lo previsto en el artículo 206 del C.P. y tuvo ocurrencia en el año 2010, posterior a la vinculación de la víctima a la iglesia principal en enero 6 de ese año y anterior al acceso carnal violento que sucedió en fechas cercanas a las fiestas de Halloween.

Tales actos no se subsumen en la conducta por la cual finalmente se impone condena al acusado de Acceso Carnal Violento, razón por la cual se hace necesario ordenar la compulsa de copias ante la Fiscalía para que se adelante el trámite legal correspondiente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1º. CONFIRMAR** en su integridad la sentencia dictada el día 25 de abril de 2017, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto impuso sentencia condenatoria en contra de IRRM por hallarlo responsable como autor del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, en concurso homogéneo y heterogéneo con el de ACOSO SEXUAL.
- 2º. COMPULSAR** copias ante la Fiscalía para que se adelante la investigación correspondiente por la posible comisión de un delito de Acto Sexual violento, conforme a lo explicado en la parte motiva.
- 3º.** Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días contados a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A SER PROTEGIDAS DE TODA FORMA DE VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL – Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución y el Ordenamiento Jurídico Interno. / EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS – Obligación del Estado y de todas las autoridades de desplegar esfuerzos por utilizar las herramientas jurídicas en pro de tal objetivo. / PREACUERDO – CONTROL MATERIAL: La adecuación típica es un acto de parte que escapa al control judicial, salvo flagrante vulneración de garantías fundamentales. / PRISIÓN DOMICILIARIA – Normatividad Aplicable. / PRISIÓN DOMICILIARIA – Requisitos. / PRISIÓN DOMICILIARIA – Al darse los presupuestos para ello, su concesión no comporta una posición discriminatoria en contra de los derechos de la víctima – Procedencia del sustitutivo de la prisión domiciliaria a favor del condenado, teniendo en cuenta que al verificarse un preacuerdo entre las partes, se consolidó por ese camino, como consecuencia automática, el derecho a la concesión de tal beneficio, al cumplirse los requisitos para ello de acuerdo con la normativa vigente a la fecha de los hechos, ante la ausencia de prohibición para su otorgamiento frente al delito por el cual fue aceptada responsabilidad; determinándose, conforme el análisis realizado de normas del derecho internacional y del ordenamiento interno promulgadas en cumplimiento de las exigencias presentes en las Convenciones del Bloque de Constitucionalidad, que con tal decisión no se adopta una posición judicial discriminatoria en contra de los derechos de la víctima, ni se da prevalencia de los derechos del procesado de manera arbitraria, irrazonable o caprichosa, en tanto no se aplicó la Ley 1709 de 2014 a favor de éste por su condición de hombre y en contra de la mujer por dicha condición, sino que corresponde a la aplicación de la norma que se daría respecto de cualquier persona, sin importar su género, analizando la imputación jurídica contenida en el preacuerdo realizada por la Fiscalía, sobre el cual no procedía el control material por parte de la judicatura; ni se otorgó prevalencia a formalismos por encima de lo sustancial.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS – Adopción de Medidas de Protección y Penas Accesorias – Analizado el contexto en el cual se desarrollan los hechos delictivos en concreto y establecido que el cumplimiento de la pena de manera intramural, no es la única medida de protección de los derechos de la víctima, en tanto es posible adoptar medidas en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, se hace necesario tomar decisiones complementarias, teniendo en cuenta las limitadas o equivocadas actuaciones adelantadas tanto por el ente instructor como por los funcionarios judiciales, imponiendo medidas de protección, que de ser incumplidas pueden dar lugar a la revocatoria de la prisión domiciliaria; y de penas accesorias privativas de otros derechos, así estas no hayan sido solicitadas o impuestas por el a quo o no sean objeto del debate de apelación, al ser necesarias y dando prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADA PONENTE : DRA. BLANCA L. ARELLANO MORENO

Proceso No. : 520016107547201581672 1
Numero Interno : 14236
Sentenciado : RFR
Conducta : Tentativa de homicidio
Aprobado : Acta No. 005 del 27 de marzo de 2017

San Juan de Pasto, treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación, interpuesto por la Fiscalía, Ministerio Público y Representante de víctimas, en contra de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito

de Pasto, a través de la cual se concedió el sustituto de prisión domiciliaria al señor RFR, condenado por el delito de TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO.

1. HECHOS

Los fácticos se registran en la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

“En horas de la noche del 24 de mayo de 2015, en la residencia ubicada en la carrera ... del barrio centro de esta ciudad, RFR arremetió tanto verbal como físicamente contra su compañera permanente PCV, procediendo a propinarle golpes en su rostro y demás partes del cuerpo, hasta el punto de causarle convulsiones y dejarla en estado de inconsciencia. Posteriormente, a la mañana siguiente RFR se dirigió hasta la residencia de MXR – sobrina de PCV – a quien le informó que su tía se encontraba herida en su casa de habitación, ante lo cual luego de arribar a la residencia y constatar el estado de salud de ésta, procedió a solicitar un servicio de ambulancia siendo trasladada inmediatamente al Hospital Civil de esta ciudad, donde ingresó en delicadas condiciones de salud”.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Por los hechos anteriores, la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto, solicitó captura, en contra de RFR, la que fue emitida y una vez que se hiciera efectiva el 30 de julio de 2015, se adelantan ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de garantías las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, en cuyo desarrollo, la señora Jueza declaró la legalidad de la captura, en tanto que la Fiscalía imputó al precitado a título de autor, el delito de TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO, previsto en los artículos 27, 103 y 104 del Código Penal, el cual, con el incremento dispuesto por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, tiene señalada una pena de 200 a 450 meses de prisión.

Para el 4 de septiembre de 2015, la Fiscalía presenta escrito de acusación que fue asignado al Juzgado Tercero Penal del Circuito, despacho ante el cual se presentó luego acta de preacuerdo, en el que la Fiscalía reconoció como beneficio punitivo que el procesado actuó en estado de ira e intenso dolor, y aquel aceptó su responsabilidad, fijándose una pena de prisión de ocho (8) años.

En el trámite de verificación del preacuerdo que se adelantó el 22 de octubre de 2015, se presentó oposición por parte de la Representante de víctimas por considerar que el procesado debe ser privado de la libertad, en la medida en que la detención domiciliaria en el lugar de residencia que compartía con la víctima, le ha ocasionado a ella afectación psicológica por el temor que le infunde el agresor.

El delegado del Ministerio Público, también se opuso, por considerar que si bien el preacuerdo deviene de un acto de parte que le compete a la Fiscalía General de la Nación, la adecuación jurídica realizada, no es concordante con los hechos y los elementos materiales probatorios, que se anexan al preacuerdo, especialmente lo que corresponde a la historia clínica y registro de la atención brindada por el sistema de salud a la víctima, con lo que se evidencia un caso de tentativa imposible, en la medida en que por una parte los actos desplegados por el agresor no son actos ejecutivos idóneos y por otros son equívocos para determinar que su finalidad era el homicidio, aunque se pueden configurar otras conductas, como lesiones personales o violencia intrafamiliar, pues la misma víctima da cuenta de que el golpe en el rostro fue producto de su caída.

La tentativa a que se hace alusión, en Colombia no es punible, según se puede consultar en la decisión de la CSJ, radicado 35180 del 4 de septiembre de 2015, y en ese sentido, el hecho no corresponde en estricta tipicidad al delito de homicidio, por lo que solicita a la Fiscalía que adecúe la conducta conforme a los elementos materiales y a los hechos.

Por su parte la defensa, aclaró que realizó similares reparos, al momento de la imputación, al considerar que no se configuraban los elementos para que la conducta se tipifique como una tentativa de homicidio, lo que no tuvo eco en la Fiscalía; sin embargo, para efectos de suscribir el preacuerdo, se analizaron sus costos y beneficios, encontrando que si bien se puede estructurar desde el punto de vista dogmático un delito de violencia intrafamiliar,

determinó que la adecuación jurídica realizada por la Fiscalía atrae posibilidades en cuanto a los subrogados y sustitutivos penales que no operarían frente al delito de violencia intrafamiliar, resultando más favorable al enjuiciado, que se mantengan los cargos iniciales, aplicando la rebaja que deviene del estado de ira.

El señor Juez avaló los términos del preacuerdo y consideró contrario a lo aducido por el Ministerio Público que sí hubo idoneidad de los medios y existió el objeto material sobre el cual se produjo la conducta del agente, con lo que se presenta realmente una tentativa y así lo estimó la Fiscalía. Mencionó además que la línea jurisprudencial, conocida a través de diversas sentencias de casación y de tutela, aclara que es la Fiscalía la que de manera exclusiva y excluyente tiene la facultad de formular los términos de la acusación.

Como el proceso de adecuación le corresponde a la Fiscalía, las demás partes e intervinientes no tienen poder de veto u objeción alguna, sus delegados son los que interpretan los elementos materiales probatorios y adecúan los hechos a la norma, considerado en el caso que aquella corresponde a una conducta de homicidio agravado en grado de tentativa. Razón por la cual en acatamiento a la línea jurisprudencial, no se realiza intromisión en la función exclusiva del ente acusador.

En consecuencia el señor Juez impartió aprobación al preacuerdo presentado, decisión ante la cual, partes e intervinientes no interpusieron ningún recurso¹.

Ya en la audiencia de individualización de la pena y la sentencia, según el trámite regulado en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el tema de discusión giró en torno a la posibilidad de que se conceda el sustituto de la prisión domiciliaria.

La Fiscalía y la representante de víctimas explicaron los motivos por los cuales consideran que el beneficio no es procedente, oponiéndose a su concesión.

La delegada del ente acusador, aclaró que fijó la pena en ocho (8) años con la finalidad de que al revisar el primer requisito objetivo establecido en el artículo 38 B del C.P. no supere el análisis para conceder la prisión domiciliaria, sin embargo encuentra que la postura asumida por esta Corporación, expuesta en pronunciamiento emitido en el asunto radicado con NI 9787, abre una puerta para que se conceda el sustituto, ya que se establece que al fijarse a través de un preacuerdo, la circunstancia de atenuación de la ira, modifica los extremos punitivos, y son estos los que sirven de base para verificar si se cumple con el monto punitivo para conceder el beneficio, lo que es contrario a lo pretendido por la fiscalía.

Aclara que para el proceso de adecuación jurídica, se quiso dar un plus a favor de la mujer, atendiendo a lo demostrado a través de los EMP en la medida en que el agresor creó un riesgo altísimo para la vida e integridad física de la víctima y dejó además secuelas físicas y psíquicas, imputándose así, el delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

Pero advierte que aun con ese marco jurídico, no sería viable que el procesado cumpla la pena en el domicilio, porque por un lado es el lugar en el que también residía la víctima quien tuvo que salir del mismo, por el acto de agresión, y por otro lado porque se acredita la reincidencia, según se constata con la medida de protección policiva, emitida el 30 de mayo de 2014, por una inspección de policía.

De accederse a que el penado cumpla la sanción impuesta en su domicilio, se revictimiza a la señora PCCV porque pese a que ella suscribe el contrato de arrendamiento del lugar que compartía con el procesado, ella tuvo que salir de su hogar y pasó a ser protegida por su hermana, al punto que ni siquiera puede recoger sus pertenencias, por el terror que le infunde el procesado.

Ahora, la representante de la señora PCCV, coadyuva la solicitud de la Fiscalía, en primer lugar porque se revictimiza a la afectada, lo que viene ocurriendo desde que se concedió detención domiciliaria, momento en que en lugar de ordenar el desalojo del agresor, lo que se hizo fue provocar que fuera la víctima la que saliera de su domicilio.

¹ CD Audiencia de verificación de preacuerdo Archivo 1 – record 00:46:29 a 00:46:50

En segundo lugar se debe analizar que si bien no se imputó el delito de violencia intrafamiliar sí se trata de un caso de este tipo, por lo cual es aplicable la Ley 1257 de 2008.

En tercer lugar, porque la reparación debe ser integral, lo que implica la rehabilitación de la víctima que fue afectada física y psicológicamente, y que por terror al agresor, tiene miedo de salir a la calle.

De esa manera, se debe acudir al Bloque de constitucionalidad, para que el procesado sea privado de la libertad, y se proteja los derechos de la víctima.

La defensa, por su parte, señaló que el procesado no registra antecedentes, trabaja como ebanista, cuenta con arraigo domiciliario, lo que se reconoció por el Juez de control de Garantías, que impuso la medida de detención en domicilio, la que se encuentra cumpliendo.

Ahora, como resulta aplicable el artículo 38 B del CP que fue modificado por la Ley 1709 de 2014, el legislador prescindió del aspecto subjetivo, por lo que las aseveraciones en ese sentido ya no son de recibo para determinar la procedencia del beneficio. Es más, al reconocer la Fiscalía, como único beneficio, la rebaja que corresponde a la atenuante de actuar con ira o intenso dolor como beneficio, es aplicable la decisión del Tribunal, emitida el 22 de septiembre de 2015, 2009 NI 9787, que surte efectos también para determinar que se cumple con los cánones del artículo 38 B numeral 1º del C.P., y más todavía, porque no se ofrecen argumentos para apartarse del precedente.

Tampoco resulta viable acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad para que se deje de aplicar el artículo 38 B que en los términos antedichos constituye un derecho, tanto porque se cumple con el requisito objetivo, como en lo relacionado con el arraigo confrontado con elementos, y validado por policía judicial, que emite un informe de arraigo domiciliario y que fuera respaldado desde las audiencias de garantías.

Ahora, en lo que concierne a los compromisos que se deben asumir, es menester señalar que el tema de reparación integral se debe debatir en el incidente correspondiente, y en cuanto a la dificultad para que la víctima recupere sus pertenencias, se habilitó desde las audiencias preliminares y sigue existiendo la posibilidad de que así lo haga.

Advierte además que el señor RFR sí va a pagar pena, pues no se puede desconocer el carácter punitivo que es elevado en el marco de las negociaciones y evitó el trámite de juicio que sí hubiera sido revictimizante. Así, no hay riesgo de revictimización porque se pueden adoptar todas las medidas para que ello no ocurra.

En cuanto a las obligaciones que devienen del contrato de arrendamiento, informa la defensa que el canon lo está asumiendo el procesado, y se pone de presente que existe sobre el bien un proceso de sucesión y que de todas formas, se dan las condiciones para el cambio de domicilio con apoyo de familiares del procesado.

Todo lo anterior permite que se conceda el beneficio de prisión domiciliaria.

Finalmente el sentenciador emitió condena conforme a los términos del preacuerdo, pero accedió a la solicitud defensiva, por lo que la Fiscalía, el delegado del Ministerio Público y la Representante de víctimas, interpusieron recurso de apelación.

3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

En lo que es objeto de la apelación, y que será estudiado en esta instancia, realiza un chequeo de los requerimientos enlistados en el artículo 38 B del C.P. a efectos de determinar si procede o no la concesión de la prisión domiciliaria, y al hacer la confrontación con la situación jurídica derivada del preacuerdo y sus anexos probatorios, encontró los siguientes aspectos:

En primer lugar, para analizar lo concerniente al requisito de carácter objetivo, se deben tener en cuenta lineamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación de la CSJ, según los cuales para determinar el límite punitivo previsto en el numeral 1º de la precitada norma, se atenderán también los dispositivos amplificadores del tipo penal, entre ellos y como ocurre en el presente caso, la ira e intenso dolor (Rad. 19948 septiembre 15 de 2004).

En la misma línea esta Corporación Tribunalicia, en el fallo citado por la Fiscalía y la defensa², dejó en claro que en lo que atañe a subrogados y beneficios penales, la conducta a tenerse en cuenta es aquella que hace parte del preacuerdo.

De lo anterior resulta que el mínimo de la pena señalado, en la ley para el delito de homicidio tentado cometido en estado de ira es inferior a ocho (8) años de prisión, encontrando satisfecho el primer requisito.

En segundo lugar, se verifica que el punible imputado no hace parte de las exclusiones señaladas en el inciso 2º del artículo 68 A del C.P.

En tercer lugar, los elementos materiales probatorios allegados, dan cuenta del arraigo que ostenta el señor RFR, quien reside y trabaja en el mismo sitio desde ocho años atrás, y que era el que compartía con la víctima, sitio donde además tiene instalado su taller de ebanistería.

Consecuencia de lo anterior, el *A quo*, concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

En cuanto a los reparos realizados por la Fiscalía y la Representante de víctimas, aclara que con la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014, se eliminó aquella exigencia relacionada con el aspecto subjetivo, y en esa medida atendiendo a la voluntad del legislador no le es dable como operador judicial apartarse de la normatividad para negar el sustituto que aparece más que claro.

Tuvo en cuenta sin embargo, la situación que se generó a raíz de la imposición de la medida de detención, ya que el procesado fijó su domicilio para cumplir la restricción, en el mismo lugar que compartía con la víctima, razón por la cual ordenó su salida y reforzó la orden de protección para que se abstenga de acercarse a la señora PCCV y omitir todo tipo de actos y de cualquier naturaleza que la puedan afectar.

3. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

3.1. REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS

Retoma algunos aspectos relevantes de los fácticos y del trámite procesal adelantado, haciendo énfasis en que respecto de lo último, hubo oposición de la afectada en que se realizara un preacuerdo, no obstante, éste se consolidó, luego de lo cual y ante la solicitud de la defensa para que se concediera el sustituto de prisión domiciliaria, tanto la Fiscal del caso como la representación de víctimas se resistieron a que se resuelva a favor del procesado.

Presentó además una crítica sobre las decisiones adoptadas en audiencias de control de garantías, cuando se concedió la detención domiciliaria para que sea cumplida precisamente en el lugar que fue escenario de la violencia física y moral a que fue sometida la señora PCCV, con lo cual se le impidió a ella el acceso a su hogar.

Ahora, en cuanto a las razones del disenso, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

Al aplicar el juez *A quo*, la Ley 1709 de 2014, se requiere la consolidación del requisito objetivo referente a la pena mínima prevista para el delito, que no puede superar los ocho (8) años de prisión, pero además resulta imperativo verificar que el condenado ostente un arraigo familiar y social, sin embargo en el caso, no se puede afirmar que ello sea así, lo cual se trató de demostrar con el testimonio de la señora LC, hermana de la víctima, pero fue negado su recaudo.

Entonces, con los elementos que se tienen, se trata de confrontar la Ley 1709 de 2014 que se encuentra vigente, con aquellas normas que integran el bloque de constitucionalidad y que desarrollan los derechos de las víctimas,

² T.S. de Pasto, AP 15 sep 2015, NI 9787 MP Silvio Castrillón Paz

especialmente cuando son mujeres como sujeto pasivo de violencia. Realizada tal confrontación, era deber del juez de primera instancia, acoger las últimas para negar el sustituto.

Enseguida pasa a relacionar los diferentes instrumentos legales internacionales, que se integran a los artículos 13 y 43 constitucionales, para conformar el bloque de constitucionalidad en defensa de los derechos de las mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas.

A dicho bloque se suman las Leyes 294 de 1996 y 1257 de 2008, que imponen unos principios y medidas a los que debe acudir toda autoridad pública al tener al frente un caso de violencia intrafamiliar, entre ellos que este tipo de comportamientos, debe ser prevenido, corregido y sancionado, con respeto de la igualdad de derechos del hombre y la mujer, exigiéndose además adoptar medidas para garantizar a las mujeres una vida libre de agresiones ya sea que se originen en el ámbito público o privado, así como facilitar el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales establecidos para su protección y atención.

Al revisar los anteriores principios y reglas, se determina que si bien por una parte, el procesado tendría derecho a que se le conceda el sustitutivo domiciliario, también es cierto que la señora PCCV, tiene derecho a que el Estado le brinde protección en contra de su agresor, lo que se logra con su internamiento carcelario, en la medida en que la afectación psicológica resultante del maltrato a que fue sometida, se incrementa con la sola idea de saber que el victimario se encuentra por fuera de un establecimiento carcelario.

Esa afectación psicológica consecuente y persistente, hace parte de la violencia que el Estado se encuentra obligado a eliminar, como parte de uno de los derechos de las víctimas en general y de las mujeres en especial, para que se garantice la no repetición, lo que va más allá de la reparación simplemente económica, acogiendo los principios regulados en los artículos 1º y 2º de la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia y la Convención interamericana de Belém do Para.

Ahora, si bien aquellos temas relacionados con el derecho a la reparación, se deberían debatir a instancias de un incidente, ello no impide en aras de garantizar los derechos de la señora PCCV como víctima, como persona humana, en toda su dimensión, para que se adopten con anterioridad, medidas que faciliten el ejercicio de sus derechos conforme lo explica la Comisión de derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Aunado a lo anterior, el reconocimiento de elementos que en el ámbito internacional, forman parte del núcleo fundamental de los derechos de las víctimas, que son los de Justicia, verdad y reparación y especialmente éste último que exige medidas que tiendan a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Estas últimas, exigen para el caso en concreto que la señora PCCV, tenga derecho a salir a la calle sin temer una agresión de su victimario, con el conocimiento de que él se encuentra en un lugar seguro y que no le representa amenaza, lo que daría impulso para sanar su deteriorada salud mental y plantearse un nuevo proyecto de vida, todo como parte de su proceso de rehabilitación

No es posible que se tengan en cuenta los derechos de los agresores, dejando de lado a las víctimas, para lograr una realidad procesal realmente efectiva como lo enseñó la Corte Constitucional en su fallo de tutela T-967 de 2014.

Resulta de claridad, entonces la obligación de la Administración de justicia para desarrollar su labor con perspectiva de género eliminando cualquier tipo de discriminación, y cumpliendo con el deber estatal de garantizar a todos, una vida libre de violencias, de lograr una investigación, sanción y reparación estructural.

Por lo anterior solicita que se revoque la decisión de primera instancia en lo referente a la sustitución de la pena por prisión domiciliaria y que en su lugar se ordene el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario para garantizar los derechos de la señora PCCV.

Realiza además solicitud especial para que en esta instancia se verifique el estado de salud de la víctima, que se recepcione su declaración y la de su hermana LC, y allega además documentos que no se presentaron por la Fiscalía como respaldo del preacuerdo, para que fueran conocidos por el *A quo*, en el trámite por él adelantado, a lo que se agrega un escrito adicional presentado con posterioridad a la concesión del recurso.

3.2. MINISTERIO PÚBLICO

Inicia su escrito, señalando aspectos relevantes de la naturaleza jurídica de los preacuerdos y el control que sobre ellos realiza el juez de conocimiento.

Pasa luego a hacer una exposición de la dogmática que según su criterio se aplica al comportamiento del procesado, que corresponde a la tentativa imposible, dada la falta de idoneidad de los actos desplegados por él, a lo que agrega como cita jurisprudencial, el radicado No. 35.780 del 5 de febrero de 2007.

En términos generales se puede deducir de la disertación presentada, que lo pretendido por el Delegado del Ministerio Público, coincide con la intervención que realizó al momento en que se le corrió traslado de los términos del preacuerdo, y que consistió en reprochar a la Fiscalía, el proceso de adecuación jurídica realizado, pues en su criterio, no corresponde a los hechos judicializados, lo cual amerita la intervención del Juez de conocimiento para realizar control material de dicha actuación de la Fiscalía.

3.3. LA FISCALÍA

Enfila su reproche de apelación en contra de la concesión del beneficio de prisión domiciliaria, por las siguientes razones:

Aclara inicialmente que el término pactado de pena, que se llevó al monto de ocho (8) años, tuvo como objetivo lograr que la misma se cumpla en establecimiento carcelario, y por ello no se registró en el acta de preacuerdo ningún beneficio que fuera en contra de esa intención.

La circunstancia de atenuación relacionada con el estado de ira, no se encuentra probada, pero se utilizó únicamente para rebajar los topes punitivos, y fijar el quantum de ocho (8) años, de tal manera que no se supere el requisito objetivo mínimo exigido por el artículo 38 B, numeral 1º, del C.P.

Agrega que se debe acudir a pronunciamientos jurisprudenciales que refieren el estudio de las condiciones personales, sociales y familiares del encartado, a fin de estudiar la procedencia del sustituto, como los incluidos en la sentencia del 28 de mayo de 2014, radicado SP 6699 -2014-43524, o el auto del 24 de septiembre del mismo año, radicado AP5749-2014-44309.

Al hacer la valoración de estos aspectos, la Fiscalía realizó un análisis del individuo como tal, encontrando que su comportamiento es de gravedad dada la reincidencia en los actos de agresión contra su pareja.

Adicionalmente, se recalca la importancia de las normas que buscan otorgar herramientas de protección a favor de la mujer, como ocurre con la Ley 1761 de 2015 que tipifica el feminicidio, que exige entre otras garantías la de no repetición de las violaciones de derechos humanos.

En ese contexto, el legislador agregó el delito de violencia intrafamiliar, como medida de protección a favor de las mujeres, en el listado del inciso 2º del artículo 68 A del C.P., lo que debe aplicarse a favor de la señora PCCV, quien era la compañera permanente del señor RFR, y por lo mismo reúne una doble condición de víctima como mujer y como miembro del núcleo familiar conformado con el procesado.

También hace críticas en torno al exigencia prevista en el numeral 3º del artículo 38 B del C.P., sobre el arraigo familiar y social del condenado, ya que el lugar donde está cumpliendo la privación de la libertad corresponde a aquel que fuera el domicilio compartido con la víctima, al que ella por temor no ha vuelto, en tanto que su agresor se encuentra ahí, agregando que sobre él, se celebró un contrato de arrendamiento, en el que figura como arrendataria la señora PCCV, sin que se defina la titularidad del derecho de propiedad por encontrarse en trámite de sucesión, lo que significa que el señor RFR no tendría un verdadero arraigo.

Ahora, la defensa ofreció como solución el cambio de domicilio, y así se aceptó por el Juez de conocimiento, por lo que se ordenó en la sentencia esa variación, sin embargo no se concretó cuál sería ese nuevo lugar en el que se purgará la pena. Siendo así, no estaría demostrado el arraigo, al momento de la audiencia en la que se ventiló el tema.

Hace notar que en el plenario no existe además ninguna forma de apoyo por parte del agresor hacia la víctima para que ella alcance su recuperación, o para que se garantice la no repetición.

Así las cosas, la función de la pena prevista en el artículo 4º del C.P. sobre retribución justa frente a los hechos de agresión física y psicológica, se cumplirá con el cumplimiento efectivo de la pena en el establecimiento carcelario, al igual que se cumplirá la función de prevención general, para dar relevancia a los derechos de las víctimas mujeres.

Solicita en consecuencia la Fiscalía que se revoque el beneficio concedido para que la pena se cumpla en establecimiento carcelario, tanto por la pena impuesta de ocho (8) años como por lo relacionado con el arraigo familiar y social.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 COMPETENCIA

Según lo normado en el numeral 1º del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de octubre 22 de 2015, proferida por el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Pasto, quien concedió el sustituto de prisión domiciliaria al sentenciado RFR.

4.2 PROBLEMAS JURÍDICOS

La Sala se ocupará en esta oportunidad de los siguientes cuestionamientos:

¿La argumentación presentada por el Delegado del Ministerio Público para controvertir la sentencia condenatoria, ofrece elementos para resolver de fondo su petición?

¿El trámite de segunda instancia permite la aducción de pruebas aportadas por la parte apelante?.

¿Atendiendo a la normatividad vigente a la fecha de los hechos - *24 de mayo de 2015* - procede negar el sustituto de prisión domiciliaria, al acusado de la comisión de un delito de homicidio en grado de tentativa, en el que la víctima es su compañera permanente?.

¿Procede ordenar la privación de la libertad en establecimiento carcelario, del señor RFR, como medida de protección a favor de la señora PCCV?

¿Procede la imposición de medidas de restablecimiento de derechos a favor de la víctima PCCV?

¿Procede la imposición de penas accesorias privativas de otros derechos según lo establecido en el artículo 43, numerales 10 y 11 del C.P.?

4.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.3.1. Sustentación del recurso de apelación

Respecto a los requisitos para sustentar en debida forma el recurso de impugnación, esta Sala ya se ha pronunciado en anterior oportunidad, por lo cual retomamos los argumentos legales expuestos para aquella ocasión³.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia nos indica:

³ TSP, AP 20 oct 2016. CUI 528356000538201500122, NI 15483 MP Blanca Lidia Arellano Moreno

"Primero, la necesidad de sustentar debidamente la impugnación presentada. Esto comporta, de una parte, que toda impugnación debe ser sustentada, pero además, que no basta la mera sustentación, sino que esta debe ser adecuada al objeto de controversia.

De manera pues que no basta con sustentar sino que esa argumentación debe ser debida, adecuada, apropiada al caso.

Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión".⁴

Por lo explicado, la Corte enfatiza en que no puede atenderse como sustento del recurso que se interpone, si el interesado, no presenta contraargumentos, que pongan en evidencia los errores o falencias que contiene la decisión que se controvierte.⁵

De manera semejante y de tiempo atrás, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil (auto del 30 de agosto de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén), expuso sobre ese deber de sustentación, que es pertinente al caso en cuanto a la finalidad que se busca con el trámite de apelación:

"Si como ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnación, expresión ésta derivada de la voz latina impugnare que significa "combatir, contradecir, refutar", tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación".

4.3.2. Principio de preclusividad

Ha sido definido por la Corte en los siguientes términos:

"En materia penal, el proceso tiene una estructura formal y otra conceptual. La primera guarda relación con el principio antecedente-consecuente, inherente al conjunto o sucesión escalonada y consecutiva de actos jurisdiccionales con carácter preclusivo regulados en la ley procesal, los cuales lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica (en la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004: imputación, acusación, audiencia preparatoria, juicio y sentencia).

La segunda, esto es, la estructura conceptual, se relaciona con la definición progresiva y vinculante del objeto del proceso penal, el cual no es otro que el de establecer, mas allá de toda duda, por una parte, la realización de un comportamiento humano de acción u omisión verificable en el mundo exterior o físico, que halla correspondencia en la descripción legal y abstracta de una conducta punible; y de otra, determinar la consecuente responsabilidad del sujeto al que se atribuye la respectiva conducta de connotación jurídico-penal".⁶

⁴ CSJ AP, 19 sep. 2012, rad. 38.137, MP Fernando Alberto Castro Caballero.

⁵ CSJ SP, 23 feb 2011, Rad. 35.678 y CSJ SP, 28 sep 2011. Rad. 37.258.

⁶ CSJ SP 8 jun 2011, rad. 34022 MP Julio Enrique Socha Salamanca. Ver también: rad. 15833 jun 13 de 2001, rad. 15820 abr 24 de 2003 y rad. 25963 oct-10 de 2006.

4.3.3. Prisión domiciliaria y Violencia intrafamiliar

En lo que concierne al sustituto de prisión domiciliaria, el ordenamiento interno se integra por los artículos 38, 38 B y 68 A del C.P., en los cuales se relaciona como uno de los comportamientos que se excluyen para su concesión, el de violencia intrafamiliar, más no el de homicidio, que es aquel por el cual se judicializó al señor RFR.

Lo anterior, sin embargo no impide que revisemos el contexto en el cual se desarrolla el hecho delictivo en concreto, no con el ánimo de realizar un control material de la adecuación jurídica realizada por la Fiscalía como titular de la acción penal, sino para adoptar decisiones complementarias en aras de proteger los derechos de la víctima como adelante se mirará.

El contexto entonces, tiene que ver con acciones de violencia que se ejercen por un hombre en contra de una mujer, y que de manera específica, ocurren al interior de una relación de convivencia que llevaban como pareja marital, los señores PCCV y RFR, en lo que se encuentran ingredientes que pueden ajustarse a un acto típico de violencia intrafamiliar, aunque por supuesto en ejercicio de la facultad constitucional y legal que se atribuye a la Fiscalía, en este caso fue direccionada hacia una adecuación jurídica diferente, en razón a la gravedad del delito, la que resulta razonable, en virtud de que es el mismo artículo 229 del C.P. el que establece una cláusula de subsidiaridad, al regular que el maltrato físico o psicológico a cualquier miembro del núcleo familiar, constituye Violencia Intrafamiliar, *“siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”*.

Atendido ese contexto, resulta relevante, como así lo invoca la representante de víctimas revisar la normatividad interna, que por un lado proporciona herramientas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar y que por otro, busca la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres

Así, el legislador preocupado por el incremento de casos y el nivel de violencia en contra de las mujeres y además de la afectación de la armonía que debe integrarse en la relaciones de los miembros de un grupo familiar, atendiendo además a las exigencias de aquellos instrumentos internacionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad ha emitido diversas leyes que retomaremos en nuestro análisis en la medida en que se avance en la solución del caso.

Estas son la Ley 294 de 1996, la Ley 575 de 2000 y la Ley 1257 de 2008, las que se complementan con los decretos 652 de 2001 y 4799 de 2011, que las reglamenta.

No incluimos en esta ocasión atendiendo a la fecha de los hechos la Ley 1761 de 2015 que tipifica el feminicidio, dado que su vigencia es posterior.

4.3.4. Bloque de Constitucionalidad

Y no puede la Sala, dejar de lado, el ordenamiento internacional, que se integra al colombiano a través del concepto de Bloque de constitucionalidad, al que acude de manera reiterada la Representante de víctimas, a fin de que se reconozcan aquellos derechos humanos que le asisten a la señora PCCV, para proponer una fórmula jurídica que propenda por la priorización de los mismos respecto de aquellos que le asisten a su excompañero permanente, como autor del delito de tentativa de homicidio, y de esa forma arribar a su privación efectiva de la libertad de manera intramural.

Por lo anterior, es importante recordar algunos aspectos de esta institución jurídica.

Así, debe entenderse que la constitución no solo comprende su articulado sino que por orden de la misma según se desprende de los artículos 53, 93 y 214, se integran también todas aquellas normas, principios o parámetros o estándares del orden nacional o internacional que sirven para aplicar la constitución, para interpretarla o como parámetros de constitucionalidad frente al ordenamiento jurídico.

Al respecto el conocido tratadista Rodrigo Uprimny Yepes explica:

La noción de Bloque de Constitucionalidad implica asumir que existen una serie de normas que hacen parte de la Constitución por mandato mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en el mismo. Esas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos.

El Bloque de constitucionalidad obliga entonces a entender que la Constitución no es un texto cerrado y rígido, sino que por el contrario está nutrido de una cantidad de enunciados normativos a los que los operadores jurídicos deben acudir en el ejercicio judicial por ser parte integrante de la Carta, de ahí que para evitar vulneraciones a la seguridad jurídica sea necesario identificar cuáles son esos enunciados.⁷

Por su parte la Corte Constitucional en su Sentencia C- 225 de 1995⁸, analizó la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, y procedió a determinar la jerarquía normativa que ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados en Colombia frente a la constitución, en lo que encontró que el artículo 4º de la Constitución que establece su supremacía como norma de normas entraba en aparente contradicción con el artículo 93 que otorga prevalencia a los convenios de derechos humanos y con el artículo 214-2 que otorga prevalencia a los tratados de derecho internacional humanitario. Para armonizar y solucionar esta aparente contradicción la Corte concluyó que dichos tratados y convenios forman con la constitución un “bloque de constitucionalidad” concepto al que se refirió en los siguientes términos:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

Como se trata de un concepto en construcción, la Corte Constitucional ha precisado sus alcances ya sea restringiendo o ampliando aquellas normas, principios, parámetros o estándares del orden nacional o internacional que forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

Se restringe como en casos en los que la Corte precisa que no todos los convenios o tratados del orden internacional sobre derechos humanos, hacen parte del Bloque y que de igual manera se debe revisar la temática de aquellos convenios o tratados que pese a encontrarse ratificados, no hacen relación precisa sobre derechos humanos, como así se explicó en las sentencias C-295 de 1993⁹ y C-401 de 2005¹⁰. Se amplía como los eventos en que la Corte incluye aquellas leyes sin rango constitucional pero que la propia Constitución ordena que sean respetadas por las de tipo ordinario, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados temas, y así lo explicó en la sentencia C-578 de 1995¹¹.

⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Módulo: Bloque de Constitucionalidad. Derechos Humanos y Proceso Penal. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá. 2006. Pág. 58.

⁸ En dicha decisión se adelantó el control constitucional automático y oficioso del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)” y la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprobó dicho Protocolo

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Nuevamente, el tratadista Rodrigo Uprimny Yepes, concreta de manera muy didáctica el manejo de la Corte respecto del Bloque de Constitucionalidad en ambos sentidos, al respecto indica:

En general la jurisprudencia se refiere al Bloque de Constitucionalidad, en sentido estricto, como las normas que tienen jerarquía constitucional, sin importar cuál sea la norma que produce su integración al bloque, para distinguirlo del bloque en sentido lato, que contiene además aquellas disposiciones que sin tener jerarquía constitucional son parámetros de constitucionalidad de las otras leyes, como las leyes estatutarias y orgánicas¹⁰.

Para nuestro asunto, resulta pertinente el bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, pues en él, se encuentran comprendidos las siguientes normativas:

- Preámbulo
- Articulado constitucional
- Tratados de límites ratificados
- Tratados de derecho humanitario
- Tratados ratificados que reconocen derechos humanos que no pueden ser suspendidos o limitados en estados de excepción.
- Tratados de Derechos humanos ratificados, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, para efectos de delimitar el contenido y los límites de los derechos constitucionales.
- Convenios de la OIT, sobre derechos humanos referidos al ámbito laboral y no estarían integrados aquellos otros convenios de la OIT que regulan aspectos meramente técnicos o estadísticos.

Además de lo anterior y en lo que concierne a la protección y garantía de los derechos humanos, los tratados y convenios han sido objeto de interpretación, de estudios, de decisiones por parte de los órganos de control u órganos especializados, de declaraciones o principios, etc., que si bien no entran directamente al bloque de constitucionalidad, en algunos casos adquiere relevancia o importancia, para la toma de decisiones a nivel interno, aunque se discute si pueden llegar a ser vinculantes o no, acudiendo quienes abogan por lo primero al artículo 93 inciso 2º de la Carta, puesto que se trataría de referentes de interpretación.

De esa manera, arribamos, a aquellos instrumentos internacionales, que hacen parte del concepto de Bloque de Constitucionalidad, para nuestro caso. En primer lugar la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (En adelante Cedaw)*, que fue aprobada por la ley 51 de 1981, mediante la cual los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar tal discriminación.

También la *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para"*, que fue adoptada en Colombia, con la Ley 248 de 1995, a través de la cual se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

4.4 ESTUDIO DEL CASO

El análisis en concreto para el señor RFR, se realizará conforme a los puntos en discusión planteados en el problema jurídico.

4.4.1. Apelación presentada por el Delegado del Ministerio Público

De entrada se debe advertir, que los términos de la sustentación esbozada por el agente del Ministerio Público, no resulta coherente para controvertir los fundamentos de la decisión que es objeto de análisis en esta instancia y por eso mismo se determina que la misma no reúne las condiciones que permitan a esta Sala realizar un pronunciamiento de fondo respecto de la temática expuesta, como se pasa a explicar.

¹² UPRIMNY, op. cit., p.65.

En primer lugar es posible extraer que el objeto que engloba la exposición argumentativa, va dirigido a que se realice control material de la adecuación jurídica de los hechos presentada por la Fiscalía y contenida en el preacuerdo que fuera aceptado por el señor RFR.

Y no solo del contenido de la sustentación ahora presentado, se deduce el objeto enunciado, sino que deviene además de la comparación de las razones ahora expuestas con aquellas que fueron dirigidas al juez de conocimiento, al momento de oponerse a que se declare la legalidad del preacuerdo, y que comparativamente son idénticas.

Concretado de esa forma, el fin de la apelación, se determina que tal actuación, va en contravía del principio de preclusividad, porque la oportunidad para realizar tal control, se ubica al momento de analizar los términos de negociación procesal entre la Fiscalía y el procesado. Así pues, al presentar su oposición el Ministerio Público y verificar que la misma no fue atendida, quedaba, habilitado para impugnar la decisión que declaró la legalidad del preacuerdo, alegando por ejemplo, como fin perseguido la defensa del orden jurídico o la preservación de las garantías fundamentales, y derechos de las víctimas o que la adecuación jurídica era totalmente ilegal y arbitraria, para exigir que el juez de conocimiento invalide los términos de la negociación.

No obstante, dejó fenecer el momento propicio para oponerse a la legalidad, ya que el señor Juez de conocimiento, mediante decisión motivada, analizó los puntos esgrimidos, e hizo referencia a que no estaban estructurados los elementos de la tentativa imposible, igualmente adujo que los actos desplegados por el procesado, sí podían clasificarse como idóneos para afectar la integridad física de la víctima y por lo mismo en el caso no procedía realizar control material de la adecuación jurídica presentada por la Fiscalía

Retomar ahora, tal discusión, hace que la sustentación presentada, no genere un debate dialéctico en relación a los fundamentos de la sentencia condenatoria, pues en ella ninguna alusión de fondo se hace sobre la legalidad del preacuerdo, cuando la misma fue resuelta en decisión previa a la emisión del sentido del fallo y la audiencia de individualización de la pena y la sentencia.

Es más, si pretendiéramos pasar por alto tal falencia, tampoco se esgrimen razones de tal fortaleza que lleven a la Sala a tocar un punto ya superado, ni el remedio procesal, pues no indica el apelante, si lo que se pretende es la nulidad de la decisión, o que se absuelva al condenado, al considerar que su comportamiento se adecuaba a un evento de tentativa imposible, o que se revoque la prisión domiciliaria concedida, o cualquier otra vía procesal, que amerite atender su petición.

Por lo anterior, no es dable en este estadio ahondar en el análisis de fondo sobre sus argumentos y en su lugar la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre lo expuesto por dicho apelante.

4.4.2. ¿El trámite de segunda instancia permite la aducción de pruebas aportadas por aquella parte que impugna?.

A pesar de que esta problemática resulta extraña para quien sea respetuoso de la legalidad procesal, no es novedosa, por lo que en el mismo asunto que ya fue estudiado por esta Sala¹³, se dejó en claro que esta instancia no tiene por objeto complementar el acervo probatorio recaudado en el primer nivel, en atención a que los estadios propicios para solicitar, decretar y practicar cualquier medio de conocimiento se encuentran claramente establecidos en el estatuto procedimental penal.

Así, en lo que tiene que ver la demostración de las afectaciones a la integridad física o psicológica de la víctima, dependerá del fin pretendido por la parte interesada; si lo es para acreditar la materialidad delictual, el momento procesal se encuentra más que superado y si lo es para hacer efectivos derechos de la víctima tendientes a lograr una reparación integral el escenario propicio para ello lo será el incidente que se inicie con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, o si se requiere la imposición de medidas de protección, se encuentran a la mano herramientas procesales especiales a las que es dable acudir, esto es las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 257 de 2008, y el decreto 4799 de 2011, como luego se explicará con más detalle.

¹³ TSP, AP 20 oct 2016. CUI 528356000538201500122, NI 15483 MP Blanca Lidia Arellano Moreno

Esta posición, no resulta de ninguna forma, desfasada del ordenamiento legal, ni del respeto que se exige por el desarrollo normal del proceso, según el orden fijado para cada etapa por la ley, lo que se relaciona con el principio de preclusividad, lo que exige a cualquiera de las partes o intervinientes, tener claro que una vez agotada una etapa se continuará con la subsiguiente según el derrotero indicado en el ordenamiento legal, por lo que una vez proferida la sentencia que en este caso fue condenatoria, e interpuesto el recurso de apelación, el único paso a seguir es el de presentar los argumentos de disenso.

Y así lo explicó la Corte cuando se encontró con una situación similar aunque en un tipo de proceso diferente, pero que esta Sala se permite citar a manera de ejemplo:

Pues bien, el trámite del que ahora es objeto esta actuación –la resolución por el ad-quem de un recurso de apelación respecto de una decisión tomada por el Magistrado de Control de Garantías- no contempla la práctica probatoria; de suerte que si ésta tuviera lugar en sede de segunda instancia el recurso de apelación se desnaturalizaría, pues la Corte ya no entraría a pronunciarse sobre los elementos de juicio que tomó en consideración el funcionario de primer grado, así como sobre la determinación adoptada con fundamento en ellos, sino que lo haría sobre elementos de juicio sobrevinientes, respecto de los cuales el competente –en este caso el Magistrado de Control de Garantías- no ha tenido oportunidad de emitir una decisión¹⁴.

Por lo anterior no resulta procedente bajo ningún punto de vista en esta instancia, tener como válida la prueba documental aportada al escrito de impugnación o los presentados con posterioridad al término que corrió para presentar la sustentación correspondiente, por lo que serán desglosados todos aquellos documentos o escritos que reúnan esas condiciones, para su devolución a quienes los presentaron.

4.4.3. Prisión domiciliaria

Son coincidentes, la representante de la víctima como la Fiscal delegada, en un solo cuestionamiento de fondo hacia la decisión del A quo, con base en aspectos que se dieron a conocer por la primera desde la confección del preacuerdo y por la segunda desde la audiencia de individualización de la pena y la sentencia.

El fin último de la disconformidad se centra en buscar que el señor RFR, cumpla la pena de prisión impuesta en establecimiento carcelario y no en su domicilio, para lo cual se propone una ponderación de los derechos de la víctima y del procesado, priorizando los primeros, con base en cuatro aspectos:

- i) La posición de la Fiscalía, en contra de la concesión del sustituto, que se pone de presente en los términos del preacuerdo, en el cual en ninguna cláusula se consignó como consecuencia el otorgamiento de la prisión domiciliaria. Aunado a ello se pactó el monto de pena en 8 años, precisamente para que no se cumpliera el primer requisito objetivo previsto en la norma, con lo cual el reconocimiento de la circunstancia de atenuación relacionada con el estado de ira, si bien no se encontraba demostrada, se utilizó únicamente para efectos punitivos.
- ii) La falta de arraigo
- iii) El análisis de un elemento de tipo subjetivo, atendiendo por un lado la gravedad de la conducta, derivada de la violencia intrafamiliar ejercida hacia la señora PCCV por el agresor RFR con quien había conformado una unión marital de hecho y por otro lado, al considerar que los antecedentes de reincidencia en la agresiones, presentan un pronóstico negativo de sus condiciones individuales y familiares, que exponen a la víctima a un peligro constante, que la atemoriza, cuando piensa en que su agresor se encuentra por fuera de un establecimiento carcelario.
- iv) El respaldo normativo que se encuentra inmerso en el Bloque de Constitucionalidad, para que se imponga medidas de protección a favor de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

¹⁴ CSJ, AP 1 sep. 2010, rad. 33857

v) La Fiscalía, adicionalmente solicita que se tenga en cuenta el contexto, en el que ocurre el delito, que incluye elementos de violencia intrafamiliar, comportamiento que el legislador incluyó en el listado del inciso 2º del artículo 68 A del C.P. como medida de protección a favor de las mujeres, lo que debe aplicarse a favor de la señora PCCV, quien era la compañera permanente del señor RFR, y por lo mismo reúne una doble condición de víctima como mujer y como miembro del núcleo familiar conformado con el procesado.

Extractados estos aspectos, retomamos el primero de ellos, el que tiene que ver con los términos del pacto realizado por la Fiscalía con el procesado, respecto de los cuales, dicha entidad representada por su delegada, refiere que entre sus objetivos, no estaba previsto que el procesado accediera a algún beneficio o subrogado o sustitutivo, de ahí que el monto de la pena pactado fuera de 8 años, precisamente para que no supere el primer requisito de tipo objetivo del artículo 38 B del C.P.

En este punto, llama la atención, que la Fiscalía no haya visualizado las consecuencias de la negociación, como sí ocurrió con la defensa, la que de manera muy acuciosa, encontró que la posición jurídica asumida por dicha entidad desde la imputación, podría atraer algunos beneficios procesales a su prohijado, puesto que el delito de homicidio no se encuentra incluido en el inciso 2º el artículo 68 A del C.P., como sí lo está el delito de violencia intrafamiliar, y ello le abriría el camino para una posible aceptación de responsabilidad sin las limitaciones que tal normativa impone.

Por otra parte encontró también que el sustituto de prisión domiciliaria al cual podía acceder por lo anterior, no exige ningún análisis del requisito subjetivo, como sí ocurría en precedencia.

Realizó así la defensa, una proyección procesal, determinando lo favorable de la imputación, que no fue tan clara para la Fiscalía y por esa razón, los términos formulados en el preacuerdo no surtieron los efectos deseados para dicha entidad.

Si la Fiscalía hubiese visualizado las consecuencias de la negociación, de manera similar a la realizada por la defensa, los términos de la misma seguramente serían diferentes, ateniéndonos a la aclaración que luego se presentó en oposición a la concesión del sustituto domiciliario. Tuvo a su alcance el ente acusador, la posibilidad de plantear los términos del acuerdo, según sus objetivos, pues debemos recordar que la judicialización del señor RFR, no operó en situación de flagrancia, razón por la cual las rebajas porcentuales en caso de aceptación de cargos, no serían aquellas que impone el artículo 57 de la ley 1453 de 2011.

De tal forma que quedaban abiertas las puertas para realizar un acuerdo, conforme lo regula el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, ya que se encontraba presentado escrito de acusación, pactando una rebaja de la tercera parte de la pena, que acogiendo las normas de la imputación jurídica del preacuerdo, -artículos 27, 57, 103 y 104 del Código Penal - llegaba a un monto aproximado en los extremos mínimos de 11 años, un mes y 10 días, nada desproporcionado frente a la gravedad del hecho que se judicializa. Así mismo, se presentaba la posibilidad, de tener en cuenta la actitud del procesado, quien después de su comportamiento agresivo, buscó la ayuda de los familiares para lograr la asistencia médica que evitó la muerte de su víctima, para variar así la imputación hacia una tentativa de homicidio, con aplicación del inciso 2º del artículo 27 del C.P. que llevaría el extremo mínimo punitivo también a 11 años un mes y 10 días y luego aplicar la rebaja de la tercera parte por la aceptación de cargos, resultando un monto de 7 años 4 meses y 9 días, cercano aunque por defecto a la pena finalmente pactada.

Ahora, si como bien lo explicó la Fiscalía, ya era de su conocimiento, la posición asumida por esta Corporación, en la decisión tantas veces invocada¹⁵, lo lógico era realizar un preacuerdo que no ofreciera ningún riesgo, en lo que concierne a la modificación de los extremos punitivos, al incluir una circunstancia atenuante como la prevista en el artículo 57 del C.P.

Es más, en algún momento, la Fiscal del caso, hizo entrever que el criterio del Tribunal, era aislado y cuestionable, sin tener en cuenta que se ajusta a la jurisprudencia nacional emitida por el máximo órgano de cierre en materia

¹⁵ TSP AP 15 sep 2015, NI 9787

penal, que bien fue invocada por el A quo, y que igualmente se estudia a fondo en el radicado NI 9787, de esta Corporación, por lo que no es factible atribuir consecuencias, respecto de una interpretación que se encuentra consolidada en la jurisprudencia nacional.

Resulta entonces, en este tópico, que efectivamente la pena imponible que no la impuesta para el caso, se establece para el delito de tentativa de homicidio agravado cometido en estado de ira, en 2 años, 9 meses y 10 días, lo que significa a las claras que, se cumple a cabalidad con lo exigido en el numeral 1º del artículo 38 B del Código Penal, de lo que deviene sin efectos prácticos frente al instituto de la prisión domiciliaria, que la Fiscalía elevara el monto de la pena pactado a 8 años de prisión.

Por lo mismo, la decisión del A quo se ajusta a la legalidad en cuanto al análisis realizado sobre el primer requisito objetivo del sustituto.

Ahora bien, esto nos permite, presentar el caso ante la Dirección Seccional de Fiscalías, para que se estudie los términos del preacuerdo ahora presentados, para que en futuras oportunidades, se tenga en cuenta los derechos de las víctimas mujeres y que haya una mejor claridad sobre las consecuencias de los términos de la negociación, pues no solo debe darse esta condición para quien acepta su responsabilidad, sino también para el ente acusador.

Finiquitado lo anterior, pasa la Sala a examinar el segundo aspecto que sirve de fundamento a la impugnación tanto de la Fiscalía como de la Representante de víctimas, en relación a la alegada falta de arraigo del condenado que impediría la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, y es el mismo artículo 38 B del C.P. el cual en su numeral 3º exige la demostración de dicho elemento como uno de los presupuestos para efectos de conceder el beneficio.

Esta condición, implica según una de sus acepciones que se deriva precisamente del verbo arraigar, que la persona de que se trata se encuentre establecida de manera permanente en un lugar, en el cual tenga vínculos con personas o cosas, y vemos que los mismos deben ser de índole social y familiar.

Con esta introducción, pasemos a ver, aquellas circunstancias que tuvo en cuenta el señor Juez de primera instancia, quien encontró que conforme a la revisión de los EMP presentados en el preacuerdo, el condenado, reside y trabaja en el mismo sitio desde ocho años atrás, que es el mismo que precisamente compartía con la víctima, y donde además tiene instalado su taller de ebanistería.

Vemos fácilmente, que un período de ochos años, indica un ánimo de permanencia, aunado a la relación sentimental que existía con la señora PCCV, que representa un vínculo estable para considerar su arraigo familiar, y que se fortalece con el oficio desempeñado por el señor RFR, quien como ebanista, presta sus servicios en el mismo lugar donde funciona su taller.

Estos hechos, en ningún momento fueron controvertidos en la audiencia de individualización de la pena y la sentencia, por parte de la Fiscalía o de la representante de víctimas, lo que además según se denota por la concesión de la detención sustitutiva de la intramuros, fueron acreditados desde los inicios de la actuación procesal.

La representante de la víctima, acota que la ausencia de arraigo, se trató de demostrar con el testimonio de la señora LC, hermana de la víctima, el cual no se recepcionó por la negativa emitida por el juez de conocimiento.

Sin embargo, al hacer una verificación del audio que fija los términos de la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se constata que el testimonio fue solicitado por la Fiscalía en relación a un tema muy diferente al del arraigo del sentenciado¹⁶, pues el objeto era demostrar las lamentables condiciones en las que se encuentra la víctima, quien tuvo que abandonar su hogar para protegerse al lado de su hermana. Esta finalidad, fue perfectamente entendida por el señor Juez, de ahí, su negativa¹⁷, pues ninguna relación tenía con la temática propuesta respecto al sustituto de la prisión domiciliaria.

¹⁶ CD Audiencia de verificación de preacuerdo Archivo 1 Record 01:05:47

¹⁷ CD Audiencia de verificación de preacuerdo Archivo 1 Record 01:07:41

Claro, resulta criticable el hecho de que no se tuviera en cuenta al imponerse la medida domiciliaria que esta se cumpliría, en el mismo lugar de residencia de la víctima, y que no se ordenara el cambio correspondiente, pero independientemente de ello, se tiene demostrado que aún antes de la imposición de la restricción, el procesado ya contaba con un arraigo con todas sus connotaciones de permanencia y estabilidad, a las que ya nos hemos referido.

El hecho de que el *A quo*, adopte una medida de protección y además correctiva para ordenar el cambio de domicilio al momento de proferirse sentencia, no hace desaparecer aquellas condiciones que demuestran el arraigo del procesado RFR, pues ello resulta como consecuencia de una orden judicial, que lógicamente tendrá sus parámetros para lograr su cumplimiento.

De lo que nuevamente, encontramos que la decisión de primera instancia se adecúa a la normativa prevista para la concesión del sustituto controvertido.

Pasa la Sala a analizar el tercer aspecto, que implica la valoración del aspecto subjetivo derivado de la gravedad de la conducta y la reincidencia de maltrato por parte del agresor hacia su víctima, que indicarían que el señor RFR representa un peligro tanto para ella como para la comunidad.

Tal propuesta, nos lleva a realizar una búsqueda, en el ordenamiento jurídico interno, para tratar de encontrar cualquier referencia normativa a esta valoración, y encontramos como la más cercana, si se quiere utilizar un parámetro temporal, el originario artículo 38 del C.P. antes de la reforma de la Ley 1709 de 2014, denotando que dicho elemento subjetivo se había mantenido desde la ley 599 de 2000, en su texto original, luego en la Ley 1142 de 2007, y finalmente en la Ley 1453 de 2011, para luego desaparecer con la Ley 1709 de 2014.

Resulta de importancia, recordar su texto, para proceder a compararlo con aquel vigente para la fecha de los hechos:

ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- 1. ...*
- 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*
- 3. ...*

Y establece actualmente la norma, según el adicionado artículo 38 B:

Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
 - 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*
 - 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*
- En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.*
- 4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones*
- (...)*

Como vemos, de la comparación de los anteriores textos, sin ninguna dificultad, se determina que la voluntad del legislador, fue eliminar de aquellos requisitos para otorgar el sustituto, el análisis que llevaba a valorar el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, y que al hacerlo se determinara de manera seria y fundada que al conceder el beneficio se colocaría en peligro a la comunidad y se facilitaría la evasión para el cumplimiento de la pena.

Siendo así, no le quedaba otra alternativa al Juez de primera instancia que omitir su estudio, pese a la insistencia de la Fiscalía y la Representante de la víctima para que se tenga en cuenta la gravedad de los hechos, las consecuencias

negativas en la vida e integridad física y psicológica de la señora PCCV, o los antecedentes de agresión que hacen prever una posible repetición del comportamiento delictivo del señor RFR.

Esta situación jurídica debió ser prevista por la Fiscalía desde el momento mismo en que se estudiaba la posibilidad de realizar una negociación con el procesado, ya que los términos pactados, así no se haya indicado expresamente en el acta que se buscaba la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, ante la línea jurisprudencial de la CSJ y la voluntad del legislador, su concesión deviene en automática, frente a la adecuación jurídica realizada con reconocimiento de que el procesado actuó en estado de ira. Así, pues, debe entenderse que tal actuación no surte efectos únicamente punitivos, y lo que en principio se presenta como una ficción fáctica para dichos efectos pasa a convertirse en una realidad jurídica que hace parte de la imputación, debiendo entenderse como una variación de la misma.

Ahora, si a manera de ensayo se pretendiera acceder a la propuesta formulada, por la Fiscalía y la Representante de víctimas, el camino procesal resultaría equivocado porque se pretende la aplicación ultractiva de una norma que no estaba vigente a la fecha de comisión de los hechos, ello en contravía de los elementos que estructuran el principio de favorabilidad, pues este se encuentra inescindiblemente ligado a los derechos del procesado, como destinatario de su judicialización, más no de la víctima.

Se encuentra además que tal instituto exige que se encuentre inmersa por lo general, una sucesión de leyes, que genera un conflicto en la aplicación de las mismas, cuando el proceso hace su recorrido en vigencia de dos o más normas en diferentes espacios o períodos de tiempo, sobre los cuales se ha adelantado el trámite.

Tan solo en una ocasión, se dio aplicabilidad al principio de favorabilidad, frente a la coexistencia de dos leyes y no de sucesión, que tuvo ocurrencia, en el tema de terminación anticipada o abreviada del proceso, regulados en la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004¹⁸, situación que de ninguna forma se aproxima al presente caso.

Sobre el principio de favorabilidad, son innumerables los pronunciamientos de las Altas Cortes, que nos enseñan los elementos a los que hacemos alusión, encontrando a manera de ejemplo la sentencia C-581 de 2001, en la cual la Corporación Constitucional indicó que dicho principio constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, y tiene origen en la máxima "*favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*" (*lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse*), **y solamente tiene operancia cuando existe sucesión de leyes.** (negrillas y subraya fuera de texto).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, explicó el tema en los siguientes términos:

*iv) El principio de favorabilidad, en buena medida, corresponde a una ficción: si de retroactividad se trata, finge que el hecho se ha cometido en vigencia de la ley nueva, que supone reinante para la época de comisión del hecho y por ello la retrotrae, es decir, hace de cuenta que esa ley regía desde tiempo atrás, **para que regule la situación del procesado**; si de ultractividad se trata, finge que la ley desaparecida por derogación, subrogación, abrogación o declaración de inexequibilidad, aún conserva su vida y la hace producir efectos hacia delante, hacia el futuro. Por ello para hablar de benignidad es menester siempre tener en cuenta una sucesión o tránsito de leyes en el tiempo, en el entendido que **una ley nueva modifica la regulación de una institución, y que esa variación beneficia al procesado o condenado**¹⁹.*

En otra oportunidad, también dijo la CSJ:

3. El principio de favorabilidad, como lo ha dicho la Corte, constituye una garantía del proceso penal a favor del procesado, erigiéndose en el límite de la intervención estatal en lo atinente a la aplicación de la ley, razón por la cual toda persona tiene derecho a que se le aplique la normatividad que más favorezca sus derechos o intereses²⁰.

¹⁸ CSJ, AP 4 de mayo de 2005, rad. 23567; AP 19 de julio de 2005, rad. 23910. Asimismo Corte Constitucional T-797 de 2006.

¹⁹ CSJ, AP 19 jul 2005, rad. 23910

²⁰ CSJ, SP 3 nov 2004, rad. 21956 y SP 11 may 2005, rad 20534.

Con tal precedente, y acudiendo a lo requerido por las partes apelantes, lo que se pretende, como ya se advirtió en párrafos anteriores, es la aplicación ultractiva de una norma anterior, hacia el caso que tuvo ocurrencia en vigencia de la Ley 1709 de 2014, pero como acabamos de ver, el principio de favorabilidad, necesariamente exigiría para el caso, una sucesión de leyes, que no tiene ocurrencia en el caso.

Así pues, vemos que desde el 24 de mayo de 2015, fecha en que ocurren los hechos, hasta el día 22 de octubre de 2015, cuando se profiere la sentencia condenatoria, tuvo vigencia plena la Ley 1709 de 2014.

Entonces, encontramos que en ningún momento procesal bajo el cual se adelantó tanto la investigación como el juzgamiento del proceso adelantado en contra del señor RFR, estuvo vigente el anterior, artículo 38 del C.P., sencillamente porque los hechos acontecieron el 24 de mayo de 2015 y la Ley 1709 de 2014 entró en vigencia plena a partir del 20 de enero de ese año, de lo que deviene que el trámite procesal en su integridad se adelantó conforme a la nueva normatividad.

Siendo así, no resulta procedente aplicar el 38 del C.P., sin atender las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014.

Desde esta perspectiva resultó totalmente ajustada a la legalidad la decisión adoptada por el A quo, pues la preceptiva indicada, en ninguno de sus apartes hace mención a la valoración de requisito subjetivo bajo cualquier tópico, enfocado hacia la gravedad del comportamiento o hacia los antecedentes personales, sociales o familiares o de maltrato reincidente hacia la víctima.

Como la vía procesal no resulta acertada o es confusa, la defensa comprendió en algún momento que se trataba de acudir a la excepción de constitucionalidad, para inaplicar la premisa normativa compuesta por los artículos 38 B y 68 A del C.P. lo que permitiría por un lado, incluir el análisis del requisito subjetivo y por otro, hacer caso omiso del listado de delitos del inciso 2º de la última de las normas que excluye el delito de homicidio, como una de las conductas destinatarias de las restricciones.

Lo anterior, implicaría abordar un análisis de fondo que lleve a concluir que la premisa normativa a que hacemos alusión resulta contraria a la constitución y al bloque de constitucionalidad, pero frente a una norma en concreto, que además, no ha sido citada de ninguna forma por las partes apelantes, pues la referenciación se hace de manera genérica y abstracta.

En el mejor de los casos, podría acudirse al artículo 13 de la Carta Política, que relaciona entre otros factores de discriminación, aquel que se deriva de la condición de la víctima que como mujer, hace parte de la población vulnerable, y más cuando es objeto de violencia intrafamiliar, sin embargo, atendiendo a los términos de la impugnación, en ninguna forma se pone de presente el posible quebrantamiento constitucional que deviene de aplicar el artículo 38 B del C.P. para el caso concreto del señor RFR, condenado con base en un preacuerdo, cuyos términos además fueron concertados con la titular de la acción penal y aceptados precisamente por el estímulo que de ellos se desprendía, al consolidarse por ese camino el derecho a la concesión de la prisión domiciliaria, ante la ausencia de prohibición y del análisis del requisito subjetivo, en la normativa vigente a la fecha de los hechos.

Tal comprensión, la de la excepción de inconstitucionalidad, resultaría todavía más lesiva de los derechos del procesado, sin que la ponderación que se exige para priorizar sobre ellos los de la víctima sea suficiente. Ello sería tanto como pretender que se imponga una sanción de tipo penal por una conducta que el legislador no ha tipificado como delictiva.

Hasta aquí, la Sala ha presentado el examen que permite determinar la legalidad de la decisión judicial impugnada con base exclusivamente en la normatividad penal interna, por lo que es momento en que se debe continuar con el estudio de los otros elementos que fundamentan el reproche, el que se hará de manera conjunta, porque presentan una relación que facilitará el resultado, en los términos que enseguida se exponen.

4.4.4. Medidas de protección

La Representante de la víctima, hace hincapié en que existe un respaldo normativo que se encuentra inmerso

en el Bloque de Constitucionalidad, para que se imponga medidas de protección a favor de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, y la Fiscalía, solicita que se tenga en cuenta el contexto, en el que ocurre el delito, que incluye elementos de violencia intrafamiliar, para que se aplique la prohibición prevista en el artículo 68 A del C.P.

En tales posturas se determina por un lado que el comportamiento procesal de la Fiscalía no resultó del todo coherente entre la fijación de los términos del preacuerdo y su oposición a la concesión del sustituto, pues los aspectos negociados conducen indefectiblemente a consecuencias contrarias a las expuestas. Por otro lado, la fundamentación de la Representante de la víctima, se presenta limitada al no mencionar una norma en concreto ya sea del ordenamiento jurídico interno o de los instrumentos internacionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad, y que haya sido afectada con la decisión del Juez de primera instancia.

Pese a lo anterior, es posible extraer una finalidad pretendida por las apelantes, que implica en concreto la revocatoria de la prisión domiciliaria para que se ordene que la pena se cumpla de manera intramural, como única medida de protección, a favor de la señora PCCV.

Al respecto, ya hemos visto que acceder a tal pedimento, resulta improcedente a la luz de la normatividad penal vigente a la fecha de los hechos, que se representa en la Ley 1709 de 2014, no obstante, no puede la Sala pasar de manera tangencial, una situación que llama la atención, en cuanto a las limitadas o equivocadas actuaciones adelantadas hasta el momento para propender por la protección de la víctima PCCV, y más aún, cuando los instrumentos internacionales en conjunto con nuestra Constitución, y el ordenamiento jurídico interno, imponen una obligación para defender los derechos humanos de las mujeres, para lo cual es de vital importancia que todas las autoridades despleguemos esfuerzos por utilizar las herramientas a nuestro alcance en pro de tal objetivo.

Para ello, realizaremos en primer lugar una mirada por aquellas herramientas que nos entrega el derecho internacional, y en segundo término, aquellas que forman parte del ordenamiento interno pero que el legislador ha emitido, inspirado en todas aquellas exigencias presentes en las Convenciones del Bloque de Constitucionalidad.

Así, en ese plano internacional, encontramos dos instrumentos fundamentales, que debemos revisar para determinar si la actuación del s, pese a encontrarse conforme al ordenamiento interno penal, puede ir en contravía de esa normatividad que integra el Bloque de Constitucionalidad, siendo éstos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "*Convención de Belem Do Para*".

La primera efectivamente propende por la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y la eliminación de toda forma de discriminación a la que histórica y culturalmente se ha sometido a las segundas, por lo cual en el artículo 2º, literal f), exige a los Estados parte, adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

Y encontramos a lo largo de la Convención, entre otros aspectos, medidas que deben ser apropiadas para los siguientes puntos: Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres²¹, eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país²², eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación²³, igualdad en la esfera del empleo²⁴, en la esfera de la atención médica²⁵, o de la vida económica y social²⁶, y sobre todo se impone un reconocimiento de los Estados Partes para **la mujer la igualdad con el hombre ante la ley**.²⁷

²¹ Artículo 5o

²² Artículo 6º

²³ Artículo 10

²⁴ Artículo 11

²⁵ Artículo 12

²⁶ Artículo 13

²⁷ Artículo 15

A su vez, en cuanto a la “Convención de Belem Do Para”, en su artículo 4º, establece entre otros derechos humanos de la mujer, los siguientes: el derecho a que se respete su vida y su integridad física, psíquica y moral, a la libertad y a la seguridad personales, a la igualdad de protección ante la ley y de la ley, y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

En el artículo 7º, se agrega que los Estados partes, deben entre otros, establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos y establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Ahora, como ya lo hemos anotado anteriormente, la Representante de víctimas, no invocó ninguna norma en concreto de estos instrumentos que se avizore vulnerada por el A quo, por lo cual su decisión, se revisa en torno a la teleología general de cada Convención.

Entonces, en lo que respecta a la CEDAW, cuyo objetivo principal es propender por la eliminación de toda forma de discriminación, incluye como una de las obligaciones para los estados, la de “eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres” y a fin de hacer el seguimiento del cumplimiento de las mismas, se creó un Comité, el cual en el marco del 37 periodo de sesiones, se pronunció sobre la importancia del acceso a la justicia de las mujeres víctimas y exhortó entre otras acciones a Colombia para que adopte todas las medidas necesarias para prevenir y erradicar la violencia perpetrada contra la mujer por cualquier persona u organización²⁸.

Si bien, el ámbito de aplicación de lo anteriormente indicado, hace referencia a las acciones que debe asumir el Estado colombiano a través de su legislador, también se ha extendido su teleología hacia los órganos judiciales, que para casos específicos, asumen una posición proteccionista de los derechos de las mujeres.

En ese campo de acción, la Corte Constitucional en sede de tutela²⁹ y de exequibilidad³⁰, nos presenta ejemplos de actuaciones o decisiones judiciales, que deben revisarse por contradecir las exigencias a que hacemos alusión.

Una de tales posiciones, parte del supuesto de la no-intervención estatal en el ámbito de la “intimidad”, sobre lo cual la Corte nos explica lo siguiente:

“...debe ampliarse la aplicación de criterios de interpretación diferenciados, cuando, por ejemplo, colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica o psicológica, en un proceso de naturaleza civil o de familia.

*De este modo, en aras de una igualdad procesal realmente efectiva, es claro que **en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia.***

*Si la ponderación judicial se inclina en favor del agresor, bajo la perspectiva de falta de pruebas, sobre la base de la dicotomía público-privado que lo favorece, es necesario verificar si el operador judicial actúa o no desde formas estereotipadas de ver a la familia y a la mujer, que contribuyen a normalizar e invisibilizar la violencia. Formas que sin duda, parten del supuesto de la no-intervención estatal en el ámbito de la “intimidad”. Frente a este aspecto esta Corte, en **sentencia C-408 de 1996**³¹, manifestó:*

“No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. ...”³².

²⁸ Se cita este aparte en el Decreto 4799 de 2011

²⁹ En especial la sentencia T-967 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁰ C 297 de 2016 que estudia la exequibilidad del literal e) del artículo 2º de la Ley 1761 de 2015

³¹ M. P. Alejandro Martínez Caballero. Por medio de la cual se declaró la constitucionalidad de la Ley que ratificó en Colombia la Convención Interamericana de Belém de Pará.

³² T 967 de 2014

De manera similar a la anterior situación, se pueden afectar los derechos de las mujeres, cuando se da prevalencia a los formalismos sobre aspectos sustanciales, como así se explica en la sentencia C 297 de 2016:

“ ... tanto en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, como en reiterada jurisprudencia³³ se ha denunciado que, en contexto de discriminación, no es posible mantener el velo de la igualdad de armas procesales, sin que ello implique el desconocimiento de las obligaciones estatales de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer.

Por lo tanto, se ha dicho que la rigidez procesal y el formalismo probatorio, muestran que muchas veces la administración de justicia ha dado un desmedido lugar a la verdad procesal, por encima, de realidades fácticas estructuralmente desiguales³⁴ y la verdad real de lo sucedido”.

Así, en el caso analizado en la sentencia de tutela T 967 de 2014, que es una de aquellas que se cita como fundamento por la Corte, se tuvo en cuenta, a fin de determinar la procedibilidad de la acción tutelar, que se anteponía un obstáculo procesal que la Alta Corporación, consideró era de carácter formal, en la medida en que se alegaba el incumplimiento del principio de subsidiariedad, porque al interior del proceso de familia ordinario, la accionante no interpuso los recursos de ley para impugnar la sentencia que la desfavorecía. Al considerar que tal omisión constituía una formalidad que no debe prevalecer sobre el derecho de la mujer víctima de violencia psicológica, a separarse de su agresor, se dio prevalencia a lo sustancial, y se consideró superado el requisito de procedencia de la acción tutelar, pasando a realizar el análisis de fondo requerido.

Entonces, tomando como base estos ejemplos, entra la Sala a analizar la decisión del A quo, a fin de determinar si en la misma, se adopta una posición discriminatoria en contra de los derechos de la víctima. Y lo presentamos de esta forma, en tanto que como lo hemos advertido, la apoderada judicial de la víctima no hace ninguna especificación al respecto.

Entonces vemos, al revisar la actuación procesal adelantada por el Juez de primera instancia, que no hay posibilidad alguna de que se cuestione su decisión como discriminatoria en contra de la señora PCCV, puesto que accedió a la concesión de la prisión domiciliaria, como consecuencia automática de los términos del preacuerdo, y conforme a las normas vigentes, lo que significa que de ninguna manera se realizó una prevalencia de los derechos del procesado por encima de los de la víctima, de manera arbitraria, irrazonable o caprichosa.

Tampoco, las normas aplicables contenidas en la Ley 1709 de 2014, y que ya analizamos, son discriminatorias ni afectan el bloque, pues no se aplican a favor del procesado por su condición de hombre, y en contra de la mujer por dicha condición, sino que corresponde a la aplicación de la norma que se daría respecto de cualquier persona, sin importar su género, pues lo que se trata es de analizar el comportamiento delictivo, que calificado como homicidio, no se incluye en el listado de excepciones, del artículo 68 A del C.P.

Ahora, podemos también determinar si la concesión de la prisión domiciliaria se produce como resultado de otorgar prevalencia a formalismos por encima de lo sustancial que corresponde a los derechos humanos de la víctima, y que dejando de lado los mismos, sea factible acoger la postura de la Fiscalía y considerar que el

³² T 967 de 2014

³³ En especial la sentencia T-967 de 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ver también: Ver, entre otras, las sentencias C-438 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos; C-781 de 2012, M. P. María Victoria Calle Correa; T-973 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-677 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-1015 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; A-092 de 2008 (Sala de seguimiento a la T-025 de 2004), M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-408 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Tal es el caso de la posición de muchas mujeres frente a la administración de justicia cuando sus denuncias y/o reclamos son considerados como asuntos privados, producto de visiones que reflejan la desigualdad histórica y estructural contra éstas. En estos casos, esa neutralidad de la justicia, puede ser problemática, pues detrás de ese velo, son identificables diversas barreras impuestas por la violencia y la discriminación contra éstas. En efecto, la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo una perspectiva de género una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a las instancias judiciales.

comportamiento atribuido al procesado constituye un delito de violencia intrafamiliar, sin consideración a la imputación jurídica contenida en el preacuerdo, por el contexto en que se desarrollan los hechos y por lo mismo, tenerlo como incluido en el listado del artículo 68 A del C.P. para negar el sustituto de prisión domiciliaria.

Acogiendo este parámetro, encuentra la Sala que tampoco la decisión de primera instancia para conceder el mecanismo sustitutivo, adopta la posición de dar prevalencia a formalismos por encima de la defensa del derecho sustancial. Pues nada más y nada menos que se trata de la aplicación del artículo 38 B del C.P. que es de tipo sustancial, al amparo de principios como el de favorabilidad, que lleva implícito también el de legalidad, por lo que bajo ningún punto de vista, puede clasificarse su aplicación como un simple formalismo.

Tampoco se trata de exigirle a la víctima, que acredite la existencia de algún trámite meramente formal, para entrar a estudiar su petición, y pasar a dar prevalencia a sus derechos sobre los del procesado, porque como ya hemos explicado, su aplicación deviene de los términos fijados por el legislador y como consecuencia además del preacuerdo realizado por la Fiscalía, conforme a la adecuación jurídica realizada por dicha entidad, en la cual se dejó de lado la violencia intrafamiliar para subsumirla en el delito de homicidio.

Sin embargo, lo anterior, es decir, analizar algunos de los factores de discriminación en decisiones judiciales, que hemos traído a colación de manera enunciativa, no impiden a la Sala que abordemos el estudio de otros factores, a fin de escudriñar si se está asumiendo una posición judicial que pueda resultar atentatoria de los derechos de la víctima.

Para ello, analizamos en conjunto los dos instrumentos internacionales que hemos citado, y encontramos un factor común de protección, que tiene que ver con el derecho a la igualdad ante la ley para hombres y mujeres. Al respecto, no es posible que se pueda establecer una identidad entre los conceptos de agresor y víctima, sino más bien frente al ejercicio de sus derechos, determinando como uno de los que mayor cobertura, aquel que tiene que ver con el respeto al debido proceso, el cual por supuesto sí debe ser respetado por igual para el uno y el otro.

En cuanto a esa garantía para el procesado, no merece ninguna discusión, ya que los términos del preacuerdo, su verificación y sentencia condenatoria consecuente, se adecuaron a lo establecido en la ley procesal penal. Ahora en lo que concierne a la víctima también se adelantó una actuación respetuosa del debido proceso, en cuanto al procedimiento penal abreviado, porque además de encontrarse representada por una profesional del derecho, fue enterada por su intermedio de los términos del preacuerdo, y aunque no le fuera posible impedir su consolidación, por no contar con el poder de veto, sí se le ha permitido su intervención en todas las actuaciones procesales adelantadas, garantizando sus derechos como víctima.

Ahora, la Fiscalía propugna también para que se atienda el contexto en el que se desarrollan los hechos, que tiene relación con un delito de violencia intrafamiliar, aunque se haya adecuado jurídicamente para efectos procesales penales, al delito de homicidio agravado. Ello implicaría apartarse de la imputación jurídica que la misma Fiscalía realizó como titular de la acción, penal para realizar un control de tipo material de la misma, la que inclusive no sería procedente, porque considerando que surgiera algún tipo de discusión desde el punto de vista dogmático, respecto a la adecuación realizada de la conducta en el grado de tentativa, fue superada la misma con la posición asumida por la Fiscal del caso, quien como titular de la acción penal, asumió una postura, que de todas formas resulta razonable y no es arbitraria, al visualizar lo grotesco del maltrato físico, por el cual estuvo a punto de perder su vida la señora PCCV.

No se trata en este punto de aplicar un simple formalismo, para establecer que el delito de homicidio perpetrado hacia la compañera permanente, equivale al delito de violencia intrafamiliar de que trata el inciso 2º del artículo 68 A del C.P., pues si bien el primero subsume al segundo, no es procedente apartarse de la imputación realizada legalmente por parte de la fiscalía, la que además se reiteró en el acta de preacuerdo, en tanto que ello resquebrajaría varios principios del sistema acusatorio, en especial aquel que tiene que ver con la titularidad de la acción penal que la ostenta el ente acusador.

Asumir una posición de tal alcance, implica hacer una interpretación extensiva en mala parte, con efectos adversos para el procesado, que no es procedente acogerla.

Ahora si quisiéramos aplicar de manera directa alguna norma de las convenciones, en ninguno de sus apartes, se establece como regla o como forma de no discriminación o de erradicación de la violencia contra las mujeres, la imposición directa de la privación de la libertad, como medida de protección a favor de las víctimas de violencia intrafamiliar, ello porque en la sistemática tanto internacional como interna, debe ser producto también de un trámite adelantado con respeto de las garantías procesales, que en este caso se han cumplido.

Por otra parte, analizados aquellos elementos de disenso de la Representante de víctimas, encontramos otro enfoque entregado por la señora Fiscal, y que se concreta, en los derechos básicos de verdad, justicia y reparación, sin embargo, notamos como ellos se encuentran garantizados ya porque se conocen las circunstancias, de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, ya porque se ha permitido el ejercicio de todas las facultades procesales que le asisten a la Representante de víctimas, que acude a favor de los intereses de la víctima y finalmente porque en el tema de reparación, aún se encuentra pendiente el trámite del incidente que lógicamente iniciará en el momento procesal oportuno, esto es, cuando la decisión condenatoria adquiera ejecutoria.

Luego de presentar lo anterior, la Sala encuentra sin embargo, falencias en la actuación adelantada en las fases preliminares del proceso, cuando se concedió la detención domiciliaria, porque en lugar de ordenar el desalojo del agresor, lo que se hizo fue propiciar que la víctima abandonara su domicilio. Y resultó totalmente ilógico, que ni la Jueza que impuso la medida, ni la Fiscalía, pudieran percatarse que el lugar reportado por el procesado para cumplir la medida, era nada más ni nada menos que aquel que se registró en la parte fáctica, como lugar de domicilio compartido con la víctima, desconociendo la facultad que tiene toda autoridad de velar por la protección de los derechos de las mujeres que han resultado afectadas en un escenario doméstico por parte de sus parejas.

El juez de conocimiento, de manera acuciosa emitió una orden, para corregir el error, pero fue limitada en torno a la protección que requiere la víctima, por lo cual será necesario realizar una complementación, como adelante se expondrá.

Ahora bien, en este cometido, de imponer medidas de protección, tanto la Fiscalía como la defensa, consideran como la única efectiva, la privación de la libertad de manera carcelaria, que como se ha expuesto, no encuentra un sustento jurídico, sin embargo ello no impide que se acuda a otras alternativas en aras de lograr un nivel de protección que si bien no alcance el pretendido, pueden de alguna forma prevenir, limitar o impedir cualquier acto de agresión, como se pasará a presentar.

Así, encuentra la Sala, al revisar nuestro ordenamiento jurídico interno, que el legislador, ha propendido por desarrollar todas aquellas obligaciones que como Estado parte, imponen las Convenciones internacionales pluricitadas, lo que se desarrolla especialmente a través de la Ley 294 de 1996, la Ley 575 de 2000 y la Ley 1257 de 2008, y que se complementan con los decretos reglamentarios 652 de 2001 y 4799 de 2011, normas que han sido subutilizadas, al no hacer ejercicio de los derechos que ellas consagran a favor de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, pero que nada impide que se puedan aplicar, en tanto que ellas no estarían limitadas por los principios que rigen la alzada, pues a nivel preventivo pueden aplicarse por cualquier autoridad que tenga conocimiento de la situación problemática a fin de dar una solución, con independencia del trámite que se esté adelantando.

También se cuenta con normas procesales, de la Ley 906 de 2004, que garantizan los derechos de las víctimas, sobre las que es factible su aplicación.

En este plexo normativo, encontramos como relevantes las siguientes:

La Ley 294 de 1996, que busca prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar con el objeto de desarrollar el inciso 5º del artículo 42 de la Constitución³⁵, establece en lo que concierne a las medidas de protección, en su artículo 4º modificado por el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, que toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier

³⁵ Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley

otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.

A su vez, el artículo 5º, modificado por el artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, indica cuáles son las medidas de protección que se pueden imponer, y en el párrafo 2º, se establece que esas medidas de protección, podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar.

El artículo 7º, modificado por el artículo 4º de la Ley 575 de 2000, establece:

El incumplimiento de las medidas de protección dará lugar a las siguientes sanciones:

a) Por la primera vez, multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, la cual debe consignarse dentro de los cinco (5) días siguientes a su imposición. La Conversión en arresto se adoptará de plano mediante auto que sólo tendrá recursos de reposición, a razón de tres (3) días por cada salario mínimo;

b) Si el incumplimiento de las medidas de protección se repitiere en el plazo de dos (2) años, la sanción será de arresto entre treinta (30) y cuarenta y cinco (45) días.

En el caso de incumplimiento de medidas de protección impuestas por actos de violencia o maltrato que constituyeren delito o contravención, al agresor se le revocarán los beneficios de excarcelación y los subrogados penales de que estuviere gozando. (negrillas fuera de texto)

El Decreto 652 de 2001, fijó criterios para adelantar conciliaciones, responsabilidades de la Policía Nacional frente a la efectividad de las medidas de protección y práctica de los dictámenes medico legales, entre otros.

La Ley 1257 de 2008, por otro lado, con su artículo 24, adicionó el artículo 43 de la Ley 599 de 2000, estableciendo como penas privativas de otros derechos, la prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes del grupo familiar, y concordante con ello, en el artículo 51 penal se incluyó lo concerniente a la duración de estas penas, indicando lo siguiente:

"La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más".

Por su parte, el decreto 4799 de 2011, establece las competencias de las Comisarías de Familia, la Fiscalía General de la Nación, los Juzgados Civiles y los Jueces de Control de Garantías, de manera que se garantice el efectivo acceso de las mujeres a los mecanismos y recursos que establece la ley para su protección, como instrumento para erradicar todas las formas de violencia contra ellas.

Igualmente regula, que para garantizar la efectividad de la medida de protección descrita en el literal b)³⁶ del artículo 17 de la Ley 1257 de 2008, a petición de la víctima, o su representante, apoderado o solicitante, la autoridad competente enviará orden de fijación de la medida provisional o definitiva decretada, a los sitios que la víctima determine, para que los encargados del control de entrada y salida del personal, el propietario, arrendador o administrador o quien tenga a su cargo la responsabilidad del inmueble, den cumplimiento a la misma, para evitar el ingreso del agresor. Cuando no exista un sistema de control de ingreso, la autoridad competente deberá oficiar a la Policía Nacional para que garantice el cumplimiento de la orden.

³⁶ Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada.

En lo que concierne a la Ley 906 de 2004, el literal b) del artículo 11 reconoce a las víctimas el derecho “A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor” y el literal g) ibídem “A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar”.

El artículo 134 de la Ley 906 de 2004 establece que “Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección. Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral”.

A estas preceptivas, debemos agregar las siguientes, que resultan importantes a la hora de proteger los derechos de las víctimas, independientemente de la etapa procesal que se esté adelantando:

El numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, sobre las funciones del ente acusador, señala:

“6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito” (subrayas fuera de texto).

A su vez, el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, respecto a las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, en su numeral 12, dispone:

“Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto” (subrayas fuera de texto).

Igualmente se cuenta con el artículo 22 de la Ley 906 de 2004, que establece:

Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal” (subraya fuera de texto).

En cuanto a estas medidas de restablecimiento de derechos, la Corte Suprema de Justicia, señaló lo siguiente:

Pues bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en precisar que el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas, aún antes de la Ley 906 de 2004, es intemporal y en esa medida se puede realizar en cualquier momento de la actuación procesal, porque, como ahora lo señala la norma que viene de transcribirse, es independiente a la declaración de responsabilidad penal; por consiguiente, para que opere plenamente, basta con que esté demostrada la materialidad de la conducta o el tipo objetivo³⁷. (Subraya fuera de texto)

Vemos que en esta sistemática normativa, se entregan varias herramientas que bien pueden utilizarse en cualquier momento procesal, aún con independencia de las resultas del trámite penal, de tal forma que por ejemplo, ante el notorio error en que se incurrió en la audiencia de imposición de la medida de detención domiciliaria, ya sea la Fiscal o la Representante de víctimas, al percatarse de ello, pudieron acudir ante un Juez de Garantías a fin de pedir el cambio de domicilio para que fuera el procesado y no la víctima quien tuviera que abandonar el mismo, ello en clara aplicación de una medida de restablecimiento del derecho de la señora PCCV para que retornara a su hogar, sin la presencia de su agresor.

También pudieron adelantarse los trámites de imposición de medidas de protección, ante las autoridades competentes, conforme a lo regulado en las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008, y sus decretos

³⁷ CSJ, 28 nov 2012, rad 40246

reglamentarios, y ante el incumplimiento de alguna de esas medidas, se despejaba el camino procesal para que durante la audiencia de individualización de la pena y la sentencia, solicitara la aplicación del artículo 7º de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 4º de la Ley 575 de 2000, y de esa forma impedir la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

En los anexos que fueron presentados como respaldo del preacuerdo, tan solo se cuenta con un oficio de fecha mayo 30 de 2014³⁸, que da cuenta de un trámite simplemente policivo, sin la contundencia que impone una medida de protección por violencia intrafamiliar, o al menos es lo que se puede determinar con los elementos presentados.

Se dejó de lado, el escenario de violencia en el que estuvo involucrada la señora PCCV, que no solo ha sido física sino también de tipo psicológico, como quedó registrado en el Informe pericial de psiquiatría forense 05158-2015, del 13 de agosto de 2015, rendido por el Profesional especializado forense Dr. Fernando Alfonso Jurado Rosero³⁹, el cual se basa en una serie de antecedentes que son corroborados por la propia sobreviviente del maltrato la víctima PCCV, en entrevista que rinde el 3 de julio de 2015⁴⁰, por su hermana LCCV⁴¹ y su tía IVR⁴².

Estos elementos dan cuenta de que el agresor de tiempo atrás daba señales de ser una persona celotípica, que demeritaba como mujer a la señora PCCV, que la limitaba en el contacto con otras personas, en especial con los miembros de su familia, lo que quedó registrado en el reporte entregado por familiares al ingreso de la víctima al Hospital Mental Nuestra Señora del Perpetuo Socorro⁴³, y que además y según lo hace conocer la víctima la explotó económicamente mientras contó con unos ingresos producto de una herencia.

La escala de violencia, tuvo su culmen, en lo sucedido el 24 de mayo de 2015, lo que le causó un Trastorno Depresivo Moderado, que llevó al psiquiatra forense a recomendar tratamiento especializado con Psiquiatría y Psicología

Es más, la víctima había llegado a tal nivel de sometimiento que en los espacios en que empieza a recuperar conciencia, se denota su afán por camuflar la historia de violencia, tal como se registró en la valoración intrahospitalaria por especialista de junio 1º de 2015, que rinde la Médico Psiquiatra Forense, Yaneth Chávez Martínez, pues encontramos afirmaciones como las siguientes: *"me caí de pura boba"* *"me salí corriendo a donde una amiga, cuando regresaba me caí y me di golpes"*, *"me caí, me enredé en las escaleras"*⁴⁴.

Todo este contexto de violencia, se tiene en cuenta también, en el estudio de julio 10 de 2015, que realiza el grupo de valoración del riesgo, del Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forenses, que clasifica el Riesgo de peligro que enfrenta la señora PCCV como **"Extremo"**⁴⁵, y recomienda como urgente un proceso de protección que debe revisarse o actualizarse en un período promedio de seis meses.

Siendo así, es indispensable que la Sala intervenga, para impartir órdenes de protección que si bien no tienen la contundencia de la que se hubiera originado en la privación de la libertad del agresor, buscarán a futuro prevenir, limitar o impedir cualquier acto de agresión de su parte hacia la señora PCCV, y que es factible aplicarse de manera independiente a la imputación jurídica realizada por la Fiscalía, ya que se trata de medidas de tipo administrativo o de restablecimiento de derechos, que no estarían sometidas a la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

En cuanto a las últimas que se enuncia, se debe tener en cuenta el Acto Legislativo 003 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución, y adoptó el Sistema Penal con tendencia Acusatoria, el cual consagró para las víctimas algunos derechos en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, cuyo alcance se amplió a nivel

³⁸ Fl. 29

³⁹ Fls. 30 y 31

⁴⁰ Fls. 81 a 83

⁴¹ Fls. 90 a 92

⁴² Fls. 87 y 88

⁴³ Fl. 47

⁴⁴ Fl. 51

⁴⁵ Fls. 42 a 45

jurisprudencial, para que se ejerzan de manera directa por quienes se vean afectados por la comisión de un ilícito.

En esa normativa, son relevantes aquellos preceptos que ya citamos en el anterior acápite, es decir el numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, así como el artículo 22 de la misma Ley, que regula lo correspondiente a las medidas de restablecimiento de derechos, y que la Corte Suprema de Justicia, explica que son de carácter *intemporal*.

Todo lo anterior, conduce a la Sala a adoptar dos decisiones a fin de velar por los derechos de la víctima:

En primer lugar se ordenará a la Defensoría del Pueblo, para que se presenten las demandas correspondientes, a fin de adoptar medidas de protección, ante las autoridades competentes, conforme a lo regulado en las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008, y sus decretos reglamentarios, trámite en el cual será factible que ante el incumplimiento de alguna de esas medidas, se solicite al Juez de Ejecución de penas, la revocatoria del sustitutivo de prisión domiciliaria concedido.

En segundo lugar, se adoptarán medidas de restablecimiento de derechos, que serán de cumplimiento inmediato, sin estar a la espera de que la presente sentencia adquiera ejecutoria, para ordenar por un lado al señor RFR, el desalojo de la casa de habitación que compartía con la víctima, en la dirección ... – Pasto, dejando en dicho sitio, todos aquellos objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima, para lo cual se concede un término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión. El nuevo domicilio en el cual cumplirá la pena de prisión impuesta, será reportado a través de la Secretaría de la Sala Penal, y debe al menos reunir las siguientes Condiciones:

- Que facilite el acceso de vigilancia al personal del INPEC.
- Que no sea cercano al lugar de residencia de la víctima, o de sus familiares, o en barrios periféricos o del centro de la ciudad de Pasto.

Es de anotar que si bien en esta instancia procesal se adopta la decisión en el ámbito de las medidas de restablecimiento de derechos, para no dejar desprotegida a la víctima en el término de ejecutoria de la sentencia, ello se encuentra acorde con lo preceptuado en el artículo 38 D del C.P., que establece que la ejecución de la prisión domiciliaria se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, *“excepto en los casos en que este pertenezca al grupo familiar de la víctima”*.

Por otro lado, se oficiará a las autoridades de policía, tanto del domicilio como del lugar de trabajo, de la víctima para que brinden protección y eviten cualquier acto de agresión o acercamiento por parte del señor RFR, igual para que previa solicitud de la víctima se realice el acompañamiento para su reingreso al lugar de domicilio.

4.4.5. Penas accesorias

Llama la atención, que la Fiscalía, no haya incluido en el preacuerdo o no haya solicitado al juez de conocimiento, la imposición de penas privativas de otros derechos, necesarias en contextos como el analizado frente a la señora PCCV, que son aquellas adicionadas por la Ley 1257 de 2008, en los numerales 10 y 11 del artículo 43 del C.P.

Aquí vale la pena acudir a los criterios que en su momento analizamos para determinar cuándo, una decisión judicial puede resultar discriminatoria en contra de los derechos de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, y las facultades correctivas a las que pueden acudir las autoridades, para dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, de tal forma que pese a que no hayan sido solicitadas o impuestas, por el *a quo*, o no sean objeto del debate de apelación, es necesario que se impongan, en aras de preservar las garantías de la señora PCCV, pues bien se sabe, de la posibilidad de que en un momento dado el señor RFR acceda a la concesión de la libertad condicional, y el riesgo que ha sido calificado como Extremo, se materialice en resultados nefastos para la integridad de la víctima.

Por otra parte, las penas aludidas se impondrán como accesorias, cuya naturaleza y finalidad, son muy bien explicadas por el Dr. Fernando Castro Caballero, en su salvamento de voto, a la decisión mayoritaria adoptada en el radicado No. 46929 el 2 de noviembre de 2016, y que nos permitimos retomar como punto de apoyo hacia la

postura de imponer las aludidas penas, aún si no fueran solicitadas.

Al respecto se explica lo siguiente en el salvamento de voto:

Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente nos apartamos se dejan de lado los temas relativos (i) a la naturaleza y fines de las penas accesorias y (ii) a razones de justicia material, concretadas en el principio de proporcionalidad de la sanción penal. En este último aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 61 del CP, se ofrece adecuado inaplicar el sistema de cuartos en la dosificación de las penas accesorias, habida cuenta que tal labor ha de entenderse como un ejercicio de ponderación motivada, delimitado por lo dispuesto en el art. 51 ídem.

En cuanto al primer aspecto, cabe anotar que las penas restrictivas de otros derechos (art. 43 C.P.) son aquellas que privan o restringen a su titular del ejercicio de facultades o prerrogativas distintas a la libertad personal o a su peculio. Dichas sanciones pueden ser principales cuando así se consagren en el respectivo tipo penal (art. 35 ídem) o accesorias, cuando no obren como tales (art. 34 ejusdem).

Del artículo 52 de la codificación citada se extrae que la aludida clase de pena solo puede ser aplicada por el juez (i) con ocasión de la imposición de una pena principal y (ii) siempre que entre la realización del delito y el contenido de la pena accesoria exista una «relación directa», valga decir, se verifique un vínculo estrecho entre su contenido y la conducta punible cometida.

De otro lado, si bien originalmente el legislador consideró que en quien recaía una condena de prisión era indigno y, por tanto, estableció la restricción para el ejercicio de algunos de sus derechos políticos y, principalmente, para desempeñar cargos públicos, lo cual explica la existencia de ciertas penas accesorias denominadas obligatorias o «automáticas», aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo, cuyo propósito es conjurar el riesgo de reiteración de delitos que de forma directa tengan relación con determinadas actividades o derechos, finalidad que sustenta la aplicación de las llamadas penas accesorias discrecionales o «facultativas» .

Sobre cómo se determinan cuantitativamente las penas accesorias, cabe destacar que dos aspectos permiten concluir que en ese ejercicio no tiene cabida el sistema de cuartos -art. 61 C.P.-, el cual está previsto para la individualización de las penas principales, ellos son: (i) la función primordial que cumplen las penas accesorias difiere de la que tienen asignada las penas principales; y, (ii) el margen de apreciación reglado del que goza el sentenciador, según se extracta de los arts. 52 inc. 1º y 59 ídem, lo faculta para imponer o no en cada caso las penas accesorias que estime necesarias, así como para fijar el término de duración de las mismas. (...) como se señaló párrafos atrás, las penas accesorias, en cuya imposición e individualización el juez goza de un margen de apreciación motivado, no hay una determinación legislativa absoluta del aspecto cualitativo.

Éste es flexible, al punto que corresponde al juzgador determinar en qué casos resulta necesaria su imposición, atendiendo a las particularidades del asunto concreto, obviamente respetando las pautas establecidas en la ley -art. 52, inc. 1º C.P.- y considerando que aquéllas tienen una marcada finalidad preventiva , en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de un derecho o prerrogativa, distintas a las que resultan limitadas con la aplicación de la sanción principal -con injerencia en la libertad personal y el patrimonio económico-. (...)

Es más, la Corte Suprema de Justicia, ante el imperativo de imponer penas accesorias, cuando devienen en necesarias conforme a las conductas por las cuales se impone condena, ha suplido en otras oportunidades las deficiencias de motivación como así ocurrió en el caso analizado en decisión SP-2636-2015, de marzo 11 de 2015, radicado 43881, en el que se dijo, frente a un delito de porte de armas:

"No resulta sensato, en ese contexto, en casos de condena por delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones, exigir para la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego una fundamentación adicional a la declaración de existencia de la conducta punible. Simple y llanamente porque se plantea lógica, necesaria y proporcional su deducción en tales casos. No se entendería que a quien se reprocha penalmente fabricar, traficar o portar armas de fuego o municiones, o armas químicas,

biológicas o nucleares, no se le despoje del derecho a poseerlas por el tiempo que permita la ley".

Siguiendo esa misma lógica, no sería sensato, que en un caso de tentativa de homicidio, en el cual se involucra como víctima a una mujer que requiere protección, se deje de imponer las penas privativas de otros derechos previstas en los numerales 10 y 11 del artículo 43 del C.P. que fueron adicionadas por la Ley 1257 de 2008.

De esa forma deviene en necesario, imponer la prohibición al señor RFR de aproximarse a la víctima PCCV y/o a integrantes de su grupo familiar, así como la prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar, las que de todas formas fueron incluidas en el acta de compromiso suscrita por el procesado el 30 de junio de 2015⁴⁶.

Estas penas se impondrán como accesorias, para contribuir a la prevención de conductas similares a la ocurrida el 24 de mayo de 2015, por la que se impone condena al señor RFR, según lo previsto en el artículo 52 del C.P. inciso 1º y por supuesto las restricciones aludidas, tienen íntima relación con dichos hechos.

La motivación que exige el artículo 59 ibídem para la imposición de estas penas, se encuentra más que ilustrada en la integridad de la presente decisión, ya que los hechos se desarrollan en un contexto, que de manera escalonada y de tiempo atrás, hizo que la señora PCCV fuera sometida a maltrato físico y psicológico, con comportamientos tendientes a bajar su autoestima, a alejarla de su familia, a explotarla económicamente, e infundir ideas de autoculpa hacia las agresiones físicas, hasta el punto en que un hecho como el ocurrido el 24 de mayo de 2015, puso en riesgo su vida y afectó su integridad física y psicológica.

En cuanto a la duración de las penas privativas de otros derechos mencionadas, no se requiere atender al proceso de dosificación, porque la misma Ley 1257 de 2008, establece que su duración corresponde al tiempo que dure la pena principal y hasta doce (12) meses más, lo que significa que se imponen por el monto de NUEVE (9) AÑOS.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

1º ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Delegado del Ministerio Público.

2º CONFIRMAR en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual se concedió el sustitutivo de la prisión domiciliaria a favor del señor RFR, como fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3º. ORDENAR a la Defensoría del Pueblo, para que se presenten las demandas correspondientes, a fin de adoptar medidas de protección, ante las autoridades competentes, conforme a lo regulado en las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008, y sus decretos reglamentarios, trámite en el cual será factible que ante el incumplimiento de alguna de esas medidas, se solicite al Juez de Ejecución de penas, la revocatoria del sustitutivo de prisión domiciliaria concedido.

4º IMPONER COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, que serán de cumplimiento inmediato, sin estar a la espera de que la presente sentencia adquiera ejecutoria, para ordenar por un lado al señor RFR, el desalojo de la casa de habitación que compartía con la víctima, en la dirección ... – Pasto, dejando en dicho sitio, todos aquellos objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima, para lo cual se concede un término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente decisión. El nuevo domicilio en el cual cumplirá la pena de prisión impuesta, será reportado a través de la Secretaría de la Sala Penal, y debe al menos reunir las siguientes Condiciones:

⁴⁶ Fl. 14

- Que facilite el acceso de vigilancia al personal del INPEC.
- Que no sea cercano al lugar de residencia de la víctima, o de sus familiares, o en barrios periféricos o del centro de la ciudad de Pasto.

Por otro lado, se oficiará a las autoridades de policía, tanto del domicilio como del lugar de trabajo, de la víctima para que brinden protección y eviten cualquier acto de agresión o acercamiento por parte del señor RFR, igual para que previa solicitud de la víctima se realice el acompañamiento para su reingreso al lugar de domicilio.

5º. Adicionar un inciso al numeral PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia condenatoria, que establezca lo siguiente:

IMPONER como **PENAS ACCESORIAS**, las privativas de otros derechos previstas en los numerales 10 y 11 del artículo 43 del C.P. que fueron adicionadas por la Ley 1257 de 2008, es decir la prohibición al señor RFR de aproximarse a la víctima PCCV y/o a integrantes de su grupo familiar, así como la prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar. Estas penas tendrán una duración de NUEVE (9) AÑOS.

6º. Conforme a los parámetros establecidos en el artículo 10 de la Convención de "Belem do Para", se oficiará a la Dirección Seccional de Fiscalías, para que se estudie los términos del preacuerdo que fue presentado en este caso y se analice para futuros eventos, sobre la forma en que deben ser presentados a fin de garantizar los derechos de las mujeres víctimas de Violencia intrafamiliar.

7º. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra, procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

FUNCIONES DE LA PENA – La rehabilitación del condenado como uno de los fines primordiales de la pena, basado en el respeto a la dignidad humana y demás prerrogativas fundamentales determinadas en la Constitución Política y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. / LIBERTAD CONDICIONAL – Normatividad aplicable conforme el Principio de Favorabilidad. / LIBERTAD CONDICIONAL – Aplicación de la Declaratoria de Exequibilidad Condicionada de la Sentencia C-757 de 2014, respecto de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados. / LIBERTAD CONDICIONAL – Requisitos: Establecido que por Favorabilidad la norma aplicable al caso es la contenida en el art 30 de la ley 1709 de 2014, objeto de análisis por la Corte Constitucional en Sentencia C-757 de 2014, mediante la cual estableció una constitucionalidad condicionada de la expresión “*valoración de la conducta punible*”, fijando unos parámetros al Juez de conocimiento, quien deberá conceder la libertad condicional cuando se cumplan los requisitos fijados en la norma referida, pues ya no le corresponde valorar solamente la gravedad de la conducta punible sino que también deberá tener en cuenta cada uno de los elementos, aspectos y dimensiones de la conducta desplegada por el sentenciado, y siendo que nuestro ordenamiento jurídico además de buscar garantizar los derechos de las víctimas, pretende lograr la resocialización o reinserción social del condenado como una función especial positiva, se determina, siguiendo los parámetros trazados en la mentada sentencia, que se encuentran satisfechos los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión del sustituto penal; avizorándose que el funcionario de instancia no interpretó de manera favorable para la procesada el precedente jurisprudencial referenciado, centrando su análisis, de manera restrictiva, solo en la gravedad de la conducta. /

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISIÓN PENAL

Auto Interlocutorio No: 019
Radicación: 110016000000-2015-00043-2 N.I. 12625
Imputado: MFMD
Delito: INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - COHECHO POR DAR U OFRECER
Acta de Aprobación: 59 del 6 de junio de 2017

MAGISTRADO PONENTE: Dr. SILVIO CASTRILLÓN PAZ

San Juan de Pasto, seis (6) de junio de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso vertical interpuesto por la Doctora GABY MARCELA TORO MONCAYO, en calidad de apoderada de confianza de la señora MFMD, contra el Auto Interlocutorio de 15 de marzo de 2017, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto - Nariño, que negó la solicitud de libertad condicional incoada a través de escrito datado el 3 de marzo hogaño.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Debido a la aceptación unilateral de cargos que en su momento fueron endilgados por la Fiscalía General de la Nación a la Señora MFMD, a través de la vía abreviada establecida en la Ley 906 de 2004, el día 27 de octubre de

2015 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto - Nariño profirió sentencia anticipada de carácter condenatorio en contra de la precitada, resolviendo imponer las penas de cincuenta y un (51) meses de prisión intramural, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de cincuenta y cinco punto cinco (55.5) meses, una multa equivalente a cincuenta y nueve punto cinco (59.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2013 y, además, la pérdida de los derechos políticos de la sentenciada en los términos del inciso quinto del artículo 122¹ Constitucional, por encontrar a la señora MD responsable de los delitos de INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y COHECHO POR DAR U OFRECER, por hechos ocurridos en los meses de abril y mayo del año 2013. A la justiciada le fue negado tanto el subrogado de suspensión condicional de la pena, como el de prisión domiciliaria.

La apoderada de confianza de la encartada, el día 20 de enero corriente presentó solicitud de libertad condicional ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño por considerar que su prohijada cumplía con el requisito de haber superado las tres quintas (3/5) partes de la pena de prisión impuesta, petición que fue resuelta negativamente a través de auto interlocutorio de primero (1) de febrero hogaño por no cumplir el requisito objetivo previsto en el artículo 64² del Estatuto Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), esto es, que al momento de elevar la solicitud de libertad condicional a la encartada aún le faltaban 31 días para el cumplimiento del término fijado en precedencia; en el auto referido se reconoció que la filiada redimió por concepto de trabajo un total de 118 días.

De tal manera que transcurrido un lapso superior a los 31 días faltantes para que la encartada cumpliera con el requisito objetivo de la norma reseñada, el día tres (3) de marzo siguiente la doctora TORO MONCAYO radicó por segunda vez solicitud de libertad condicional a favor de su cliente, adicionándola en el sentido de que

¹ ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

² Artículo 30. Modifícase el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Artículo 64. Libertad condicional. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.

subsidiariamente se estudie la posibilidad de reconocer a su representada el subrogado de prisión domiciliaria previsto en el artículo 38G³ del Código Penal (adicionado por el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014) por haber cumplido la sentenciada la mitad de la pena.

Para resolver la solicitud propuesta, la Jueza *A quo* mediante orden verbal adiada el tres (3) de marzo cursante ordenó a la Oficina Jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario – INPEC remitir la cartilla biográfica, antecedentes disciplinarios, constancia de cumplimiento de la detención domiciliaria, cómputos para la redención de la pena, así como el aval para la libertad condicional, los cuales arrojaron resultados positivos a favor de la señora MD por parte de la Institución Penitenciaria y Carcelaria – INPEC.

Así, con los elementos de convicción allegados por parte de la Oficina Jurídica del INPEC, el Juzgado de conocimiento resolvió la petición de la apoderada judicial, mediante proveído datado el 15 de marzo de la anualidad, decidiendo negar la pretensión principal de conceder la libertad condicional a la encartada por cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena, con el argumento de que la conducta desplegada por la sentenciada, dada su gravedad no admite desde el punto de vista subjetivo acceder a lo pretendido, y guardando absoluto silencio frente a la pretensión subsidiaria rogada en la petición.

Corolario a ello, estando en término para impugnar la decisión aludida, el 21 de marzo corriente la abogada defensora radicó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión proferida el 15 de marzo de la calenda, el cual fue dirimido a través de interlocutorio fechado el 28 de marzo siguiente, decidiendo no reponer el proveído que negó la libertad condicional incoada el 3 de marzo hogaño, y resolviendo la solicitud de sustitución de prisión domiciliaria elevada, la cual despachó desfavorablemente, de manera que concedió el en efecto devolutivo el recurso de apelación, dando arribo el proceso a esta instancia judicial.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

A través de Auto Interlocutorio adiado el quince (15) de marzo hogaño, la Jueza Cuarta Penal del Circuito de Pasto – Nariño, resolvió la petición incoada por la apoderada judicial de la señora MFMD, señalando en primer lugar que, mediante proveído de primero (1) de febrero cursante a la justiciada se le reconoció redención de pena por trabajo de 118 días, así como también un descuento de 887 días de la pena de prisión impuesta en el fallo de primera instancia; por lo tanto, coligió que sumado el tiempo transcurrido entre la primera y la segunda solicitud elevada por la apoderada, la encartada ha cumplido 929 días de prisión, tiempo que supera el elemento objetivo de la norma, esto es las tres quintas (3/5) partes requeridas para el otorgamiento de la libertad condicional.

Acto seguido, la *A quo* valoró el elemento subjetivo fijado en la norma para la concesión del sustituto contenido en el artículo 64 del Código Penal, fragmentando su disquisición en dos partes así:

(1) Primero, valoró los elementos de convicción obtenidos, tales como la certificación emanada de la Coordinación de Domiciliarias del EPMSC_RM de Pasto (N) y el concepto favorable expedido por la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario – INPEC, aunado a las declaraciones extra juicio que acreditan el arraigo familiar y social

³ Artículo 38G. 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 concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2° del artículo 376 del presente código.

de la justiciada, los cuales permitieron dilucidar a la Juzgadora que la sentenciada ha cumplido cabalmente la prisión domiciliaria, mostrando una conducta calificada como ejemplar;

(2) Posteriormente, realizó la valoración previa de la conducta atribuida a la condenada, ciñéndose en las previsiones contenidas en la Sentencia C – 757 del 15 de octubre de 2014, la cual determinó que le corresponde al despacho de conocimiento analizar todas las circunstancias esbozadas por el juez de conocimiento al momento de emitir la sentencia condenatoria.

Al margen de lo anterior, siguiendo la interpretación que la aludida providencia⁴ realizó al artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, la Togada sostuvo que como en el fallo de primer grado se precisó que los hechos ocurridos tuvieron profunda trascendencia en la sociedad y los mismos fueron el reflejo de un comportamiento personal, familiar y laboral inadecuado, lo razonable era no conceder el sustituto de libertad condicional reclamado a favor de la señora MFMD, afirmación que no fue del agrado de la abogada, quien en desacuerdo con la decisión negativa emitida por el despacho de primer grado solicitó la reposición del auto y subsidiariamente el recurso de alzada para que sea estudiado en esta instancia judicial.

EL RECURSO

La abogada defensora de los intereses jurídicos de la sentenciada, en misiva datada el 21 de marzo corriente, expuso su disconformidad respecto a la negativa de concesión del sustituto de libertad condicional reclamado, como también a la omisión que tuvo la Jueza de primer nivel de pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria de conceder la prisión domiciliaria que solicitó el día tres (3) de marzo de la anualidad, argumentando como puntos de disenso lo que a continuación se expone:

Consideró que se recopilaron los elementos materiales probatorios (EMP) tendientes a acreditar el arraigo familiar, laboral y social de su prohijada, además de obtener el aval de excarcelación temprana por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, los cuales, en su sentir, acreditaron la buena conducta presentada por la señora MD.

Recalcó que la filiada se presentó voluntariamente ante los estrados judiciales y además que se allanó a los cargos formulados en las audiencias preliminares, evitando desgastes procesales innecesarios al sistema, lo cual, en la opinión de la representante de la defensa, ratificó el buen comportamiento de la señora MD, inclusive desde antes de estar inmersa en el presente asunto, pues indicó que la encartada carecía de antecedentes penales.

Cuestionó que, el proveído impugnado se encausó únicamente en las funciones de prevención especial y retribución justa, desconociendo el principio de función de la pena y en específico la resocialización, pues en su concepción, la *A quo* se enfocó estrictamente en la valoración que se realizó en la sentencia de condena, respecto de la conducta punible desarrollada por la filiada.

⁴ Sentencia C- 757 de 2014, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Respecto de la interpretación al artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 64 del Código Penal estableció que: "(...) la Corte consideró prudente condicionar la exequibilidad de la expresión "previa valoración de la gravedad de la conducta punible". Es así como en la parte resolutive de la Sentencia, la Corte resolvió que dicha expresión resulta exequible solamente "en el entendido de que dicha valoración deberá atenderse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa."

(...)

En conclusión, la redacción actual el artículo 64 del Código Penal no establece qué elementos de la conducta punible deben tener en cuenta los jueces de ejecución de penas, ni les da una guía de cómo deben analizarlos, ni establece que deben atenderse a las valoraciones de la conducta que previamente hicieron los jueces penales. Este nivel de imprecisión en relación con la manera como debe efectuarse la valoración de la conducta punible por parte de los jueces de ejecución de penas afecta el principio de legalidad en la etapa de la ejecución de la pena, el cual es un componente fundamental del derecho al debido proceso en materia penal. Por lo tanto, la redacción actual de la expresión demandada también resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional. En esa medida, la Corte condicionarla la exequibilidad de la disposición acusada. Las valoraciones de la conducta punible que hagan los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional."

En ese sentido, arguyó que la Jueza de conocimiento no tuvo en cuenta las funciones de prevención especial positiva, excluyendo así la aplicación de la normatividad vigente que regula los derechos de precedencia, lo cual la llevó a considerar que los procesos de resocialización se ven truncados cuando el legislador permite que los jueces de ejecución de penas limiten el acceso de los penados a la libertad condicional con fundamento en valoraciones de la conducta punible que indiquen que no se ha cumplido los fines de retribución y prevención especial de la pena.

En cuanto a la solicitud de prisión domiciliaria por haber cumplido su proijada la mitad de la pena, argumentó que la A quo guardó profundo silencio respecto de éste tópico, por lo tanto iteró la apoderada que con suficiencia la señora MFMD, al haber demostrado una conducta ejemplar y haber cumplido con parte de la condena, así como por haber redimido pena, es acreedora del sustituto contemplado en el artículo 38G del Código Penal.

Como colofón, solicitó que se estudie nuevamente la posibilidad de conceder a la filiada el sustituto de libertad condicional por cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena y subsidiariamente se despache favorablemente la concesión de prisión domiciliaria, al no estar la última condicionada a la valoración de la conducta punible realizada en el fallo condenatorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1⁵ del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

2.- Problema jurídico a resolver

¿Tiene derecho la señora MFMD al sustituto de libertad condicional contemplado en el artículo 64 del Código Penal, por cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena, habiendo sido condenada por el delito de COHECHO POR DAR U OFRECER, en concurso con el delito de INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS?

3.- Cuestiones Preliminares

Antes de resolver el recurso de apelación impetrado por la apoderada de la defensa de los intereses jurídicos de la señora MFMD, ésta Corporación advierte necesario aclarar que únicamente auscultará la petición inicial reclamada en la misiva de tres (3) de marzo de la calenda, respecto de la concesión del sustituto de libertad condicional por cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena, determinado en el artículo 64 del Estatuto Punitivo, ello en razón a que la Jueza A quo en el Auto Interlocutorio adiado el 15 de marzo siguiente injustificadamente omitió pronunciarse sobre el segundo tópico solicitado subsidiariamente en la petición, cual es el de la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria siendo así, la Colegiatura no ha adquirido competencia para resolver este tópico.

4.- Análisis de la normatividad vigente aplicable para conceder el subrogado del artículo 64 del Código Penal

Sea lo primero precisar que como los hechos materia de investigación tuvieron ocurrencia en los meses de marzo y abril del año 2013, data en la que aún se encontraba vigente la Ley 1453 de 2011, sería del caso aplicar el articulado 25 de la aludida ley, que para la concesión del sustituto de libertad condicional limitaba su otorgamiento a los siguientes factores: ⁽¹⁾ valoración previa de la gravedad de la conducta punible, ⁽²⁾ haber cumplido el justiciado las dos terceras (2/3) partes de la pena y haber desempeñado buena conducta durante el tratamiento penitenciario en

⁵ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferían los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

el centro de reclusión, ⁽³⁾ haber realizado el pago total de la multa y la reparación a la víctima, o el aseguramiento de las anteriores mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo de pago, y, ⁽⁴⁾ cuando el tiempo faltante para el cumplimiento de la pena fuere inferior a tres (3) años, el juez podía aumentarlo en otro tanto.

Sin embargo, posteriormente, con la expedición de la Ley 1709 de 2014, la cual reformó algunas disposiciones normativas preexistentes, y que se creó con la finalidad de evitar el hacinamiento que presenta en el Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia, se produjo una modificación al artículo 64 del Estatuto Punitivo, determinando en su artículo 30 que el Juez puede conceder la libertad condicional ⁽¹⁾ previa valoración de la conducta punible, ⁽²⁾ cuando el condenado haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena, ⁽³⁾ siempre que el adecuado desempeño del justiciado permita inferir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, y ⁽⁴⁾ que se demuestre el arraigo familiar y social del sentenciado. Aunado a lo anterior, la misma disposición normativa eliminó la exigencia del pago total de la multa impuesta en la sentencia de condena, cuando se demuestre la insolvencia del encartado.

Así, al encontrarnos en presencia de dos leyes que pueden ser aplicables al caso, corresponde determinar cuál es la Ley que por favorabilidad se debe aplicar al caso en concreto; al respecto, refulge importante señalar que el máximo órgano de Jurisdicción Constitucional ha sido enfático al manifestar que: *“La aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado”, (...).*

En virtud de lo anterior, al realizar un análisis de tipo objetivo de las normas precedentes, se vislumbra que la Ley 1709 de 2014 estableció un requerimiento de pago de prisión menor al determinado en la Ley 1453 de 2011, además de que obliga al Juez de conocimiento a aplicar la concesión de sustitutos penales cuando se cumplan los requisitos fijados en la norma, pues ya no le corresponde valorar solamente la gravedad de la conducta punible sino también tener en cuenta cada uno de los elementos, aspectos y dimensiones de la conducta desplegada por el sentenciado.

Por lo anterior, la Sala concluye que por favorabilidad, la Ley aplicable al caso es la contenida en el Código Penitenciario y Carcelario, toda vez que puede alcanzar los requisitos previstos en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 con más facilidad a las determinaciones establecidas en la Ley 1453 de 2011.

4.1.- Sobre la libertad condicional como mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena.

Lo primero que se debe indicar es que, según la doctrina nacional el instituto punitivo de la LIBERTAD CONDICIONAL, establecido en el artículo 64 del Código Penal (Ley 599 de 2000), *“...es un sucedáneo de la pena privativa de la libertad impuesta; también se le denomina liberación condicional o suspensión del resto de la pena (...) que a su vez, actúa en favor del sentenciado que ha cumplido parte de la condena, pues le permite recobrar la libertad de manera provisional durante un periodo de prueba en el que debe cumplir ciertas exigencias, satisfechas las cuales obtiene su liberación definitiva; se trata en realidad de un lapso de transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad, de un aprendizaje de la vida en libertad”* ⁶.

De tal manera que, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que sería la norma aplicable por favorabilidad, permite acceder al beneficio del sustituto, siempre que se cumplan con unos elementos objetivos y subjetivos, los cuales se derivan de la valoración que realice el A quo frente al caso en concreto.

Ahora, es fácilmente perceptible que esta figura jurídica aplica normalmente para casos dramáticos o graves, en los que hay aplicación de penas privativas de la libertad de larga duración, cuya mayor parte debe haber sido efectivamente purgada intra-muralmente en los establecimientos penitenciarios y carcelarios administrados por el INPEC o en el domicilio del penado; se trata de eventos en los que no ha operado la suspensión condicional de la ejecución de la pena por razón del volumen de sanción impuesta, de suerte que su finalidad no es diferente a brindar un estímulo o premio al condenado que durante un importante periodo de reclusión -no inferior a las

⁶ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *“MANUAL DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL”*. Ediciones Jurídicas ANDRES MORALES. Cuarta Edición. Bogotá D.C. 2010. Página 782

3/5 partes de la pena impuesta - observe buena conducta al interior del sitio que le sirve de reclusión efectiva, para que pueda acceder a la rebaja de las 2/5 partes restantes de la pena y recobre la libertad de locomoción condicionada o sometida a prueba o vigilancia; todo como una recompensa social a su propio esfuerzo, a su interés por obtener la readaptación social, hasta cuando pueda acceder a la liberación definitiva.

Pero esta modalidad especial de pago de parte de la pena de prisión en condición no privativa de la libertad, no puede ser vista como un acto de gracia judicial, ni implica una disminución de los términos punitivos impuestos por el Juez de Conocimiento, sino como un mecanismo para asegurar el fin resocializador y de reinserción social que tiene la pena conforme el artículo 4 del Código Penal; todo esto a través de una forma especial de cumplimiento de la última parte de la sanción privativa de la libertad por fuera de reclusión, pero con estricta vigilancia estatal.

Resulta pertinente indicar que los efectos de la LIBERTAD CONDICIONAL solo aplican para los aspectos penales considerados en la sentencia definitiva, porque el penúltimo inciso del mismo artículo 64 establece tajantemente que la concesión del beneficio o subrogado está supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante cualquier tipo de garantía – real, personal, bancaria o acuerdo de pago- “...salvo que se demuestre insolvencia del condenado”; de suerte que el incumplimiento de ésta carga deriva inexorablemente en la revocatoria del beneficio 469 del Estatuto Procesal Penal.

De lo dicho deviene inocultable que el sustituto de la “LIBERTAD CONDICIONAL” debe asumirse como un “DERECHO –CONDICIÓN” para ciudadanos condenados, pero para nada se trata de una garantía absoluta, porque la concesión y/o mantenimiento de los beneficios libertarios implícitos se encuentra supeditada al cumplimiento efectivo de una buena parte de la pena impuesta (no inferior a las 3/5 partes de la prisión determinada judicialmente), además que durante la reclusión se haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario (función preventiva y resocializadora), demostración de que no existe necesidad concreta de más ejecución de la pena (prevención especial positiva), el cumplimiento de una variedad de obligaciones que han de constar en un acta compromisoria y, como desarrollo importante de un modelo de justicia restaurativa, también debe el condenado comprometerse a reparar los daños y perjuicios morales y materiales a que haya sido condenado, so pena de disponerse la revocatoria de dicho beneficio y proceder a la ejecución del resto de la pena respectiva, como si la sentencia no se hubiere suspendido condicionalmente, a menos que se demuestre una justa causa para no solucionar los perjuicios morales y materiales, que no puede ser otra que la insolvencia.

6.- Instrumentos jurídicos internacionales en materia penal.

Tanto la Constitución Política de 1991, como los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, por consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales⁷ que impiden al órgano encargado de crear leyes, esto es al Congreso, ir más allá del derecho del cual es encargado de proteger el Estado a través de sus agentes.

Por lo tanto, si bien la acción penal va encaminada a castigar los punibles por los cuales se ha condenado a un sujeto, a fin de evitar en la sociedad de cierto modo una sensación de impunidad, la misma no puede desconocer los derechos constitucionales y además la aplicación de convenios y compromisos internacionales de derechos humanos que buscan garantizarle al penado sus prerrogativas; ello, en virtud a lo consignado en el artículo 93 superior que reconoce su prevalencia en el orden interno⁸.

⁷ Sentencia C-387 de 2014 M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

⁸ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

En ese sentido, ésta Judicatura advierte que si bien nuestro ordenamiento jurídico busca garantizar los derechos de las víctimas, previniendo, investigando, juzgando y, consecuentemente, sancionando la grave criminalidad, lo cual va acorde con la política criminal fijada en el marco normativo interno y además internacional, Colombia, al estar constituido como un Estado Social de Derecho, pretende además en materia penal lograr la resocialización o reinserción social del condenado como una función especial positiva, fundando este derecho como presupuesto de la dignidad humana regulado en el artículo primero (1) Constitucional⁹.

Lo anterior, apoyado en el advenimiento y posterior ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas¹⁰ (aprobado mediante Ley 74 de 1968), y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969¹¹ (ratificada mediante la Ley 16 de 1972), que determinaron en igual sentido propender, como una de las finalidades de la pena privativa de la libertad, que los justiciados tengan el derecho a una reforma personal o readaptación social, lo cual de suyo implica la posibilidad que tiene el sujeto activo de la presente acción de regresar e integrarse a la vida social a causa del buen comportamiento que haya mantenido durante la ejecución de la condena.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-144 de 1997, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, manifestó sobre el tópico objeto de análisis lo siguiente:

"(...) El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados(subrayas no originales). En ese orden de ideas sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital(...)". (Subrayas fuera del texto original)

⁹ Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁰ Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- 2.
- a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
- b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

¹¹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Al margen de lo expuesto, evidente resulta inferir que las disposiciones normativas vigentes no pueden alejarse de los parámetros internacionales que, como ya se dijo en precedencia, buscan lograr un equilibrio entre las víctimas de una conducta punible y el delincuente que ha forjado un proceso de cambio a través de la ejecución de la condena y que le permite acceder a un proceso resocializador y de readaptación, como fines determinados en el artículo 4 del Estatuto Punitivo¹².

Interpretación y alcances de la función de la pena

Bajo lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal, la pena debe cumplir las funciones de ⁽¹⁾prevención general, ⁽²⁾retribución justa, ⁽³⁾prevención especial, ⁽⁴⁾reinserción social y ⁽⁵⁾protección al condenado, teniendo en cuenta que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Aunado a lo anterior, y de la mano del Estatuto Penal, la Ley 1709 de 2014 –actual Código Penitenciario y Carcelario– en igual sentido estableció la resocialización y la reintegración social como componentes básicos del marco jurídico penal, que propende establecer garantías a los sujetos que se encuentran privados de la libertad mediante una sentencia de condena.

A su turno, el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC a través de la Resolución número 7302 de noviembre 23 de 2005 expidió las pautas para la atención integral y el tratamiento penitenciario, determinando como aspectos álgidos de la función de la pena que: “el Tratamiento Penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor(a) de la Ley Penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario¹³; (...) el objetivo del Tratamiento Penitenciario es preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad; (...)”.

Lo anterior, deviene de la acogida de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 lo cual dispuso al tenor literal lo siguiente:

“60.2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

61. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos”. (Subrayas de Sala).

¹² Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

¹³ A su vez: *“Se entiende por Tratamiento Penitenciario el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad”*.

Bajo el anterior panorama, la función de la pena tiene como uno de sus fines primordiales la rehabilitación del condenado, ello con base al respeto a la dignidad humana y demás prerrogativas fundamentales determinadas en la Constitución Política de Colombia, las cuales se desarrollan en la actualidad mediante mecanismos que permiten corregir la conducta punible a través de medidas resocializadoras, encaminadas a incidir en la conducta o comportamiento desplegado por el justiciado, sin sobrepasar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Así, como mecanismos de corrección de la conducta punible, actualmente opera el Plan de Direccionamiento Estratégico – PDE con vigencia 2015 - 2018 elaborado por el Instituto Nacional y Penitenciario – INPEC, de la mano con el Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes a través de éste proyecto incorporaron como uno de los fines el siguiente: *“el Inpec en el año 2019 será reconocido por su contribución a la justicia mediante la prestación de los servicios de seguridad penitenciaria y carcelaria, atención básica, resocialización y rehabilitación de la población reclusa, soportadas en una gestión efectiva, innovadora y transparente e integrada por un talento humano competente y comprometido con el país y la sociedad”,* y que desarrolla además todo un plan de acción encaminado a lograr las metas propuestas en el periodo referenciado en la búsqueda de la resocialización del sentenciado, determinando adicionalmente que: *“(…)el servicio que presta el SPC¹⁴, tiene como objetivo preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad. Se realiza conforme a la dignidad humana y necesidades específicas de la personalidad del sujeto, involucra acciones de educación, instrucción, trabajo, actividad cultural, recreativa, deportiva y vínculos familiares”.*

De esta manera, la disquisición realizada conlleva a determinar que la función de la pena no solamente está encaminada a lograr una reparación a la víctima de la conducta punible a través de mecanismos trazados para tal efecto, cuando ello sea posible, sino también lograr la rehabilitación del sujeto activo de la acción delictual para que regrese a la sociedad civil de forma inclusiva, de tal manera que el sujeto se sienta acoplado a la normatividad aplicable en materia delictual, evitando incidir en conductas punibles que desencadenen la acción penal.

7.- Caso concreto

Descendiendo al caso *sub judice*, encontramos que el aspecto jurídico fundamental planteado por la apoderada de la defensa en su recurso de alzada, se encuentra orientado a la posibilidad de obtener para su cliente MFMD la concesión del sustituto de libertad condicional por cumplimiento de las tres quintas (3/5) de la pena, como sustituto de la prisión intramural, el cual ha sido negado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con el argumento toral de que la valoración de la conducta punible realizada en la sentencia de condena, impide al aparato judicial el otorgamiento del sustituto rogado.

Así, contrario a lo que coligió la Jueza A quo en el auto interlocutorio adiado el 15 de marzo hogaño, la Doctora GABY MARCELA TORO MONCAYO consideró que a su prohijada le asiste el sustituto determinado en el artículo 64 del Estatuto Punitivo no sólo por haber cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena, sino además por haber redimido pena por trabajo y haber demostrado una conducta ejemplar durante el periodo de la ejecución de la pena.

De esta manera, ésta Sala al hacer una revisión detallada del auto recurrido que negó la libertad condicional de la sentenciada, encontró que la A quo valoró la conducta punible desplegada por la señora MD basándose en unos apartes obtenidos de la Sentencia C-757 de 2014, con Ponencia de la Magistrada GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO, en donde se determinó que: *“(…) Las valoraciones de la conducta punible que hagan los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.”*

¹⁴ Sistema Penitenciario y Carcelario.

Empero, después de una lectura atenta de la providencia aludida, ésta Corporación corroboró que si bien la Corte estableció que la expresión “*previa valoración de la conducta punible*” se encuentra limitada a la valoración realizada en la sentencia de condena, en la misma providencia se indicó además lo que a continuación se expone:

“(...) Para la Corte, aunque hay identidad de persona, no existe ni identidad de hechos, ni identidad de causa. No existe una identidad total de hechos en la medida en que si bien el juez de ejecución de penas debe valorar la conducta punible, debe analizarla como un elemento dentro de un conjunto de circunstancias. Sólo una de tales circunstancias es la conducta punible. Además de valorar la conducta punible, el juez de ejecución de penas debe estudiar el comportamiento del condenado dentro del penal, y en general considerar toda una serie de elementos posteriores a la imposición de la condena. Con fundamento en este conjunto de circunstancias, y no sólo en la valoración de la conducta punible, debe el juez de ejecución de penas adoptar su decisión. Al respecto dijo la Corte:

“Tal como ya se explicó, en este punto la Corte entiende que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no cumple un mero papel de verificador matemático de las condiciones necesarias para conceder el beneficio de la libertad condicional. Tal vez ello ocurra con los requisitos objetivos para conceder tal beneficio –el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y el pago de la multa, más la reparación a la víctima– pero, en tratándose de los requisitos subjetivos (confesiones; aceptación de los cargos; reparación del daño; contribución con la justicia; dedicación a la enseñanza, trabajo o estudio; trabas a la investigación; indolencia ante el perjuicio; intentos de fuga; ocio injustificado; comisión de otros delitos, etc.), dicha potestad es claramente valorativa. Ello significa que es el juicio del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el que determina, en últimas, si el condenado tiene derecho a la libertad condicional. (...)” (Subrayas de Sala)

Concluyendo además que: “*Finalmente, la Corte concluye que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben aplicar la constitucionalidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados*”.

Por lo tanto, emerge claro que en el caso sub examine la juzgadora de instancia no interpretó de manera favorable para la justiciada la sentencia auscultada, ya que sólo se ciñó al factor impeditivo determinado en la providencia, analizándolo restrictivamente; en ese orden de ideas corresponde a esta instancia judicial determinar si la condenada MD cumple con los requisitos fijados en la norma para la concesión del sustituto de libertad condicional solicitado el tres (3) de marzo corriente.

Al margen de lo anterior y, siguiendo los parámetros trazados por el máximo órgano de cierre jurisdiccional (valoración de los aspectos, conducta y dimensiones de la conducta desplegada por la encartada), ésta Judicatura encuentra que según los elementos de convicción aportados y apreciables en el cuaderno del proceso, los siguientes son los requisitos objetivos y subjetivos que ha cumplido la señora MFMD para la concesión del sustituto de libertad condicional determinado en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014:

⁽¹⁾ El tiempo de privación efectiva de la libertad de la encartada, que se contabiliza desde el 23 de diciembre de 2014 hasta el auto interlocutorio calendarado el 15 de marzo hogañó, es de 813 días.

Ahora, la condenada, en virtud del derecho de redención de pena determinado en el artículo 38E de la Ley 1709 de 2014, descontó por trabajo un total de 118, días los cuales fueron reconocidos a través de auto interlocutorio adiado el 1 de febrero de los corrientes.

En ese sentido, sumado el tiempo de privación de libertad (813) más el tiempo redimido (118 días), arroja un resultado de 931 días que supera el requisito objetivo previsto en la norma, es decir los 918 días equivalentes a las tres quintas (3/5) partes de la pena impuesta en la sentencia de condena.

⁽²⁾ En cuanto al adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario determinado en el numeral 2o del artículo 64 del Código Penal, se encuentra en el expediente que a folio 132 y 133 reposa la certificación de cumplimiento de prisión domiciliaria expedido por la Coordinación de Domiciliarias del EPMSC-RM de Pasto (N) y la certificación del aval emitido por el Instituto Carcelario y Penitenciario – INPEC que resolvió:

“PRIMERO: EMITIR CONCEPTO FAVORABLE EN EL FACTOR OBJETIVO, para el trámite de la LIBERTAD CONDICIONAL, a favor de MUÑOZ DÍAZ MARÍA FERNANDA.”

(3) La existencia del arraigo familiar y social determinado en el numeral 3o de la norma en cita, se encuentra claramente acreditado con las declaraciones extra proceso obrantes en los folios 10 a 17 y además de las certificaciones contenidas en los folios 21 y 22 del cuaderno del expediente.

(4) Ahora, en cuanto al elemento subjetivo fijado en la norma, encontramos que de la carpeta del expediente se extrae la buena conducta desarrollada por la condenada en el término de ejecutoria de la pena, pues en la certificación ut supra se decidió: *“SEGUNDO: EMITIR CONCEPTO FAVORABLE EN EL FACTOR SUBJETIVO, por cuanto el interno en mención se encuentra en grado de conducta EJEMPLAR”*.

(5) Finalmente, en cuanto a la *“previa valoración de la conducta punible”*, debe indicarse que en la sentencia de primera instancia este precepto fue calificado como de entidad mayor, al manifestarse que: *“la intencionalidad del dolo en esas condiciones refulge a flore de piel, como quiera que la procesada hizo parte del engranaje delictivo, con total indiferencia a que con su accionar terminaría socavando garantías fundamentales de una población merecedora de especial protección”*. Este análisis de gravedad tiene como único fundamento la calidad de los beneficiarios de los dineros estatales esquilmados, que no podían ser otros que los menores de bajos recursos económicos que se atienden a través de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

No dudamos que se conjugó desvalor de acción en el comportamiento irregular de la condenada (dolo) y desvalor de resultado por el daño causado (antijuridicidad material), pero no puede desconocerse que todo el itinerario criminal aparece orquestado por su *“compañero sentimental”* HFQ, a la sazón, Director Regional del ICBF, respecto de quien todo indica fue el que realmente gozó de las mieles del delito. Además fue este quien abusando de un poder dominante no solo direccionaba los contratos del ICBF, como que indicaba a quien se le debían atribuir, y hasta presionaba irregularmente a los contratistas cuando no se le pagaban las *“coimas”*.

MFMD actuó en desarrollo de los delitos por los cuales fue condenada, de ello no hay duda porque los aceptó en allanamiento a cargos, pero su actuar no fue ni tan relevante, ni tan grotesco, en términos de la coautoría impropia que se le atribuyó.

Es claro para la Sala que la señora MD ha cumplido con los demás requisitos establecidos en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, permitiendo superar los principios de prevención general, retribución justa y prevención especial fijados en el artículo cuarto (4) del Estatuto Punitivo; así, siendo que la función de la pena también se encuentra encaminada a una readaptación y resocialización del condenado, al haber superado la justiciada la mayoría del conjunto de los principios auscultados, esta Corporación en aplicación de la constitucionalidad condicionada de la expresión *“valoración de la conducta punible”* fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 de 2014, procederá a revocar el auto interlocutorio calendado el 15 de marzo hogaño y, en consecuencia, resolverá conceder el sustituto de libertad condicional elevado por la apoderada judicial de la prenombrada, conforme las motivaciones precedentes.

Para gozar de los privilegios inherentes al mentado beneficio, deberá suscribir acta compromisoria con las obligaciones del artículo 65 del Código Penal, las cuales se garantizarán con la prestación de caución prendaria, a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de conocimiento, que se fija en dos (2) SMLMV. El tiempo que le faltare por cumplir la pena impuesta se tendrá como periodo de prueba.

Sin más consideraciones al respecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido en audiencia de 15 de marzo de 2017 por el Juzgado Cuarto (4º) Penal del Circuito de Pasto – Nariño, y en su lugar **CONCEDER** a la señora MFMD el sustituto de libertad condicional previsto en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. Para la materialización del beneficio deberá la procesada

suscribir acta compromisoria con las obligaciones del artículo 65 del Código Penal, las cuales se garantizarán con la prestación de caución prendaria, a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado de conocimiento, que se fija en dos (2) SMLMV. El tiempo que le faltare por cumplir la pena impuesta se tendrá como periodo de prueba.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

SUSTITUCIÓN PRISIÓN CARCELARIA POR DOMICILIARIA POR LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL ART 314 DEL C.P.P. – Competencia del Juez de Ejecución de Penas. / DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN CONFORME LAS CAUSALES 2 Y 4 DEL ART 314 del C.P.P. - Competencia excepcional del Juez de Conocimiento, para pronunciarse antes de proferir la sentencia condenatoria - Teniendo en cuenta que la competencia para resolver peticiones de sustitución de la ejecución de la pena intramural por la prisión domiciliaria, prevista en el art 314 del CPP, en concordancia con el art 461 de la misma codificación, recae sobre los jueces de ejecución de penas, no es factible que el juez de conocimiento, al proferir la sentencia condenatoria, se pronuncie sobre el referido sustituto, al contar el procesado con más de 65 años de edad o padecer de grave enfermedad, en tanto esto solo puede ser objeto de estudio, una vez se encuentre ejecutoriado dicho fallo. No obstante, jurisprudencialmente se ha establecido una excepción a esta regla general, exclusivamente cuando en sede de conocimiento se encuentren verificados los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, que harían posible conceder la sustitución de la medida, no así la prisión domiciliaria.

SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO POR DETENCIÓN DOMICILIARIA, EN CASOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 2 DEL ART 314 DEL CPP – Prohibición legal expresa. / PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ART 199 DE LA LEY 1098 DE 2006 – VIGENCIA: Estudiada la posibilidad de la concesión de la detención domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión a favor del procesado, por el factor etario, se determina que no es procedente, dado que al ser las agresiones sexuales imputadas y aceptadas cometidas en contra de menor de edad, existen expresas prohibiciones establecidas por el legislador en el ejercicio de su poder de configuración legislativa, entre las que se encuentra el art 199 de la Ley 1098 de 2006, el cual excluye este beneficio, para los casos previstos en el numeral 2 del art 314 de la ley 906 de 2014; prohibición que no ha sido derogada expresa ni tácitamente por norma alguna.

DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN, CONFORME LA CAUSAL 4 DEL ARTÍCULO 314 DEL C.P.P. – En la acreditación de la enfermedad grave incompatible con la vida en un establecimiento carcelario, debe mediar un dictamen de médico oficial - No es factible sustituir la detención preventiva intramural por la de naturaleza domiciliaria, siendo que no se demostró que el padecimiento sufrido por el procesado sea incompatible con la subsistencia en reclusión, en tanto el concepto médico particular, base de la petición, es insuficiente para dar por probada la causal y siendo que no se cuenta con un dictamen pericial emitido por un médico oficial; pues no obstante, se pueden tener en cuenta los dictámenes particulares, debe contarse inexorablemente con el concepto oficial, de cuya valoración en conjunto, aplicadas las reglas de la sana crítica, se pueda tomar la decisión jurídicamente más correcta. /

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISIÓN PENAL

Sentencia Penal N°: 04
Radicación: 520016000485201500193 – 1 N.I. 12545
Procesado: STCG
Delito: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS
Acta de Aprobación: 53 del 22 de mayo de 2017

MAGISTRADO PONENTE: DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ

San Juan de Pasto, treinta y uno (31) de mayo dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor STCG, contra la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño, mediante la cual se resolvió negar la concesión del subrogado de prisión domiciliaria por el estado de grave enfermedad y condición etaria.

ACONTECIMIENTOS HISTÓRICOS RELEVANTES Y ANTECEDENTES JURÍDICO PROCESALES

Como refiere el escrito de acusación presentado el día 8 de abril de 2015 por la Fiscalía General de la Nación, los hechos jurídicamente relevantes son los siguientes:

“El día 17 de enero de 2015, la niña JCMC de diez años de edad, se encontraba en una calle del barrio Juanoy Bajo de esta ciudad, miró que se acercaba un señor con un perrito, ella procede a acariciar al perro y en ese momento el señor la toma de la mano a la fuerza, le pide que le dé un beso, le tapa la boca para que no grite, la intenta besar a la fuerza, le toca la vagina, las piernas y los senos de manera superficial por encima de la ropa e intenta bajarle la cremallera de la chaqueta, pero como en ese momento aparece su tía AC la suelta, la niña corre hasta la casa de su abuela, le cuenta lo ocurrido a ella y a su madre y esta última da aviso a la policía que logra aprehender a ese ciudadano, quien fue identificado con el nombre de STCG, portador de la cédula de ciudadanía No. ... de Gualmatán (N)”.

Una vez obtenido el material probatorio y la evidencia física, la Fiscalía 24 Seccional URI, formuló imputación al señor CG por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, en audiencia realizada el día 18 de enero de 2015 ante Juzgado Promiscuo Municipal de Taminango con función de control de garantías de turno en la ciudad de Pasto, sin que aquel aceptara cargos, imponiéndole además medida de aseguramiento intramural.

Posteriormente, el día 19 de marzo de 2015, la Fiscalía 52 Seccional CAIVAS realizó una variación de la imputación antes referida, modificándola por el ilícito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO contemplado en los artículos 210A y 211 Numeral 4º del C.P. (por efectuarse sobre persona menor de catorce años), tras considerar que por el tipo de maniobras desplegadas por el autor y el lugar de realización, los actos no encajaban de manera estricta en la descripción típica del ilícito inicialmente imputado, pero sí pudieron haber existido actos de hostigamiento, persecución y asedio hacia la niña afectada, con una finalidad sexual no consentida. Ante ello, el señor STCG, una vez enterado de la imposibilidad de ser beneficiado con rebaja de penas por expresa prohibición legal, en audiencia de variación de imputación llevada a cabo el día 24 de marzo de 2015, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto – Nariño con Función de control de Garantías, de manera libre, voluntaria y debidamente informada, decidió aceptar los cargos formulados por el ente acusador.

Continuando con el trámite del proceso penal, el 8 de abril de 2015 el Fiscal 52 de la unidad de CAIVAS de Pasto presentó el escrito de acusación en contra del señor STCG, por lo que el día 29 de noviembre de 2016 se celebró la audiencia de verificación de allanamiento a cargos, individualización de la pena y lectura de sentencia, dentro de la cual la defensa de los intereses jurídicos del procesado expuso en su intervención que su representado es una persona mayor de ochenta años y que a la fecha padece de “*Demencia de tipo Alzheimer*”, catalogándola como una supuesta “enfermedad grave”, por lo que procedió a solicitar la concesión del sustituto de prisión domiciliaria previsto en el artículo 314 del C. de P.P.

Así las cosas, la A Quo decidió condenar al señor STCG a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, como autor responsable del delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, negándole al acusado el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria.

Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa, lo que ha dado lugar al arribo del expediente a esta instancia para revisión en alzada de lo relativo a la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria por el estado grave de enfermedad y por el factor etario del procesado.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N) fundamentó su decisión, rechazando la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, pues si bien el señor CG cumplía con los requisitos del artículo 63 del C.P., puesto que la pena imponible es menor de 4 años y aquel no presenta antecedentes penales, refirió que de acuerdo con lo previsto por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2016 (Código de Infancia y Adolescencia) existe una prohibición específica en el caso de delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, ya que dicha normatividad establece que: *“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”* no se considera factible conceder ningún tipo de beneficio al procesado.

Por último, sobre el punto objeto de controversia, argumentó la Juez de Primera Instancia que no era posible la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, debido a la protección prolija que la Corte Constitucional y la Ley de Infancia y Adolescencia quiso darle a los menores, impidiendo la concesión de cualquier clase de beneficios a los procesados, por esta clase de delitos.

ARGUMENTACIONES DE LA PARTE IMPUGNANTE

El Doctor JOSÉ GERARDO ALAVA THOMAS, defensor del señor STCG, señaló su inconformidad con la Jueza de Primera Instancia por considerar que ella incurrió en un error al no conceder el sustituto de la prisión intramural por prisión domiciliaria, pues a su parecer se cumplen con los requisitos necesarios para su concesión en los eventos en que el condenado sufre de un estado grave de enfermedad que resulta incompatible con la vida en reclusión formal.

Señaló al respecto que la causal contenida en el artículo 314 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, debe analizarse también bajo el entendido de que el estado grave de enfermedad se configura cuando dicha enfermedad no puede ser atendida de manera adecuada en el sitio de reclusión, so pena de poner en peligro la vida o salud del penado, como también que debe entenderse que cubre aquellas dolencias que pongan en serio peligro la integridad anatómica o funcional de alguno de sus órganos, sin la necesidad de que se encuentre amenazada o en peligro su vida.

En ese orden de ideas, citó los dictámenes del Médico – Psiquiatra perteneciente al Hospital San Rafael de Pasto del 11 de octubre de 2016, los cuales recomendaban adelantar el tratamiento de la enfermedad evitando el consumo de alcohol, cigarrillo, marihuana, cocaína u otras sustancias psicoactivas bajo ningún pretexto; tomar la medicación de la forma prevista y, en caso de presentar ansiedad, síntomas de tristeza fuertes, deseos de consumo o ideas de muerte y/o suicidas, consultar de inmediato por urgencias de primer nivel; así como también realizar ejercicio tres veces al día, no trasnochar y acompañamiento familiar constante y que además se llevaran a cabo con total normalidad los procedimientos médicos que se le suministran al procesado.

Concluyó así que la enfermedad que padece el señor STCG es grave, debido al deterioro que esta causa en el cerebro, pues la persona no puede desarrollar actividades diarias por sí sola, es incapaz de recordar eventos relacionados con su vida, aunado a la depresión y agitación, concluyendo que es una enfermedad degenerativa que afecta el comportamiento y raciocinio del individuo.

Citó también la Defensa que se debe tener en cuenta la edad avanzada y que si bien este delito está enlistado dentro de aquellos que no permiten ningún beneficio, el señor STCG se encuentra en situación de vulnerabilidad, por lo tanto en este caso si es factible que opere la figura de prisión domiciliaria ya referida.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Qué funcionario judicial es competente para decidir sobre la sustitución de la pena de prisión intramural por la domiciliaria, en 2 y 4 del artículo 314 del C. de P.P.?

2.- ¿Tiene el Señor STC derecho al sustituto domiciliario contemplado en los numerales 2 y 4 del artículo 314 del Estatuto Procesal Penal, por factor etario y grave enfermedad, encontrándose condenado por un delito de ACOSO SEXUAL contra menor de catorce (14) años?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Sobre la competencia para resolver peticiones de sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por las causales establecidas en el artículo 314 del C.P.P.

Lo primero que debe advertirse es que ya la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples oportunidades con relación a la competencia de los distintos jueces que actúan durante el devenir de la actuación o proceso penal, para decidir peticiones de libertad y asuntos similares, en los siguientes términos:

“La competencia para decidir las peticiones de libertad y asuntos similares (incluyendo las de detención o prisión domiciliaria) está radicada en diferentes funcionarios judiciales, dependiendo de la etapa en la que se encuentre la actuación.

Si la solicitud se formula antes del anuncio del sentido del fallo, debe ser resuelta por los jueces de control de garantías (Art. 154, Núm. 8 y 9, de la Ley 906 de 2004). Si se presenta después del referido acto procesal, corresponde al juez de conocimiento de primera instancia. Esto último tiene aplicación durante el trámite del recurso de apelación contra la sentencia (Cfr. CSJ SP, 25 Nov 2015, Rad. 46329 y 47003) e igualmente en el de casación (Art. 190 del Código citado). Por último, tras la firmeza del fallo, en caso de que sea condenatorio, el competente es el juez de ejecución de penas (Art. 38 y 459 y ss. del estatuto procesal en referencia)”¹.

De tal manera, queda suficientemente claro que dependiendo de la fase en la que se encuentre el asunto, se determinará a cuál de los jueces –de control de garantías, conocimiento o de ejecución de penas- le compete emitir un pronunciamiento frente a estos específicos pedimentos.

Ahora bien, entendido lo anterior, emerge necesario determinar qué sucede en aquellos eventos en que la solicitud va dirigida a la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la ejecución de la pena intramural, en el marco de las causales establecidas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Pues bien, esta temática tampoco ha sido ajena a esta Corporación Tribunalicia, quien en el pasado ha referido lo siguiente:

“Este es un tema que de tiempo atrás ya ha sido dilucidado por la Corte Suprema de Justicia al instruir que a los jueces de instancia no atañe pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, en cambio sí a los de ejecución de penas por fuerza del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como bien en su recurso finalmente es reconocido por la defensa del señor TORRES ARMERO, y no por el Ministerio Público. Veamos:

“En ese orden, le correspondía al fallador de primer grado analizar si frente al caso concreto se cumplían las referidas exigencias, que advierte la Sala no concurren, concretamente el factor objetivo, en la medida en que uno de los delitos por los que Vásquez Martínez fue condenado contempla una pena mínima superior a cinco años de prisión, razón que resultaba suficiente para disponer la ejecución de la pena al interior de un centro de reclusión.

Ahora bien, examinado el motivo por el que el a quo estimó procedente la aplicación de la prisión domiciliaria, observa la Corte que el mismo está relacionado con la causal de sustitución de la detención preventiva, prevista en el artículo 314, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, relativa a que

¹ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto No 48349 del 19 de julio de dos mil dieciséis (2016).M. P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

ésta podrá sustituirse por la del lugar de residencia «cuando el imputado o acusado fuera mayor de sesenta y cinco (65) años siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia».

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala², el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que:

«... en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria»^{3,4} (Negrillas fuera del texto original)⁵.

Por la misma senda, en otra oportunidad la Sala Penal de este Tribunal corroboró tal postura e indicó que:

“No obstante, otro argumento es foco de discusión por la libelista, relacionado con que LIA MARGOTH es una persona de la tercera edad por contar con 76 años, lo que remite a la Judicatura a observar lo normado en la Ley 906 de 2004 que en el canon 461 sobre la sustitución de la ejecución de la pena, dice:

“Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”

*Articulado que debe verse en armonía con el artículo 314, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 que reza: “Sustitución de la detención preventiva. “La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:
(...)”*

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.”

Siendo en todo caso que, tales preceptos normativos no se conjugan en competencia como primera instancia para dirimir el tema por el Juez de conocimiento sino ante el Juez de Ejecución de Penas, como acertadamente lo consideró el a quo.

Lo anterior, cobra sentido lógico a partir del mandato de competencia fijado en el artículo 478 del Código Instrumental Penal, donde se le arroga la facultad de conocimiento en segunda instancia sobre las determinaciones de tales institutos a los jueces de primera o única instancia, es decir, a quienes ejercieron la función de conocimiento.

Por lo tanto, pensar o afirmar que el Juez de conocimiento se pronuncie sobre la sustitución de la pena, sería tanto como desconocer la competencia que en segunda instancia le asigna el legislador y consecuentemente que el Tribunal asuma en alzada un conocimiento que de manera expresa se ha otorgado a otra autoridad.

² CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300; CSJ AP, 30 jul. 2014, rad. 38262; entre otras.

³ Ibídem

⁴ CSJ. Decision del 3 de febrero de 2016, Rad. 45905.

⁵ Tribunal Superior Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, sentencia No 2014 07315 01. N.I. 15939 del 15 de noviembre de 2016. M. P. Franco Solarte Portilla.

Así las cosas, en último es el Juez de Ejecución de Penas, quien con base en las reglas generales de competencias del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, quien se debe pronunciar de los institutos propios de la ejecución de la sentencia, pues precisamente esa es su razón de ser constitucional y legalmente.

(...).

Es razonable entonces que el legislador dentro del ámbito de discrecionalidad en el manejo de la potestad de configuración legislativa, limite los subrogados y sustitutos penales a través del establecimiento de unos presupuestos con miras al cumplimiento de los fines de las medidas cautelares y de la pena cuando a ésta se llega, todo encaminado a unos fines precisos de política criminal que prevenga o cuando menos controle el delito.

(...)

Por todo lo considerado, se itera, carecía de competencia el Juez de Primer Grado para resolver la solicitud aludida y su manifestación de ninguna manera riñe con el conjunto de principios y valores que integran el sistema jurídico, por el contrario se ajusta a la interpretación de la norma, sin que con ello, vulnere garantías judiciales en cabeza de la procesada, razón por la cual, la sentencia recurrida debe confirmarse en su integridad.”⁶. (Negrita fuera del texto original)

Más recientemente, una de las Salas de Decisión Penal, precisó lo siguiente:

“En el asunto al que converge la atención de la Sala, el recurrente reclama que a su prohijado se le sustituya la ejecución de la pena intramural por la prisión domiciliaria bajo el supuesto del numeral 4° del artículo 314, del ordenamiento evocado, que determina que la detención preventiva en centro carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia “Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.”, bajo el entendido del citado artículo 461.

Si bien esta disposición autoriza la sustitución de la ejecución de la pena por la prisión domiciliaria reclamada por el recurrente, tal supuesto se puede verificar, única y exclusivamente cuando el trámite se encuentra en sede de conocimiento de los jueces de ejecución de penas y medidas seguridad.

El entendido no puede ser otro, pues el mismo precepto en que se funda tal pretensión otorga esa facultad de manera exclusiva a esta clase de jueces, evento que se verifica solamente cuando la sentencia se encuentra ejecutoriada o en firme, pues no es otra la oportunidad procesal que la especialidad de estos jueces, tienen la vocación de competencia, precisamente para conocer la ejecución de la sanción.

(...)

Vale recordar que esta Corporación, soportada en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ocupó del tema, oportunidad en la que destacó que al juez de conocimiento no le corresponde pronunciarse sobre la sustitución de la pena por la prisión domiciliaria al momento de proferir sentencia.

En efecto, esta Sala al estudiar un asunto afín, precisó que la sustitución de la ejecución de la pena es un instituto cuya concesión debe ventilarse en el escenario del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a quien por competencia legal en su esfera se halla la ejecución de la sanción penal impuesta una vez se haya verificado la ejecutoria de la sentencia, labor que realizará con apoyo de las autoridades penitenciarias y carcelarias conforme lo ritua el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal⁷.”⁸.

Del anterior recuento puede colegirse que la competencia para resolver peticiones de sustitución de la ejecución de la pena intramural por la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 314 del Estatuto Procedimental Penal, en concordancia con el artículo 461 de la misma codificación, recae sobre los Jueces de Ejecución de Penas, no así sobre los de conocimiento. No obstante, el Máximo Órgano de Cierre en materia penal ha propuesto una

⁶ Ídem, sentencia No N. I. 8534 del 28 de junio de 2016. M.P. José Aníbal Mejía Camacho.

⁷ Sentencia de segunda instancia de 15 de noviembre de 2016, radicación No. 2016-00591-01 N.I. 15939 MP. Dr. Franco Solarte Portilla.

⁸ Sentencia No N. I. 12174 del 30 de marzo de 2017. M. P. José Aníbal Mejía Camacho.

excepción a esta regla general, exclusivamente cuando en sede de conocimiento se encuentren verificados los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, que harían posible conceder la sustitución de la medida, no así la prisión domiciliaria.

De cara a la resolución del asunto que convoca nuestra atención, con la corrección jurídica que corresponde, debemos observar que en efecto nos encontramos dentro de la excepción referida en líneas anteriores, ello en virtud a que en este momento se ha emitido una sentencia condenatoria en primera instancia, situación que nos irroga la competencia necesaria para realizar un pronunciamiento de fondo con relación al problema jurídico planteado por el censor, pero en punto a la posibilidad de la concesión de la DETENCIÓN DOMICILIARIA como sustitutiva de la pena de prisión a favor del procesado, amparado en las causales 2 y 4 del artículo 314 del Estatuto de Procedimiento Penal, pues, como se ha dicho hasta la saciedad, la prisión domiciliaria será –eventualmente– un tema que deberá resolverse por parte del Juez de Ejecución de Penas a quien por reparto le corresponda la vigilancia del asunto, una vez ejecutoriada la sentencia.

2.- Análisis de la normatividad vigente aplicable para conceder el sustituto detentivo domiciliario y sus excepciones.

Como se acaba de indicar, la competencia excepcional del Juez de Conocimiento, en punto de resolver petición para conceder un sustituto punitivo, extendida antes de pronunciarse la sentencia anunciada como condenatoria, lo es para revisar si procede la Detención Domiciliaria, más no la Prisión Domiciliaria, por ser éste último aspecto del resorte exclusivo del Juez Ejecutor de las Penas.

Para éste menester se debe recordar que bajo la regulación normativa Procedimental Penal (Ley 906 de 2004) se estableció la factibilidad de sustituir la detención preventiva intramural en establecimiento carcelario por la de naturaleza domiciliaria, en variados eventos consagrados en el artículo 314, que fue modificado por la ley 1474 de 2011, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

- 1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.*
- 2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.*
- 3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.*
- 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.*
El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.
- 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufre incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio. **(Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-154 de 2007)***

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5.

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y

vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”.

Es de aclarar que estas figuras penales atienden fundamentos de falta de necesidad de las restricciones libertarias dentro de centros carcelarios oficiales y evitar el hacinamiento; otras privilegian condiciones humanitarias⁹ de protección a la vejez, al hijo que está por nacer, al menor que está en riesgo de abandono y al estado de salud del mismo condenado.

Empero, si bien es cierto que es posible otorgar el sustituto de detención domiciliaria previsto en los acápites anteriores cuando el peticionario se encuadre en alguna de las prerrogativas descritas, tampoco puede desconocerse que existen unas prohibiciones o excepciones legales para su concesión en casos específicos, las cuales han sido establecidas de manera expresa por el legislador en el ejercicio de su poder de configuración legislativa, entre las que se encuentra el numeral segundo del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual prevé lo siguiente: “No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004” 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.

Además, cabe resaltar los pronunciamientos que sobre el tema en disquisición ha realizado la Honorable Corte Constitucional, como por ejemplo, la sentencia T- 718 de 2015, a través de la cual se expuso lo siguiente:

“Según la codificación en cita, se entiende por interés superior del menor el imperativo que obliga a todas las personas y entidades a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes; y establece que además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado cumplir el conjunto de disposiciones previstas en la Ley de Infancia y Adolescencia (arts. 8º y 38).

Ahora bien, la misma ley en el artículo 41 establece que “el Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

“4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.

6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.”

Al referirse a los criterios para el desarrollo del proceso penal por delitos cometidos en contra de menores, el Código de Infancia y Adolescencia establece que la autoridad judicial debe prestar especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados.

En cuanto a los beneficios y mecanismos sustitutivos, el artículo 199 del CIA dispone:

“Beneficios y mecanismos sustitutivos. 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:

1. (...)

2. *No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*

⁹ Artículo 12 Constitución Nacional de 1991.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.
6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.
7. No procederán las rebajas 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.
8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.
(...)

Lo anterior evidencia que uno de los mecanismos por medio de los cuales el Estado colombiano ha dado cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos en la Convención sobre los derechos del Niño y demás tratados internacionales sobre derechos humanos, en cuanto al deber de proteger de manera especial a los niños, niñas y adolescentes, se concreta en el catálogo de garantías, deberes, derechos y medidas establecidas en la citada codificación.

Tratándose de casos en que los infantes han sido víctimas de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, en cuanto a las reglas a aplicar en el tratamiento de los imputados, acusados o condenados por la comisión de la conducta punible, regulación legal establecida elimina beneficios propios del procedimiento penal v. g. los subrogados penales[122], la sustitución de la detención preventiva[123], la sustitución de la ejecución de la pena[124], la extinción de la acción penal[125], las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, el subrogado penal de libertad condicional ni "otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva"[126], lo cual guarda consonancia con las disposiciones superiores y los compromisos internacionales, en virtud de los cuales debe primar el interés superior del menor. (Subrayas de Sala)

No está por demás reafirmar que el artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia no ha sido derogado expresa ni tácitamente por norma alguna, que mantiene su vigencia histórica en punto de prohibición de conceder beneficios, algunos subrogados y sustitutos detentivos y de prisión, para aquellos sujetos infractores de la ley penal que atentan contra algunos derechos o garantía fundamentales de los menores, como la vida, integridad personal, libertad personal y libertad o formación sexual, entre otros. Así se expresó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recientemente:

"Como se observa, es equivocado sostener que las normas citadas en la demanda de casación regulan supuestos de hecho análogos, pues véase como la Ley de infancia y adolescencia, en manera alguna aborda los requisitos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que fija el Código Penal para infractores mayores de 18 años; tampoco insertó modificaciones a dicho estatuto en lo relativo al tema propuesto en el libelo, puesto que aquella normativa establece un régimen penal autónomo que se aplica a los menores de edad con independencia de las disposiciones que respecto de los adultos consagra la Ley 599 de 2000, al tiempo que fija una serie de prohibiciones y condicionamientos frente a figuras como la prisión domiciliaria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el principio de oportunidad, las rebajas de pena, todas ellas encaminadas a reprochar con mayor severidad las acciones delictivas que atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Y tampoco fue intención del legislador a través de la Ley 1709 de 2014, la de modificar el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y las medidas que el mismo contempla para las víctimas

menores de edad, como para entender que el artículo 29 de la citada norma derogó esas prohibiciones, anulando en últimas el régimen diferenciado que el legislador quiso establecer entre quienes cometen delitos contra menores, y aquellos que no, discriminación que se justifica por la protección reforzada y prevalente de los derechos de niñas, niños y adolescentes".¹⁰ (Subrayas fuera del texto original)".

Este tema tampoco ha sido ajeno a las decisiones de esta corporación tribunalicia, y por ello nos permitimos referenciar extractos del auto interlocutorio de segunda instancia proferido el trece (13) de diciembre de 2016, con Ponencia del Honorable Magistrado Franco Solarte Portilla, donde en un asunto de rasgos fácticos equivalentes se indicó:

"(...) resulta diáfano resaltar que de aceptarse la aplicación de la Ley 1709 de 2014 sin considerar la vigencia de la Ley 1098 de 2006, como así lo exige el abogado de la defensa, se estaría permitiendo una situación de desigualdad entre aquellos que cometieron conductas delictivas con anterioridad a la entrada en vigencia de este último cuerpo normativo como lo es del caso – y aquellos que realizaron el hecho punible con posterioridad, habida cuenta que en el primer evento habría que concederse el subrogado de la libertad condicional, mientras que en el segundo acontecimiento este instituto no tendría cabida, puesto que el asunto no podría ser ventilado sin la influencia de la Ley 1098 de 2006, que en su artículo 199 apareja expresa prohibición de su concesión para delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales perpetrados contra menores de edad.

Por eso mismo, esto es, que la Ley 1709 de 2014 y el Código de Infancia y Adolescencia conforman un plexo normativo que debe ser leído de manera sistemática y conjunta (...)." ¹¹

3.- Análisis del asunto sometido a examen.

Como se expresó en antecedencia, el aspecto jurídico a considerar está orientado al estudio de la posibilidad de conceder al condenado STCG la concesión de la detención domiciliaria como sustitutiva de la intramural, por las causales establecidas en los numerales 2 y 4 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, mientras cobra ejecutoria material la sentencia de condena emitida en su contra por el delito de ACOSO SEXUAL en la modalidad AGRAVADA, por haberse cometido contra una menor de catorce (14) años de edad, momento en el cual asumiría competencia un Juez de Ejecución de Penas para verificar si sustituye o no la pena de prisión impuesta en establecimiento carcelario, por la domiciliaria.

En esta medida, debe escindirse el estudio de cada una de estas causales, porque tienen fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios diferentes, según se pasa a verificar.

3.1.- SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA, ATENDIENDO EL FACTOR ETARIO. La primera petición de reconocimiento del sustituto domiciliario la extiende el defensor con fundamento en el artículo 314 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, atendiendo que el señor STCG es un adulto que supera la barrera de los sesenta y cinco (65) años de edad, hoy cuenta con más de ochenta años; pero, lastimosamente, éste no es el único elemento jurídico de naturaleza objetiva a considerar para este menester, y menos en este caso en particular, debido a que las agresiones sexuales imputadas y aceptadas en allanamiento a cargos por el filiado han recaído sobre la menor J.C.M.C., que tenía escasos diez (10) años de edad al momento de los hechos.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 46332, Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

¹¹ Radicado 2009-00129-01. Condenado Nelson Libardo Yépez Guzmán. Delito acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir en concurso con acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años.

Para la Sala es claro que el asunto se encuentra excluido legal y explícitamente de la concesión del sustituto detentivo domiciliario deprecado, por el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, expedida para la protección y garantía de los niños, niñas y adolescentes. No puede soslayar el juzgador de instancia la voluntad del legislador de darle tratamiento especial a los sujetos procesados por delitos atentatorios de la vida, integridad personal, libertad y desarrollo sexual de los menores.

Ante la claridad de la norma prohibitiva de conceder la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, para los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la ley 906 de 2014, establecida tajantemente en el numeral 2 del artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia, no queda otro camino a la Sala que dar cumplimiento estricto a la previsión legal; ello obliga a despachar negativamente esta pretensión del impugnante, porque cuando una norma es clara no hay lugar a interpretaciones extensivas. Consecuencia de lo anterior es confirmar éste apartado del fallo venido en apelación, porque se aviene a las argumentaciones de esta instancia judicial.

3.2.- SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA, ATENDIENDO EL FACTOR DE ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD. La segunda petición de togado defensor de los intereses jurídicos de STCG se orienta a que se le reconozca sustituto domiciliario por padecer un estado grave de enfermedad, pues según su parecer la patología que se le ha diagnosticado (*Alzheimer y Demencia Senil*) resulta incompatible con la vida en reclusión, de manera que la misma no puede ser tratada dentro del establecimiento carcelario donde se encuentra privado de la libertad.

Al respecto, debe indicarse, en primer lugar que en desarrollo del principio de dignidad humana y de la prohibición constitucional de que ninguna persona puede ser sometida a penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, el legislador estableció en el numeral cuarto (4º) del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1142 de 2007, que la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la del lugar de residencia, en el caso en que el imputado o acusado padezca de una grave enfermedad que sea incompatible con la vida carcelaria, previo dictamen proferido por un funcionario oficial del Instituto de Medicina Legal.

La Corte Suprema de Justicia ha decantado la posibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo domiciliario "(...), cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal..." evento en el cual se puede autorizar por el Juez el cumplimiento de la privación de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC. Complementariamente indicó que "Para la concesión de este beneficio, continúa la norma, debe mediar concepto de médico legista especializado", al igual que "En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida." ¹²

Como se puede colegir del precedente, lo que habilita la concesión del sustituto domiciliario por "estado grave de enfermedad" es que el procesado o condenado se encuentre sufriendo un quebrantamiento de salud psíquico o físico "... que tenga la hondura suficiente para motivar el cambio de sitio de reclusión, de tal manera que – así el condenado no esté en inminente peligro de muerte – no sea viable permanecer en el centro penitenciario que se le asigna, sea por la carencia de medios para darle el tratamiento requerido, sea porque a pesar de que dicho centro los posea el mal sufrido impida continuar con su vida en reclusión; al efecto, el juzgador se debe auxiliar del perito o médico especializado oficial" ¹³.

De esta manera, quien aduzca en su favor el padecimiento de una enfermedad grave incompatible con la vida en un establecimiento carcelario, debe demostrar con la mediación de un concepto de médico oficial que dicho padecimiento es de tal connotación que impida llevar una vida saludable y merezca ser atendido transitoria o permanentemente en un sitio con las condiciones y características necesarias para su tratamiento, las cuales no pueden ser ofrecidas por el establecimiento de reclusión.

¹² Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de abril de 2012, Impugnación N° 59.780.

¹³ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL". Cuarta edición actualizada. Ediciones Jurídicas ANDRES MORALES. Bogotá D.C- 2010. Página 788.

En el presente caso la Jueza de primera instancia ha negado la concesión del sustituto domiciliario deprecado por la defensa, en razón a la expresa prohibición de conceder beneficios para quienes incurrn en delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, que de la revisión atenta del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, establece; de igual manera porque el dictamen médico emitido por un galeno psiquiatra particular, no puede establecer fehacientemente que la situación de salud por la que atraviesa el condenado STCG (*Alzheimer y Demencia Senil*) permita ser catalogada como “*ENFERMEDAD GRAVE*”, lo mismo que no se ha establecido si ella puede ser tratada en el establecimiento penitenciario y carcelario donde se encuentra recluso.

Sobre el primer aspecto argumentado por la primera instancia para negar el sustituto domiciliario, debe indicarse que no es cierto que la ley de infancia y adolescencia prohíba expresamente la concesión del sustituto en su artículo 199, por aquello que éste no puede catalogarse como un “*beneficio legal ni administrativo*” sino como un verdadero derecho, cuando se cumplen los requisitos o condiciones del artículo 314 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal. En segundo lugar, la prohibición para otorgar la sustitución de la detención domiciliaria por la intramural, lo está para los eventos de las causales 1 y 2 de la norma en cita, que hacen referencia a la suficiencia de la residencia para cumplir los fines de la detención preventiva y el llamado factor etario, pero nada se indica en los eventos de “*estado grave por enfermedad*”, que corresponde a la cuarta (4ª) causal de ese aparte normativo.

Lo que si resulta relevante es que la defensa apoya su petición exclusivamente en un concepto médico sobre el actual estado de salud del señor CG, pero expedido por el Médico Psiquiatra particular Gabriel Felipe P. Salas, adscrito al Hospital San Rafael de Pasto, el cual como galeno tratante le diagnosticó demencia en la Enfermedad de Alzheimer, de comienzo tardío.

Para esta Sala de Decisión, éste insular dictamen es insuficiente para dar por demostrada la causal sustitutiva domiciliaria deprecada, porque en el trámite debe mediar un dictamen de médico oficial.

Al respecto esta Corporación indicó en reciente fallo que, si bien el sistema normativo reclama que el padecimiento de salud habilitante del sustituto detentivo o de prisión domiciliario debe ser probado a través del concepto de un médico oficial, mediante el cual se establezca que las consecuencias físicas y psicológicas en el cuerpo o salud del condenado, generadas por la enfermedad, impidan que aquel pueda llevar una vida saludable y en condiciones dignas, resultando dicho padecimiento incompatible con la subsistencia en reclusión intramural, razón por la cual se debe hacer merecedor de un tratamiento médico humanitario, que sólo pueda ser sobrellevado en un hospital o en la residencia del penado; también lo es que en la confrontación o debate procesal que pueda sobrevenir para la aplicación de esta figura sustitutiva, nada obsta y hasta resulta deseable que se pueda contar y tener en cuenta los dictámenes emitidos por profesionales que ejerzan la medicina de manera particular, de cuya valoración en conjunto podrá el fallador de control de garantía, conocimiento o de ejecución de la pena arrimar a la determinación jurídicamente más correcta, porque al fin y al cabo el “*Juez es el Perito de Peritos*”.

De suerte que el dictamen del médico oficial no es el único válido per se para probar la existencia de un “*estado grave por enfermedad*”, en los términos de las normas reseñadas, porque en nuestro sistema jurídico procesal no resultan admisibles rezagos de “*tarifación legal positiva*”; pero lo que sí resulta certero es admitir que en este tipo de debates debe contarse inexorablemente con un concepto previo de un médico oficial, sin que sea este el que por su naturaleza estatal deba exclusivo ni excluyente, como tampoco debe tener mayor peso probatorio, más allá con el que le corresponda en el análisis conjunto de la evidencia, aplicadas las reglas de la sana crítica.

Como quiera que en el presente asunto, de la revisión exhaustiva de las carpetas, no se observa por la Sala la existencia de un certificado o dictamen pericial emitido por un médico oficial o legista, como tampoco que del emitido por galeno particular se puede afirmar de manera categórica que la condena que soporta el señor STCG no pueda seguir siendo adelantada al interior de un centro carcelario, debido a la enfermedad que soporta, aun cuando se grave se demencia senil y el alzhéimer, no queda otro camino que negar la petición de la defensa, sin perjuicio de que puede ser puesta bajo consideración del Juez de Ejecución de Penas, a quien corresponda la vigilancia del asunto, para que sea éste quien, previo acopio de concepto de Medicina Legal en el que se establezca de forma clara y precisa el estado de salud del condenado, determine finalmente sobre la viabilidad de la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, tantas veces mencionado.

Corolario de lo anterior, será despachar negativamente el segundo cargo contra la sentencia venida en apelación.

Sin más consideraciones al respecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Penal del Circuito de Pasto, con función de conocimiento, en audiencia pública el 29 de noviembre de 2016, en contra del señor STCG, con las consideraciones especiales consignadas en éste libelo.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PREACUERDOS – Estos le son vinculantes, salvo vulneración de garantías fundamentales./ PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Imposibilidad de injerencia del juez, al ser la acusación un acto de parte que le compete a la Fiscalía. / PREACUERDOS – Modalidades./ PREACUERDOS - MARGINALIDAD, IGNORANCIA Y POBREZA EXTREMAS - Al ser producto de un acuerdo, no es factible exigir pruebas que demuestren lo ofertado por la Fiscalía - No hay lugar a improbar el acuerdo, siendo que la acusación es función privativa y exclusiva del ente instructor, que como titular de la acción penal tiene amplias facultades para negociar en torno a la misma y que la función de la judicatura en el tema de preacuerdos se agota con la verificación formal de su desarrollo, salvo flagrante violación de garantías fundamentales y teniendo en cuenta que se pre acordó como único beneficio, la modalidad establecida en el numeral 2º del art 350 de la Ley 906 de 2004, consistente en reconocer circunstancias de marginalidad con miras a disminuir la pena; no como una circunstancia concomitante o consustancial a la conducta misma, sino como un acontecer post delictual, con una teleología precisa de obtener una rebaja punitiva, en tanto de darse alguna de las situaciones consagradas en el art 56 del CP, su reconocimiento deviene como un derecho y no como un beneficio; no siendo necesario contar con un sustento fáctico que lo acredite, pues es una creación intelectual de las partes con ocasión al pacto, el cual se realizó dentro de los límites y finalidades autorizados por la ley, sin conculcar garantía fundamental alguna./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Proceso N°	:	520016000485201200011
Número Interno	:	6966
Conducta Punible	:	Acceso Carnal abusivo con incapaz de resistir
Imputado	:	WJRM
Decisión	:	Confirma el recurrido
Aprobado	:	Acta N° 20 de junio de 2017

San Juan de Pasto, trece de junio de dos mil diecisiete
(Hora: 11:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la decisión del 29 de julio de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto en funciones de conocimiento, mediante la cual, aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 15 Seccional del Municipio de Pasto y el imputado WJRM.

1. El aspecto fáctico

De la providencia a revisar se extraen los siguientes:

El 31 de Diciembre de 2011, MJB de 29 años de edad, se encontraba celebrando fin de año junto a su familia y amigos en su casa de habitación ubicada en el barrio Caicedo alto de la ciudad.

Se relata que el festejo se prolongó hasta las horas de la mañana del día primero (1º) de enero de 2012, momento en el cual, la referida y sus hermanos T y R departían en compañía de su vecino WR, con presencia de ingesta de licor por los participantes.

Posteriormente se tiene que MJBU, pierde el conocimiento producto de la ingesta de licor, hecho que genera que su hermano la conduzca a su habitación y la acueste para que descanse, posterior a eso aseguró la puerta del cuarto debido al estado de su hermana.

Se cuenta que momentos después WR, es vencido por el sueño y tras despertar, prosiguió con el consumo de licor en la reunión, para luego arbitrariamente ingresar por la ventana de la habitación en la que se encontraba MJ, despojándola parcialmente de su ropa y accediéndola carnalmente sin que ésta lo notara debido al estado de alicoramiento en el que se encontraba.

2. La providencia impugnada

El Juez de conocimiento luego de referirse a la individualización e identificación del acusado y los antecedentes de la actuación, hizo énfasis en el acta de preacuerdo y los elementos materiales probatorios puestos a su disposición.

Inició citando el artículo 351 inc. 4º del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo aquellos que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Trajo al caso precedentes jurisprudenciales de fallos conocidos por el Juzgado con decisión negativa a aprobación de preacuerdo en casos similares al *sub judice*, y de los cuales, aclaró que tras impugnación impetrada por la parte inconforme, el Tribunal Superior de Pasto en su Sala Penal, dictó la revocatoria y dio así aval a los propósitos perseguidos, exponiendo por sustento que bajo ningún punto la mirada subjetiva del juzgador acerca del *quantum* punitivo da relevancia a improbar un acuerdo estructurado en concordancia con la voluntad de las partes intervinientes y amparado bajo los parámetros legales correspondientes.

Se pronunció respecto al escrito de preacuerdo, concluyendo cumplidos los presupuestos señalados en los artículos 348, 349 y 352 del Código Instrumental Penal y por ende, impartió aprobación tanto a la acusación como a la aceptación de cargos, al estimar que no se vislumbraba vulneración de derechos o garantías fundamentales; expresó así que el sentido del fallo sería de carácter condenatorio.

3. Sustentación del recurso e intervención de las partes

3.1 Ministerio Público como recurrente

Manifiesta el agente ministerial ante la decisión tomada por el Juez de primera instancia, que a su juicio el preacuerdo debía ser improbad, toda vez que, se veía transgredido el principio de legalidad y no se satisfacía la plena administración de justicia frente a la gravedad del hecho cometido.

Aduce, con base en el artículo 348 sobre el amparo con el cual cuentan los preacuerdos que:

"Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de conflictos sociales que generen delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso la fiscalía y el imputado acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso"

Manifiesta conjuntamente que a su juicio, si bien los preacuerdos son métodos efectivos para la solución de los conflictos y que a pesar de que en el presente existe la plena voluntad de las partes involucradas, se vulnera vehementemente los presupuestos de plena administración jurisdiccional, toda vez que, el rango de movilidad para fijación de pena que se expone en el preacuerdo, dice, es una modificación de los presupuestos legales existentes.

Expresa como motivo de su inconformidad, la ausencia de sustento sobre la adjudicación del beneficio de marginalidad al indiciado con actuación arbitraria y únicamente benefactora por parte del ente acusador.

Manifiesta que el preacuerdo debía improbarse, toda vez que, bajo ningún punto se vislumbra la adecuada administración de justicia bajo los parámetros asignados a la conducta, precisión expresa tal como pudo observarse en el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema sin soporte alguno.

Aduce que el bien jurídico fruto de disputa se constituye como uno de especial naturaleza y protección estatal, hecho por el cual, la aprobación del preacuerdo quebrantaría las bases de salvaguarda extendidas a éste, resaltando la importancia del hecho y la ausencia de correcta implementación de los organismos jurisdiccionales.

Finalmente solicita se revoque la decisión y en su lugar se niegue la aprobación de preacuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y WJRM.

3.2. Fiscalía como no recurrente¹:

Pide de entrada se confirma la decisión del a quo, bajo los siguientes términos:

Indica que el problema jurídico para analizar es si se violó o no alguna garantía o derecho fundamental en la celebración del preacuerdo; estimando a su criterio que ello no acaeció.

Refiere que se está frente a unos hechos donde se investigó un delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, de quien fuera víctima una mujer -para la fecha de los hechos- de 29 años de edad, y agrega que con fundamento en esos hechos, el acusado manifestó su deseo de aceptar cargos y de suscribir un preacuerdo, manifestación que atendió esa delegada bajo la observancia no solo de la normatividad del procedimiento penal sino también de los diferentes pronunciamientos del Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia, sin encontrar que existiera alguna prohibición y por el contrario la concesión de otorgar como único beneficio, la consecuencia punitiva del artículo 56 del Código Penal como una concesión, un beneficio que ni siquiera lo ha consagrado ni el legislador, ni lo ha interpretado la Corte como una prohibición en esta clase de delitos, por el contrario, apunta que si se observa el Código de Procedimiento Penal, la improcedencia de realizar acuerdos o negociaciones en ninguno de los artículos establece que en esta clase de delitos cuando se trate de personas mayores de edad haya alguna posibilidad o que haya alguna prohibición para no pre acordar la clase de consecuencia punitiva.

Señala igualmente que las directivas de la Fiscalía General de la Nación, en ninguna parte prohíben realizar un preacuerdo en tales términos y como lo ha establecido de manera acertada la Judicatura, de manera concreta en el listado de lo que se puede pre acordar se ha relacionado la circunstancia del artículo 56 del Código Penal, por tanto, sostiene que no existe ninguna prohibición para ello.

Aclara que el reconocimiento de lo consagrado en el artículo 56 del Código Penal, no se hace como derecho, solo se reconoce la consecuencia punitiva como único beneficio, donde como lo ha establecido la Corte para casos de preacuerdo no se requiere acreditar ni demostrar tal situación.

Finaliza recalcando su argumentación en pro de la aprobación del preacuerdo por parte del órgano de revisión.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. El conflicto a resolver

Se trata de examinar si la decisión de aprobar el preacuerdo por parte del Funcionario de la primera instancia, encuentra el soporte normativo y jurisprudencial por el señalado o *contrario sensu* la razón está de parte del recurrente quien aboga que aquel violenta el principio de legalidad y carece de -a su juicio-, necesaria acreditación del beneficio otorgado, con lo que se desconoce también la adecuada administración de justicia.

¹ Audiencia de revisión de preacuerdo, record 01:07:09

2. De la imputación

El 9 de Abril de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación, en contra de WJRM por el delito de *acceso carnal en concurso material heterogéneo con el delito de violación de habitación ajena*.

De acuerdo con lo verbalizado por la Fiscalía en el marco fáctico de audiencia de formulación de imputación se señaló lo siguiente²:

"(...) Los hechos jurídicamente relevantes que son motivo de los fácticos que posteriormente dan motivo a la calificación jurídica son los siguientes:

El día 31 de Diciembre del año 2011 la señorita MJB de 29 años de edad, se encontraba en su casa de habitación ubicada en ..., departiendo con sus familiares el festejo del fin de año y siendo aproximadamente la una de la mañana empiezan sus padres y se van a dormir, prosigue el festejo con varios amigos con quienes departen licor siendo aproximadamente las seis de la mañana el señor RB, hermano de la señorita MJ, llega con el Señor WJRM, vecino del barrio, con quien prosigue libando licor y celebrando el nuevo año, que en el lapso de departir le hacía insinuaciones a MJ que le atraía, seguidamente el señor RM se duerme en una cama de la casa y MJ prosigue libando licor hasta perder el conocimiento por lo que su hermano R la lleva cargada hasta la habitación de su hermana T, seguidamente el señor JR se despierta y sigue libando licor con la señorita T, hermana de MJ. Un amigo de la señorita de nombre AAMC y un hermano de WR igualmente están en este momento, seguidamente WJR se aleja de donde se encontraba libando licor e ingresa de manera arbitraria y abusiva por la ventana de acceso a la habitación en la que se encontraba MJ, la cual no tenía seguridad y aprovecha que estaba inconsciente y procede a bajarle los pantalones y su ropa interior hasta las rodillas y procede a accederla carnalmente, culminando dicho acto procedió a salir de la habitación y debido a que la hermana de MJ se percata que había sonado la puerta de acceso a su habitación, cuando fue a mirar que sucedía encuentra saliendo de la habitación donde se encontraba su hermana al señor WJRM, por lo que ingresa a la habitación y encuentra a su hermana profundamente dormida, y al levantar el cubrecama se percató que su hermana MJ se encontraba los pantalones y la ropa interior bajados hasta la rodilla por lo que junto con su amigo AM, reaccionaron de manera inmediata agrediendo a WR, frente a esta reacción WR manifestó que solo la había manoseado ya que la encontró desnuda".

En el mismo acto público, la imputación jurídica se hizo de la siguiente manera³:

"Estos hechos jurídicamente relevantes su señoría ubican el supuesto de hecho que tipifica en el Libro Segundo del Código Penal, Título cuarto, "delitos contra la integridad, libertad y formación sexual" capítulo segundo "de los actos sexuales abusivos", Artículo 210 del Código Penal que dice lo siguiente:

"Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años de prisión."

Entonces la tipicidad está en el inciso primero del artículo 210 del Código Penal, igualmente hay que precisar como aquí hay varios verbos rectores alternativos, se deja constancia que es el estado de inconsciencia el que la Fiscalía imputa del 210, igualmente se presenta un concurso heterogéneo en el título tercero su señoría, delitos contra la libertad individual y otras garantías, capítulo sexto "de los delitos de la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo", Artículo 189 "violación de habitación ajena", dice lo siguiente:

"Violación de habitación ajena: El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa."

² Audiencia de Imputación, record 26:03 y siguientes, corte 7

³ Audiencia de Imputación, record 32:41 y siguientes, corte 7

Igualmente ese es el supuesto de hecho que describe la violación en habitación ajena.

Entonces se presentaría un concurso heterogéneo con respecto a éstos dos delitos Artículo 31 del Código Penal, igualmente su señoría la pena accesorio de inhabilitación para ser elegido y ejercer funciones públicas Artículo 52 del Código Penal, sería acreedora en este tipo de situaciones como consecuencia lógicamente en el evento de una posible condena, eso su señoría en cuanto a lo que es la calificación jurídica, en cuanto al grado de participación, la fiscalía determina que la participación es participación a título de autor y a título de dolo (...).

2. Actuación procesal y los términos del pacto

Debe recordarse que en la audiencia de formulación de imputación, celebrada el 9 de Abril de 2013, el indiciado WJRM, no aceptó cargos.

Para el once 11 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de Formulación de Acusación, la cual se suspendió a solicitud de la Defensa, ante la posibilidad de suscripción de un preacuerdo.

Con anterioridad a la suscripción del preacuerdo, la víctima presentó escrito de desistimiento por el delito de *violación de habitación ajena*, ante el Juzgado de conocimiento, quedando la acusación solamente por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, descrito en el artículo 210 del Código Sustancial.

El 11 de agosto de 2014, se llevó a cabo la verificación de preacuerdo, el cual fue aprobado por el Juez de Conocimiento, bajo los siguientes términos:

Se indica que el procesado RM:

"(...) ACEPTA DECLARARSE RESPONSABLE COMO AUTOR DEL DELITO DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR, (...)

"Además por la aceptación de cargos, se preacuerda como único beneficio la rebaja de la consecuencia punitiva de la circunstancia contemplada en el art. 56 C.P. (...)

(...) Lo anterior como único beneficio, conforme al art. 350 del C. de P.P."

Entonces le corresponde a la Sala a partir de las inconformidades del recurrente, determinar si en efecto, el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el imputado, contiene vicios que afectan su legalidad.

En este momento resulta oportuno recordar que han sido varios los eventos en los que ésta Corporación se ha dedicado al tema, específicamente cuando se llega a la terminación anticipada del proceso por la vía de preacuerdos en los que ha ocurrido la captura en flagrancia del procesado, pero para efectos del beneficio punitivo, no se toma el camino del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, sino que las partes escogen la negociación simple que describe el numeral segundo del artículo 350 *ibidem*, es decir, optan por tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Bajo esa línea se ha precisado⁴ que los preacuerdos y las negociaciones constituyen "*salidas alternas consensuadas*"⁵ para la decisión del proceso, ahorrando la instancia que implica continuar con la confrontación entre las partes, donde el imputado renuncia a la presunción de inocencia, al juicio oral, público, contradictorio y con intermediación del Juez en la práctica de las pruebas.

⁴ Sala Penal Tribunal Superior de Pasto, Rad. 2012-000183-01 N.I. 11302, del 19 de abril de 2016.

⁵ USAID. "*TECNICAS DEL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO*". Manual para operadores jurídicos. Segunda Edición. Impresión D'vinni S.A. Bogotá. 2009. Página 45.

Así mismo, que el marco jurídico de aplicación de la figura se encuentra determinado por el artículo 250 de la Constitución Política, que le otorga a la Fiscalía General de la Nación la titularidad del ejercicio de la acción penal.

Instrumentalmente los preacuerdos tienen desarrollo en los artículos 348 y s.s. de la Ley 906 de 2004, bajo el enunciado de que con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el procesado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Así mismo, determina la normatividad que el funcionario al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

A su turno, el artículo 350 de la normatividad evocada dispone que el Fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal: (i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; y (ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Para el segundo evento, realizado el control constitucional en sentencia 1260 de 2005, estableció la Corte Constitucional que en ese ejercicio, a la Fiscalía no le estaba permitido variar el núcleo fáctico de la imputación, tampoco crear nuevos tipos penales, pues esa reserva es exclusiva del legislador, al igual que al juez de conocimiento a cargo de la aprobación del acuerdo no le estaba permitido un control material sobre la misma, excepto en los eventos en que se desconocieran las garantías de los intervinientes.

Adicionalmente y teniendo en cuenta la directrices establecidas en los artículos 369 y 370 del Estatuto Instrumental, la Fiscalía y la defensa están autorizados para que preacuerden la sanción a imponer, sin que el juez, a su arbitrio pueda fijar una pena mayor a la que se haya pactado.

Esta Corporación en la decisión traída a colación precisó también que la Fiscalía y la Defensa pueden negociar el reconocimiento de sustitutos y subrogados punitivos, al resultar, en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"...apenas natural, e incluso deseable, acota la Corte, pues, para evitar innecesarias discusiones o prolongación del trámite procesal por la vía de las impugnaciones –recuérdese que aún en los casos de allanamiento o preacuerdos es factible acudir al mecanismo impugnatorio para discutir el monto de la pena o la negativa de subrogados-, que incluso tornan más dispendioso el proceso, al punto de eliminar por este camino lo que se obtuvo con la aceptación previa de responsabilidad penal, lo ideal es que entre las partes se acuerden previamente también esas cuestiones si se quiere accesorias"⁶. Finalmente concluyó que "...entonces, cuando el juez es desplazado y son las partes las que acuerdan efectivamente cubiertas las exigencias que tornan innecesaria la aplicación de la pena de prisión, simplemente se está reemplazando el relativo arbitrio judicial, como igual ocurre cuando en el preacuerdo se fija en concreto la sanción definitiva" (Subrayas de la Sala).

Ahora, como en el caso bajo estudio se tiene que el Fiscal y el imputado preacordaron la modalidad establecida en el numeral 2º del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, consistente en reconocer circunstancias de marginalidad (artículo 56), con miras a disminuir la pena, parten de ella para atribuirle jurídicamente responsabilidad penal.

De manera que, el reconocimiento de la disminuyente de la punibilidad de MARGINALIDAD se hace no como una circunstancia concomitante o consustancial a la conducta misma, como se espera que ésta se presente, al momento de exteriorizar y ejecutar el comportamiento delictivo, sino como un acontecer post delictual, con una teleología precisa de hacerse simple y llanamente al beneficio de una rebaja de pena.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de mayo de 2012, radicado 43523. MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

Sobra decirlo que de darse alguna de las tres situaciones o todas -marginalidad, ignorancia o pobreza extrema-, de las consagradas en el artículo 56 del Código Penal, cuya estructuración deviene inescindible con la ejecución misma de la conducta punible, su reconocimiento deviene como un derecho y no como un beneficio; *contrario sensu*, en el evento en que su reconocimiento, como es precisamente el evento que ocupa a la Sala, tenga su génesis, no al momento del comportamiento delictivo, sino que sea el fruto de un acuerdo *post delictual*, es decir, corresponde a un beneficio, supuesto que dada esa naturaleza, carece de todo soporte fáctico de acreditación al corresponder a una creación intelectual de las partes con el único fin de tipificar la conducta de tal forma “específica” exclusivamente con el alcance de disminuir la pena, siendo éste el único beneficio punitivo que recibe el procesado, conforme la autorización legal procesal.

Nótese que la Fiscalía en el preacuerdo celebrado con el procesado, atiende lo contemplado en el art. 350 numeral 2º, el que contempla: *“el fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declara culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 2. tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*.

De este modo, refulge claro que el preacuerdo revisado se ajusta a las autorizaciones del legislador, sin que haya lugar a su rechazo, al argüir como lo hace el Ministerio Público que se trastocan los presupuestos de plena administración jurisdiccional, toda vez que, el rango de movilidad para fijación de pena que se expone en el preacuerdo, es precisamente una de las modalidades autorizadas por el legislador para esta clase de supuestos.

Para mayor claridad a lo precedente, imperioso es traer a mención la postura recogida por la Corte Suprema en el tema, en reciente pronunciamiento donde traza la línea jurisprudencial que muestra su tendencia en cuanto a los criterios orientadores para el análisis de tan algida temática⁷:

“Recientemente, en sentencia SP13939-2014, dentro del radicado 42184 la Corte analizó el Título II de la Ley 906, rotulando con el nombre <<PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO Y ACUSADO>>, así:

(...) De manera concreta, es factible significar que lo contenido en el Capítulo único del Título en cuestión, otorga a la Fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque corre de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aún con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del Fiscal del caso –en ausencia de esa aceptación al procesado apenas le cabe acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley para ese efecto–, sino porque las posibilidades de injerencia de terceros o intervinientes son limitadas y lo contemplado en el acuerdo únicamente puede ser verificado por el juez en aspectos puntuales y trascendentes.

Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citara y escuchara siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya.

Y además, de forma expresa el artículo 351, inciso cuarto, determina que “Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

Junto con lo anotado, también como límite expreso a las facultades del Fiscal, el artículo 327, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, determina “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

⁷ CS STP, 13 abril 2015, Rad. 79.041

La norma, debe decirse para evitar equívocos, busca eliminar la posibilidad de acudir al principio de oportunidad u obtener preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o personas que no intervinieron en los mismos. De ahí que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia de la conducta y posible participación del imputado o acusado en la misma.

Junto con lo referido en precedencia, el Título examinado establece formas o modalidades de acuerdo, que regulan las posibilidades de modular el delito objeto de imputación o acusación o simplemente entregar al imputado o acusado una rebaja concreta de pena por aceptar su responsabilidad penal en la conducta despejada por la Fiscalía.

Respecto de la modulación en reseña, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 2005, dejó claro:

Cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación– en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, **no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa;** pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal **no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales;** y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

De lo anotado, varias conclusiones básicas surgen:

1. El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado.

2. La Fiscalía cuenta con varias posibilidades o formas de modular el acuerdo, pero no puede, en curso del mismo, violentar la presunción de inocencia, razón por la que debe contar con un mínimo suasorio que permita inferir la materialización del hecho como conducta punible y la participación en el mismo de la persona.

3. En términos de legalidad o estricta tipicidad, el Fiscal puede definir qué conducta imputa o imputar una menos gravosa, pero no le está permitido “crear tipos penales”.

4. El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones

objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiende a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima.

Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan a avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: “El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de desiderátum dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.

En seguimiento de lo considerado en precedencia, es que la Corte, en sus más recientes decisiones, ha privilegiado la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Dichos precedentes, han sido ratificados en sede de tutela en los fallos CSJ STP, 24 sep. 2013, rad. 69478; CSJ STP, 13 no. 2013, rad. 70392; CSJ STP, 4 dic. 2013, rad. 70712; CSJ STP, 27 feb. 2014, rad. 72092, CSJ STP 17226, 16 dic. 2014, rad. 76549, CSJ STP 934, 2 feb. 2015, rad. 77673, CSJ STP 440, 16 abr. 2015, rad. 79041 y CSJ STP 39989, 31 mar. 2016, rad. 84886 al interior de los cuales se han concedido la protección del derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del Fiscal”. (Subrayado fuera del texto original)

En la mencionada decisión, la Corte en sede de tutela remata coligiendo que al improbar el preacuerdo, los accionados:

“(…) se apartaron de la Filosofía que orienta el sistema procesal penal de 2004 e invadieron el rol atribuido a la Fiscalía, ya que desconocieron que el preacuerdo es un acto de parte.

Aunado a ello, excluyeron el carácter vinculante del precedente jurisprudencial dominante de la Corte Suprema de Justicia, sin señalar las razones de tal proceder, como tampoco justificaron porque su inferencia resultaba más acorde con la Constitución y la ley.

En suma, permitir que el juez imponga su criterio sobre la facultad que tiene la Fiscalía de calificar la conducta punible para edificar los preacuerdos, conlleva a que se parte del principio de imparcialidad que debe gobernar su actuación y asuma un rol que no es de su competencia”.

Postura que se ha adoptado por este Tribunal, en recientes pronunciamientos⁸, decisiones que en efecto, reafirman contrario a lo alegado por el delegado del Ministerio Público recurrente que no es posible permitir que el Juez, so pretexto de encontrar afectación de garantías fundamentales, realice un control material del acuerdo e imponga su criterio sobre el ejercicio de calificación de la conducta punible efectuada por el Fiscal, asumiendo un rol que no es de su competencia, imponiendo al Ente Acusador compromisos probatorios que posiblemente exceden a sus posibilidades.

Verificada la reseña procesal del presente asunto se advierte de manera diáfana que el *a quo*, acierta al momento de aprobar el acuerdo puesto a su consideración, resaltando que la mirada subjetiva por parte del Ministerio Público sobre la ausencia de cumplimiento de mínimos legales en el reconocimiento de lo preceptuado en el artículo 56 de la Ley penal, desconoce como se expuso anteriormente que tal instituto con efectos en la pena puede ser otorgado en función de beneficio al interior de los preacuerdos, sin necesidad de contar con un sustento fáctico que lo acredite, pues, se repite, es una creación intelectual de las partes con ocasión al pacto, comportamiento procesal que es autorizado en la ley penal.

En mismo contexto se debe acotar que la Fiscalía en el preacuerdo celebrado con el procesado, no realizó ninguna variación o modificación a la base fáctica de imputación, pues los hechos naturalísticamente siguen siendo los mismos, correspondiendo el objeto de negociación únicamente el reconocimiento de marginalidad, la que se justificó por corresponder al único beneficio punitivo que recibiría el encartado, conforme se encuentra autorizado en el inciso segundo del artículo 350 ya citado; siendo oportuno aclarar que el delito de *violación de habitación ajena*, siendo de carácter querellable fue desistido por la propia afectada previa celebración del preacuerdo.

Y es que para lo que interesa a la discusión, en el acuerdo presentado al Juez adecuó los mismos hechos a la calificación jurídica respecto del delito por el que el procesado se acogió, esto es, *acceso carnal abusivo con incapaz de resistir*; facultad y actividad procesal que se halla dentro de las autorizaciones expresas consagradas en el artículo 351, en cuanto a que “... *podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias*”.

En ese orden, debe reiterarse que el supuesto bajo el cual la Fiscalía y la defensa acordaron, se enmarca bajo el supuesto descrito en el artículo 350, que autoriza al Fiscal a tipificar la conducta, en el sentido explicado previamente, bajo ese reconocimiento de la *situación de marginalidad* como atenuante de la punibilidad.

Cabe recabar que esta fórmula jurídica de acordar, resulta completamente válida, al resultar de la selección de las diferentes opciones que el legislador ofrece en el catálogo adjetivo para la terminación anticipada del proceso, la cual se encuentra también avalada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que dentro del radicado N° 45736 del 24 de febrero de 2016, consideró lo siguiente:

“(...) Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

⁸ Auto SAP Rad. 520016000485201105288-1 NI. 9251; M.P. Dr. Silvio Castrillón Paz; Rad. 520016000485201011746-1 N.I. 5699, 29 de abril de 2016; M.P. Dra- Blanca Arellano Moreno

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues -se insiste- una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia, (...)". (Subrayado por el despacho).

Por lo tanto, se muestra válido el preacuerdo celebrado con el imputado WJRM, a quien como único beneficio punitivo se le reconoce la circunstancia de marginalidad, que se ajusta completamente a la legalidad, sin que ello, vulnere garantías fundamentales de alguno de los intervinientes.

De modo que no es dable avalar los argumentos consignados por el representante del Ministerio Público para solicitar la improbación del acuerdo; siendo suficientes los motivos esgrimidos para confirmar la decisión aprobatoria del acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado WJRM, en los términos que se pactó, debiendo regresar el asunto a la Juez de instancia para que prosiga el trámite que corresponda.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, Resuelve:

- 1º. Confirmar el auto recurrido de la naturaleza y procedencia conocidas.
- 2º. Regrese el asunto a su lugar de origen, para que continúe el trámite que corresponda.
- 3º. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ANIBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO

Magistrada

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

PERITO – IDONEIDAD: Para su acreditación es suficiente la experiencia en la práctica del arte u oficio, no requiriéndose estudios especializados - La calidad de perito no se adquiere solamente por la obtención de un título académico en determinada actividad de la ciencia, técnica, arte u oficio, pues para ello también basta la experiencia y el conocimiento que los seres humanos adquieren por vías diferentes como autodidactas y empíricos que los habilita para emitir un concepto serio sobre la materia que conocen, bien sea de ciencia, técnica, arte, oficio o afición. No siendo de recibo la alegación presentada por la defensa quien pretendió desacreditar la idoneidad de la perito, quien en juicio se pronunció sobre la identificación e individualización del acusado, en tanto solo se refiere a la ausencia de títulos académicos, sin entrar a confrontar que la actividad que realizó carece de idoneidad para demostrar el hecho que se pretende probar con su concepto técnico; estableciéndose por el contrario que por el tiempo que lleva realizando las labores de identificación, cuenta con la habilidad para emitir un concepto específico y que la deficiencia de educación formal no le resta idoneidad para fungir como experta en esa materia./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Proceso N°	:	528356000538201180513-1
No. Interno	:	18434
Conducta Punible	:	Homicidio simple; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego
Acusado	:	ERG
Decisión	:	Sentencia confirma la recurrida
Aprobado	:	Acta N° 25 de 31 de julio de 2017

San Juan de Pasto, nueve de agosto de dos mil diecisiete
(Hora 10:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado ERG contra la sentencia de 12 de agosto de 2016 por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco (N), lo condenó como autor de las conductas punibles en concurso heterogéneo de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena de 19 años y 6 meses de prisión. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria (fls. 230-248).

1. Los hechos

El 27 de noviembre del año 2011, siendo aproximadamente las 20:00 horas en el municipio de Francisco Pizarro - Salahonda, en la vía pública – sector de la calle del comercio contiguo a un puesto de comidas rápidas, en el momento en que se encontraban JMLA y HEOS comiendo en un establecimiento de comercio, se les acercó un desconocido que luego fue plenamente identificado como ERG, quien sin motivo alguno procedió a dispararle a MLA, quien como consecuencia de la agresión falleció en el instante.

En el mismo momento y pocos metros después fue capturado ERG por parte de un miembro de la Policía Nacional que se encontraba en el lugar y presenció cuando el agresor pretendía escapar de la escena criminal.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

2.1. Al día siguiente, es decir, el 28 de noviembre de 2011 ante el Juez Segundo Penal Municipal con función

de control de garantías de Tumaco (N), se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura en condiciones de flagrancia, formulación de imputación en contra de ERG, como presunto autor de los delitos de *homicidio* en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones e imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2.2. El 28 de febrero de 2012, la Fiscalía 30 Seccional de Tumaco, radicó escrito de acusación en el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa localidad, despacho que para el 13 de abril de 2012, celebró la audiencia de formulación de acusación.

2.3. Llevada a cabo la audiencia preparatoria y finalizada la de juicio oral, se anunció el sentido de fallo condenatorio.

El 12 de agosto de 2016 se profirió sentencia en la que el a quo, luego de referirse a los aspectos de carácter formal y precisar los tipos penales que se le atribuyeron al acusado, analizó las posturas de los distintos sujetos procesales.

El Juzgador destacó que la Fiscalía acusó y solicitó condena por el delito de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Por su parte la defensa, solicitó sentencia absolutoria en favor del procesado alegando que en juicio se acreditó que su prohijado no fue el autor de la muerte de JMLA, debiendo imperar en el caso, el principio de *in dubio pro reo*.

En punto a la acreditación de la conducta punible y responsabilidad del acusado, el a quo empezó por referir que para acertar en cuanto a las reglas de la lógica, se debía recurrir al insumo probatorio debidamente incorporado al juicio.

Inició con el informe pericial de necropsia que era concordante con la inspección técnica al cadáver, en donde se concluyó sobre el fallecimiento de un hombre adulto joven de sexo masculino que se identificaba como JMLA, así como la ubicación de los signos de violencia producida por arma de fuego.

Sumó el contenido del peritaje balístico rendido por Edgar Giovanni Sánchez que describió técnicamente el tipo de arma que fue incautada al enjuiciado al momento de su captura por parte del policial Luis Felipe Páez Guisa, como lo refirió su compañero España Beleño.

De otra parte, refirió la plena identidad de ERG, que se encontraba demostrada por la perito Magaly Rosero Potosí, de acuerdo a lo consignado en su informe de investigador de campo.

En referencia a la responsabilidad del encausado afirmó que mediante la declaración que rindió el miembro de la Policía Nacional Jorge Leonardo España Beleño, se pudo conocer la hora y fecha de la ocurrencia de los hechos. Destaca que este testigo relata a partir del momento en que escuchó una detonación de un arma de fuego, momento en el que junto a su compañero Luis Felipe Páez Guisa, de manera inmediata, arribaron al sitio de donde provenían las detonaciones, fue en ese lugar donde presenciaron a un hombre robusto de raza negra que portaba un arma de fuego y en frente suyo se halla el cuerpo sin vida de una persona; agregando que cuando el individuo sospechoso nota la presencia policial emprende la huida, momento en el que unos ciudadanos que se encontraban en el lugar indicaron al sujeto que huía, como la persona que había ultimado a la víctima, quien en persecución en una distancia escasa de tres metros ingresa a un establecimiento público y al salir de ese lugar fue capturado, sin que hubiera sido perdido de vista durante la persecución, seguidamente se logró verificar que el agresor había arrojado el arma de fuego en el lugar de los hechos, misma que inmediatamente fue recuperada.

Estimó de tal testimonio que se constituía en piedra angular probatoria, en tanto que no existía en su relato animadversión contra el acusado, siendo lo apreciado por su parte de manera directa, grabado en su memoria y evocado un tiempo después.

Agregó de lo observado estaba presente de manera clara y evidente la situación de flagrancia en la captura del acusado, predicándose desde las audiencias preliminares, que conservaba la estructura propia del caso independientemente del transcurso del tiempo, que llevaba a demostrar indefectiblemente la responsabilidad que le asiste al acusado en esos hechos.

Mencionó que en lo que respecta a que el testigo presencial y de cargos EEOS, no hubiera comparecido a juicio, no dificultaba arribar a la realidad encontrada, puesto que, muchas personas en la zona por situaciones de constreñimiento o amenaza no hacen presencia en las diligencias a riesgo de perder su vida; reiteró no obstante, que en subsidio el agente Jorge Leonardo España, por su proximidad al sitio de los acontecimientos permitieron la captura del procesado.

Coligió que la proximidad e inmediatez en la reacción de los agentes permitió no solo la aprehensión del procesado en una clara situación de flagrancia sino también su avistamiento una vez ejecutados los disparos y portando el arma homicida, lo que permitió su plena individualización e identificación en el momento de los hechos y con posterioridad a los mismos.

Declaró que se hallaba demostrado en alto grado de certeza que ERG, era el autor de las conductas punibles por las cuales la Fiscalía lo llamó a juicio.

2.2.1 Dosificación de la Pena

A partir de la acusación que se hizo por la Fiscalía en contra de RG, precisó que la condena se impartía como autor de los delitos en concurso heterogéneo de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que tenían establecidas penas de prisión de 208 a 450 meses y de 108 a 144 meses, respectivamente, con lo cual se evidenciaba que la pena más grave recaía en el delito de homicidio.

Pasó a referir los límites y máximos punitivos en consonancia con el artículo 60 del Código Penal, por lo cual, observó que el acusado no tenía antecedentes penales y que no habían ni agravantes ni atenuantes que modificaran la pena, por ello, se ubicó en el primer cuarto punitivo, esto es, 208 a 268.5 meses de prisión.

En atención a los criterios para la individualización de la pena, el Juzgado encontró que estaba presente un alto grado de dolo con que se ejecutó el punible, cegando la vida de una persona joven que tenía una expectativa de vida productiva a futuro, comportamiento que revestía de gravedad, por violatoria de las más elementales normas de convivencia ciudadana.

Fijó entonces la pena a imponer en 208 meses incrementada en 27 meses por el punible de *fabricación, tráfico o porte de armas de fuego*, quedando una última pena a imponer de 235 meses de prisión, siendo las penas accesorias como la relacionada con la privación al derecho a la tenencia y porte de armas por igual término.

Por último, en consideración a la pena privativa de la libertad a aplicar al enjuiciado ERG, se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como también la prisión domiciliaria.

3. Argumentos del recurrente y de los no apelantes

3.1. Defensa de ERG

El defensor público de RG, con inconformidad a la determinación interpuso el recurso de apelación fundado en los siguientes argumentos¹:

3.1.1.- En esencia cuestiona la actividad probatoria del juicio para concluir que no existe prueba que acredite que su representado es la persona que le causó la muerte a JMLA, sin que el a quo hubiera tenido en cuenta en la sentencia, las observaciones que la defensa realizó sobre el juzgamiento.

¹ Aud. Lectura de fallo, record 1:11:44

3.1.2.- Discute que si bien ingresaron los dictámenes periciales y especialmente la experticia balística, ello se hizo sin observancia de lo dispuesto en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, la defensa no conoció ni antes ni después las bases de la opinión pericial, pues lo único que se hizo fue leer los dictámenes que se habían practicado.

3.1.3.- Alega que la perito Magaly Rosero, quien rindió el informe pericial sobre la identificación e individualización del acusado, no tiene la calidad de perito como quedó acreditado en el contrainterrogatorio de la defensa, pues afirmó que no ha realizado cursos sobre dactiloscopia, que era empírica, contraviniendo el mandato de los artículos 405 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, situación que deben llevar al Juez a valorar su idoneidad y credibilidad.

Refiere que el juez le realizó algunas preguntas sin que la testigo perito dijera nada, guardando silencio, motivo por el cual solicita que tal interrogatorio se escuche con detenimiento.

Por último reafirma que el único testigo de cargo en el caso era EEOS, sin que hubiera comparecido a juicio, pues la Fiscalía desistió de su práctica al igual que de los resultados balísticos de laboratorio de la ciudad de Cali.

Agrega que el agente de la Policía Jorge Leonardo España en su declaración, expresó que él estaba en la estación de la Policía cumpliendo con su turno y que al oír un disparo se desplazó al "*posible*" sitio de donde provenía la detonación y que luego ve a una persona en el suelo y a otra que se deshace de un arma al entrar a un establecimiento comercial y cantina de Salahonda, resalta que se está en una calle del comercio del mencionado municipio, que están al lado de un puesto de comida, sin que se señale si había más personas, si era noche; que además el arma no se le decomisó al acusado, sino que se encontró en un rincón donde unas personas dijeron que era él quien la había votado pero nada más.

Respecto del testimonio del agente Carlos López Jaramillo, señala que solo intervino en la elaboración de la inspección técnica a cadáver y nada más, realizando solamente actos urgentes.

Reitera que la defensa no discute que hubo un muerto; sin embargo, no está de acuerdo con que se incremine a ER, como el autor del hecho y quien portaba un arma de fuego, pues no existe prueba que lo señale.

Reclama que al acusado no se le practicó la prueba de absorción atómica.

Solicita se revoque la sentencia y en su lugar, se absuelva a su defendido.

3.2 Fiscalía Treinta y Uno Seccional² no apelante

Estima que el análisis hecho por la judicatura fue juicioso, explica que se sabe de la dinámica de los EMP, la evidencia física y la información legalmente obtenida no siempre es la óptima, como se quisiera para exhibir en el desarrollo de juicio oral.

Afirma que en el presente caso con la prueba que se allegó al juzgamiento se tiene plenamente acreditado que ERG fue la persona que le causó la muerte a JMLA, al haberse logrado su captura en flagrancia.

Refiere que los testimonios analizados no solo merecen credibilidad, sino que dan el cimiento jurídico para que se haya proferido la sentencia condenatoria.

² Aud. Lectura de Fallo, record: 01:20:08

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de 12 de agosto de 2016 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problemas jurídicos a resolver

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de ERG, que se funda en los siguientes problemas jurídicos:

2.1.- La inexistencia de prueba que acredite la responsabilidad a título de autor de ERG en la comisión de las conductas punibles en concurso heterogéneo de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2.2.- Determinar si con ocasión al peritaje de balística incorporado en juicio no se cumplió con el descubrimiento previo al juicio del concepto base de opinión y si ello fue así, qué efectos tiene con ocasión a la teoría del caso de la Fiscalía.

2.3.- Si para acreditar la idoneidad como perito es suficiente la experiencia en la práctica del arte u oficio o es indispensable haber realizado estudios especializados relacionados con la pericia, específicamente para determinar la identidad de una persona.

3.- Cuestiones previas

3.1.- Lo primero que debe advertir la Sala es que en cumplimiento de la cláusula de competencia funcional que regula el recurso de apelación, la presente decisión se centrará en el estudio de los temas propuestos en la impugnación y los inescindiblemente vinculados al mismo.

Por tanto, atendiendo a que las inconformidades del censor se centran en controversias probatorias sobre la no demostración de la responsabilidad del procesado en la comisión del delito de homicidio, tales serán los ejes temáticos a abordar.

3.2.- En segundo orden debe declarar la Sala que sobre el acontecer de los delitos por los que se emitió condena no existe ninguna controversia, pues ninguna de las partes puso en duda o cuestionó su realización y adicionalmente el recurrente en su alegación parte de reconocer la ocurrencia del deceso violento de una persona que fue identificada como JMLA, razón por la que más allá de precisar la existencia de suficiencia probatoria para la demostración material de los punibles investigados, no se hará ninguna otra referencia a esa temática.

En efecto, con base en los elementos allegados al juicio se estableció que el pasado 27 de noviembre del año 2011, siendo aproximadamente las 20:00 horas en el municipio de Francisco Pizarro - Salahonda, en la vía pública – sector de la calle del comercio contiguo a un puesto de comidas rápidas, cuando se encontraba JMLA y HEOS departiendo unas comidas rápidas, JMLA fue atacado por un hombre de raza negra con un arma de fuego, heridas con las que se le causó la muerte.

Al juicio se introdujo como evidencia N°1: la inspección técnica a cadáver FPJ-10 que da cuenta de la fecha y hora del deceso de JMLA, donde se señala como hipótesis de la manera de muerte "*herida ocasionada al parecer por arma de fuego*".

También se tiene la evidencia N° 2 y sus anexos que corresponde a una inspección al lugar de los hechos con

fijación de los elementos materiales de prueba hallados y recaudados, entre ellos, el cuerpo sin vida de JMLA, un teléfono celular, una ojiva de proyectil de arma de fuego, una vainilla, entre otros.

Del mismo modo la evidencia N°3, que contiene el informe pericial de necropsia que da cuenta de la conclusión pericial, refiriéndose el estudio a un hombre adulto joven de sexo masculino de nombre JMLA, quien fallece a consecuencia de laceraciones encefálicas debido a trauma cráneo encefálico severo secundario, heridas penetrantes en cara y cabeza por proyectil de arma de fuego de carga única.

En relación al punible de porte ilegal de armas, se tiene el decomiso del arma de fuego hallada en el lugar de los hechos y señalada por el agente captor como la utilizada y elemento causal del homicidio, la que conforme a la evidencia número 4 que contiene el estudio balístico rendido por el perito Edgar Giovanni Sánchez Pardo quien declaró en juicio, verbalizó y ratificó su contenido, describiendo que se trata de un arma de fuego clase pistola, marca GLOCK 17 de fabricación austriaca, calibre 9 x 19 milímetros, con número BGB582 en el cañón y placa metálica con número ACM353 delante del disparador, de funcionamiento semiautomático, con capacidad de carga de 17 cartuchos, en buen estado de funcionamiento y con inscripción de "POLICÍA NACIONAL DEL ECUADOR", entre otras características.

4. De la prueba que acredita la responsabilidad del procesado ERG en los delitos por los que fue objeto de acusación

El eje central de discusión se ubica en que no existe prueba que acredite la responsabilidad de ERG, como autor de los delitos de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Desde ya debe anunciar la Sala que la alegación del recurrente carece de todo fundamento.

Si bien es cierto como lo dice el defensor, que la Fiscalía renunció a la práctica de varias pruebas testimoniales debido a las dificultades de comparecencia de los declarantes, especialmente de HEOS, presencial que acompañaba al occiso en el momento mismo de su deceso y presencié al agresor que le disparó, no se puede pasar por alto que al debate oral se incorporaron otros elementos materiales de prueba que acreditan plenamente la responsabilidad de ERG en la comisión de los delitos por los que fue convocado a juicio.

Resulta oportuno recordar que conforme al artículo 372 del Código de Procedimiento Penal, las pruebas, todas, tienen la finalidad de llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias material del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

En esta línea conceptual, el artículo 373 del mismo ordenamiento establece el principio de libertad probatoria, conforme al cual los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Así mismo el artículo 381 siguiente determina que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio, advirtiendo que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia.

Bajo esta senda el artículo 382 señala que son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Por tanto, al inexistir en materia penal tarifa legal probatoria que indique que determinado hecho o circunstancia para acreditar un hecho punible y la responsabilidad de su posible autor o partícipe se deba acreditar con una prueba específica, tales componentes del hecho punible podrán ser demostrados con cualquier medio de conocimiento que no afecte los derechos humanos.

4.1.- Bajo lo anterior, tenemos que de manera válida y oportuna se allegó el testimonio de cargo del agente

Jorge Leonardo España Beleño³, respecto de quien se acreditó se trata de un funcionario de la Policía Nacional quien para la época de los hechos, 27 de noviembre de 2011, se encontraba laborando en la Estación de Policía del municipio de Francisco Pizarro – Salahonda desde hacía 1 año y 6 meses.

Destacó al responder al interrogatorio formulado por la Fiscalía que el día de los hechos se encontraba al servicio de seguridad a las instalaciones de policía, momento en el que escuchó a poco metros del lugar varias detonaciones, razón por la cual corrió en compañía de otro policial de nombre Luis Felipe Páez Guisa al sitio del que provenían los estallidos, observando a *"un individuo de sexo masculino, el cual portaba en una de sus manos un arma de fuego, a pocos metros de donde ocurrieron los hechos de inmediato él ingresa a un establecimiento abierto al público, al cual ingresa por una puerta y sale por la otra, al notar nuestra presencia policial, el cual arroja en el interior del establecimiento el arma de fuego..."*

Describe que en cumplimiento del procedimiento policial de forma inmediata retienen al agresor y le indica a su compañero que registre y busque el arma de fuego en el establecimiento de comercio abierto al público al que al pretender huir había ingresado el recién aprehendido, la cual halló en el mismo momento en un rincón del lugar.

Relató que ante tales circunstancias se le dieron a conocer los derechos del capturado, el que se identificó con el nombre de "EG", habiendo sido necesario llevarlo de manera apremiante en una patrulla hasta la estación, dado que la ciudadanía lo quería golpear y agredir, como represalia por el hecho que había realizado, al que una vez en el lugar fue puesto a disposición de la fiscalía.

Sobre los aspectos puntuales de las circunstancias de tiempo modo y lugar dijo que cuando escuchó las detonaciones se hallaba como a 10 metros del lugar por lo que llegó a avistar al capturado unos 20 segundos después de los disparos.

Describió al capturado como un hombre que vestía botas negras, jean azul, esqueleto blanco con un arma en su mano, quien en ese momento se hallaba aproximadamente a dos metros de distancia de la escena criminal.

Como es de advertir, en el presente caso, como acertadamente lo declaro el juez a quo, existe prueba directa que acredita la responsabilidad de ERG.

Este medio de prueba le merece a la Sala plena credibilidad, pues proviene de una persona que estuvo en el lugar de los hechos en el momento de ocurrencia, con la precisión de haber advertido la escucha de las detonaciones del arma de fuego cuando se hallaba como a 20 metros de distancia del lugar en el que se le causaba la muerte a JMLA, para segundos después, avistar al inculcado parado con un arma de fuego en la mano dos metros frente a la escena criminal, el que al advertir la presencia policial pretendió huir del lugar y deshacerse del arma, pero habiendo logrado su captura de manera inmediata y la recuperación de una pistola que fue tirada en un rincón del establecimiento de comercio adyacente al escenario del insuceso.

Este mismo testigo, depuso que fue la persona que como policial realizó la inicial individualización del procesado y le puso en conocimiento los derechos como capturado, habiendo sido identificado como ERG.

En este momento resulta oportuno responderle al recurrente que a partir de esta prueba testimonial se disipa cualquier discusión que se pueda plantear sobre la individualización e identificación de ERG como presunto autor de los delitos por los que fue acusado.

En efecto, no existe duda alguna para la Sala que la persona que se identificó como ERG fue la que el policial que declaró en el juicio capturó instantes después, esto es, 20 segundos, aproximadamente, desde el momento en que se le causó la muerte a JMLA, en el mismo lugar del crimen y a quien presenció parado frente al cadáver portando el arma de fuego.

³ Audiencia de juicio, 17 de julio de 2012, corte 2, record 01:00:03

Esta afirmación sobre su plena identidad se corrobora con la presentación de la misma persona ante los estrados judiciales para los eventos de las audiencias de formulación de imputación, acusación y el juicio, escenarios judiciales en los que de viva voz se ha presentado el mismo encartado como ERG.

Se suma a lo anterior que en el mismo espacio de la audiencia de juzgamiento, el testigo ESPAÑA BELEÑO lo reconoció como la persona que capturó y se identifica bajo ese mismo nombre.

Inadvierte la defensa en su alegación cuando pretende enervar que ERG sea la persona que le causó la muerte a JM y portaba el arma de fuego, que el testigo presencial también declaró en juicio que ante la huida del capturado, los ciudadanos que se encontraban en el lugar lo señalaban como autor del hecho y reclamaban su persecución y aprehensión.

No se ofrece a dudas de que se trata de la misma persona que causó el hecho y fue sorprendida tanto por la comunidad, como por los policiales en el momento de la comisión de los delitos que se le reprochan.

La línea del tiempo que no supera los 20 segundos así lo permiten inferir y declarar.

Lo anterior, por cuanto a que la misma parte que recurre al ejercer el contrainterrogatorio en el juicio y pretender desacreditar al testigo, ahondó en el tema, obteniendo como respuesta sólida, precisa, clara y determinante del declarante que el sorprendimiento del acusado fue inminente a la comisión del hecho por la proximidad al agente que se encontraba en el lugar de los hechos, que le permitió hacer presencia en pocos segundos al punto que alcanzó a advertir cuando el acusado aún se encontraba frente al cuerpo del occiso portando el arma de fuego.

Así se desarrolló este espacio probatorio en el juicio cuando la defensa la pregunta al testigo⁴:

"¿Cuando miran al sujeto con el arma de fuego, concretamente que hacen ustedes?"

El policial respondió: *"De inmediato él ingresa al establecimiento de comercio, entra por una puerta y al ver que nosotros veníamos detrás de él, arroja el arma de fuego, sale por una puerta, el cual se retiene; adentro del establecimiento público habían unas personas que lo señalaban que él había arrojado el arma de fuego, allí le digo a mi compañero que verifique y en un rincón por donde estaba una de las puertas por donde ingreso allí estaba el arma de fuego."*

Luego persiste el mismo defensor:

"Cómo explica usted que dijo, que del sitio donde se encontraba prestando su servicio al sitio donde posiblemente se encontraba la persona que había disparado, había una distancia inicialmente 10 metros, luego dijo que habían dos metros y finalmente 5 metros?"

Rigor al que el declarante le contesta: *"10 metros desde donde yo me encontraba hasta donde estaba el señor con el arma de fuego, dos metros aproximadamente en línea recta desde donde se encontraba el cuerpo sin vida y el señor con el arma de fuego y 5 metros desde donde el señor corrió hasta donde se entró al establecimiento público."*

No podría ser más diáfano España Beleño para describir su inmediatez, ubicación visual y capacidad de percepción, para con ello también evidenciar su condición de presencial respecto de los momentos inmediatos a cuando ERG le causó la muerte a JM mediante la utilización de un arma de fuego que al momento de su sorprendimiento aún portaba.

Es claro para la Sala que esta exposición permite extraer situaciones tales como:

⁴ Ibídem 01:19:06

(i).- Que en el lugar de los hechos, hizo presencia el testigo España Beleño para identificar a la persona que por las situaciones inmediatas y concomitantes le había disparado a JM causándole la muerte; conclusión a la que se arriba si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde las detonaciones y distancia a la que se encontraba el policial, quien es preciso en indicar que luego de escuchar los disparos hizo presencia en el lugar del que provenían, en aproximadamente 20 segundos, factores que le permitieron avistar a escasos 10 metros a un hombre portando en una de sus manos el arma de fuego y vestido con *"botas negras, jean azul, esqueleto blanco"* y a escasos dos metros del cuerpo que acababa de recibir el impacto de proyectiles, precisamente de un arma de fuego, obteniéndose de ese hecho los indicios de presencia y oportunidad.

(ii).- Que ante la presencia policial, quien fue luego identificado como ERG, pretendió abandonar el lugar y deshacerse del arma de fuego, hecho que estructura el indicio de huida.

Por último, referente a la inconformidad de la defensa de que este testigo no fue claro en mencionar si en la escena de los hechos había o no más personas, o si era de día o de noche; se le debe precisar que de lo narrado por el deponente se tiene que efectivamente sí absolvió tal inquietud.

De su relato se extrae que la víctima estaba acompañada de otra persona, HEOS que era uno de los testigos de cargo de la Fiscalía, de quien ahora se tiene a partir de las constancias procesales que no se logró su comparecencia al juicio; al igual que describe la presencia de muchas otras personas, cuando relata que hubo de parte de varios ciudadanos el señalamiento directo de ERG como autor del hecho y que la aprehensión del acusado también fue consecuencia de la captura públicamente requerida, adicionalmente a la constancia que deja del traslado del capturado en una patrulla para evitar que la gente lo linchara, circunstancias que con creces denota a partir de su testimonio la presencia de varias personas en el lugar, el cuál fue descrito como la zona comercial de la localidad y precisamente frente a un establecimiento de comercio.

Si bien el declarante no pone de presente las demás circunstancias que reclama el recurrente, de la alegación del impugnante no se advierte en qué medida afecta esa situación a la credibilidad del testigo motivo por el que su cuestionamiento se torna absolutamente inane.

Respecto a la inconformidad del censor dirigida a señalar que el arma no fue decomisada al acusado, sino que se encontró en un rincón donde unas personas dijeron que era el acusado quien la había botado, se le debe precisar que a partir de la atestación de España Beleño se tiene acreditado que en el momento del sorprendimiento por los policiales, España Beleño observó al acusado con el arma en la mano, la que luego de emprender la huida, abandonó en el establecimiento de comercio por el que se pretendía fugar.

4.2.- De otra parte, se cuenta con el testimonio del también uniformado Carlos Mario López Jaramillo⁵, quien informó llevar 10 años prestando servicio en la Policía Nacional y 2 años en Francisco Pizarro como Subcomandante de la Estación de Salahonda.

Este testigo no fue presencial del momento en que el acusado disparó.

Sin embargo es testigo directo de varias circunstancias antecedentes al homicidio y la posterior de captura del enjuiciado.

Precisamente refiere que funcionalmente como agentes del orden ya tenían conocimiento de la presencia en la municipalidad de ERG a quien ya habían conducido a la Estación de Policía para identificarlo y verificar sus antecedentes, por quejas de los lugareños de tratarse de un extraño que había llegado al pueblo y estaba realizando actos de coacción.

Al punto específico el Ministerio Público le preguntó sobre qué otra información conocía del acusado y respondió *"El señor E había llegado aproximadamente 15 o 20 días al pueblo, la gente comenzó a arrimar a la estación a poner quejas que el señor estaba molestando a la gente, que los estaba queriendo coaccionar, que ese señor estaba muy extraño en el pueblo, que nunca lo habían visto, que practicáramos más control en ese sentido, igual al señor se llevó*

⁵ Audiencia de juicio, 17 de julio de 2012, corte 2, record: 01:37:48

a la estación para hacer un registro de él, de dónde venía, si se tuvo quejas de él, que estaba queriendo coaccionar a la gente y queriéndola molestar”.

Este es un hecho acreditado con prueba directa a través de la prueba testimonial, conforme al cual las autoridades de policía con antelación al homicidio de JM ya tenían plenamente individualizado e identificado al acusado ERG, dadas las denuncias y quejas que los residentes del municipio habían formulado en la estación de policía y necesaria conducción del mismo para su registro.

Por tanto, contrario a lo alegado por la defensa, con estos dos testimonios se debe declarar que existe prueba suficiente que acredita más allá de toda duda que el acusado es la persona que fue sorprendida en la inminencia de la comisión del delito de homicidio portando el arma de fuego y que no existe duda sobre su individualidad.

5.- El traslado del concepto base de opinión pericial

Ahora bien, respecto de la inconformidad por el cumplimiento del descubrimiento y traslado previo al juicio del concepto base de opinión del peritaje de balística, advierte la Sala que tampoco le asiste razón al recurrente.

Veamos:

Con el descubrimiento probatorio, en lo esencial, se pretende no sorprender en el momento del juicio oral a la parte adversaria con elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida, que no conocía se hallaba en poder de la contraparte o que se pretende utilizar en el debate oral de tal manera que, frente al descubrimiento oportuno, tenga el tiempo, el espacio, los medios para no solo conocer la estrategia y soportes de su oponente sino estructurar su postulación y si fuere el caso contrarrestarla.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al referirse a la temática del descubrimiento señala:

“Por ello, como así lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, es de la esencia del sistema acusatorio consagrado en nuestra legislación el descubrimiento probatorio, el cual consiste en que la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que, en un momento procesal posterior, eventualmente le pedirán al juez de conocimiento que sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones.

Significa lo anterior que el instituto procesal del descubrimiento probatorio encuentra su razón de ser en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que ninguno de los intervinientes sea sorprendido por los elementos de prueba que posteriormente pida su oponente para hacerlos valer en juicio oral; se trata, pues, de que tanto el fiscal como la defensa conozcan oportunamente cuáles son los elementos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, cada uno pueda elaborar las distintas estrategias propias de su rol particular.”⁶

En este entendido se tiene que para la Fiscalía el descubrimiento probatorio se inicia desde el mismo momento en que se radica el escrito de acusación y para la defensa en la enunciación de los elementos materiales de prueba en la audiencia preparatoria.

Para el primer evento, es uno de los requisitos exigidos por el orden procesal penal que el fiscal delegado deberá hacer contener en el escrito de acusación una relación de los elementos materiales de prueba con los que cuenta y pretende hacer valer en juicio, incluso los que resulten favorables al acusado.

Luego en la audiencia de formulación de acusación, el mismo actor deberá poner a disposición de la defensa todos los elementos que éste requiera y en el evento en que tal situación no se pueda verificar en el mismo acto, a instancias del juez de conocimiento lo deberá hacer dentro de los 3 días siguientes.

⁶ CSJ AP nov. 8 de 2011 Rad. 36177

De otra parte y en lo que atañe al punto de impugnación, cuando la Fiscalía General de la Nación pretenda hacer valer algún hecho o circunstancia de su teoría del caso a través de peritaje, para efectos del descubrimiento de esta clase de prueba, deberá correr traslado o poner a disposición de la defensa el concepto base de opinión del perito dentro de un periodo que va hasta 5 días antes a la celebración del juicio. Así lo determina el artículo 415 de la Ley Instrumental Penal cuando indica que:

“Base de la opinión pericial. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.

En el presente caso la defensa reclama que no conoció ni antes ni después del juicio las bases de la opinión pericial de los peritos que la Fiscalía presentó en juicio.

Verificada su intervención en juicio y la reclamación que ahora realiza en la alzada, advierte la Sala que su sola proposición es toda una paradoja, que la lleva por si misma a ser desestimada.

Lo anterior porque de su propia afirmación se tiene que expresa que las bases de opinión no le fueron descubiertas, por cuanto a que lo único que se hizo -no explica en qué etapa procesal- fue leerle los dictámenes que se habían realizado.

Con lo anterior es claro que sí conocía de los conceptos base de opinión, a pesar de que reitera que no se acataron los términos del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, ya evocado.

De la necesaria revisión de las carpetas y en específico de las actuaciones surtidas en las etapas de las audiencias de formulación de acusación (escrito de acusación), preparatoria y de juzgamiento corrobora la Sala, que el aludido informe de experticio balístico que constituye el concepto base de opinión rendido por el perito Edgar Giovanni Sánchez Pardo tuvo la debida producción.

Lo anterior es así, porque el mismo se descubrió con el escrito de acusación.

Luego se verbalizó en la audiencia de formulación de acusación, para posteriormente ser enunciado y solicitado como prueba a tener en cuenta en el juicio en el acto público de la audiencia preparatoria.

Valorada la pretensión por el juez de conocimiento, al satisfacer los presupuestos de admisibilidad se dispuso el decreto de la prueba pericial en juicio, ante lo cual, debe reiterarse, la defensa en ningún momento hizo objeción alguna.

Por tanto desde que se le corrió traslado del escrito de acusación, con el mismo, también se le corrió traslado del concepto base de opinión del dictamen balístico.

Falta a la verdad procesal el censor cuando de la confrontación de las piezas procesales, en el escrito de formulación de acusación se corrobora que en el literal g del numeral 3 del acápite de ***“ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE HACEN PARTE DEL DESCUBRIAMIENTO PROBATORIO...”***, se enuncia el testimonio de Edgar Giovanni Sánchez Pardo, como perito balístico; y al literal g. del numeral 4. Se enuncia el informe de laboratorio balístico, el que como informe pericial sería incorporado al juicio a través del testimonio del perito Edgar Giovanni Sánchez Pardo.

Por último, también se advierte que en el inicio de la audiencia de juicio oral⁷, la Fiscalía manifestó haber dado traslado de los EMP indicados en el escrito de acusación como también el concepto previo de que trata el artículo 415 Código Instrumental Penal, lo que a su turno llevó a la defensa⁸, a indicar que efectivamente recibió en

⁷ Aud. Juicio oral, 17-07-2012, corte 2, record: 25:05

⁸ Aud. Juicio oral, 17-07-2012, corte 2, record: 28:14

oportunidad un documento de necropsia y otros, presentando una glosa a la opinión pericial de la necropsia.

En lo que respecta a la base de opinión de la experticia balística, nada dijo.

Adicionalmente debe acotarse que en el momento en que durante el juicio rindió testimonio Edgar Giovanni Sánchez Pardo como perito balístico del Cuerpo Técnico de Investigación, la defensa no hizo ningún reproche ni observación.

De la dinámica procesal se verifica en el registro que luego de la acreditación del perito, la Fiscalía le puso de presente a la defensa⁹ el concepto base de opinión y análisis balístico, sin que ésta, como contraparte, ni en el inicio, tampoco en el desarrollo del interrogatorio, menos aún al ejercer el contrainterrogatorio realizara impugnación alguna basada en la temática que ahora propone.

Todo este actuar y alegación solamente refleja que la controversia que plantea el recurrente no deja de ser más que una afirmación falaz al carecer de todo sustento, por lo que se hace necesario llamar su atención por el desconocimiento del deber profesional de lealtad que le demanda el ejercicio de su profesión como abogado.

La glosa no tiene prosperidad.

6.- La prueba pericial como medio probatorio

Es del caso recordar que el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en el aporte de conocimientos técnicos, científicos o artísticos que tiene una persona por ser versada en determinada materia, adquiridos por la experiencia, formación académica o por el ejercicio de una destreza y que se hace necesario o importante llevarlo al juicio para ilustrar al juez para que le permita decidir la controversia que se le plantea sobre determinado asunto, que requiere del aporte de tales conocimientos de los que no es un especialista el juzgador¹⁰.

O como lo enseña el catedrático Eugenio Florián *"La peritación es el medio particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren de conocimientos especiales y capacidad técnica"*¹¹.

El Código de Procedimiento Penal se ocupa del tema el cual en su artículo 405 dispone que su práctica resulta procedente: *"cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados..."*

Aunado a ello, los artículos 406, 412, 413, 414 y 415 de la Ley 906 de 2004, regulan el proceso de elaboración y presentación de los informes derivados de los experticios solicitados por las partes, de donde es dable extraer que: **(i)** las investigaciones o análisis realizados por los peritos deben ser consignados en informes que se entienden como prueba en el Proceso Penal Colombiano presentados bajo la gravedad de juramento (406), **(ii)** las partes pueden presentar informes de peritos de su confianza y pedir que estos sean citados a la audiencia del juicio oral (413 y 415), **(iii)** el juez *"admite"* el informe y a partir de ello dispone la citación del perito (en todo caso debe entenderse que no se trata de la admisión del informe como prueba, pues el artículo 415 establece con claridad que la admisión del informe está supeditada a que el perito comparezca a la audiencia de juicio oral) (414), **(iv)** el interrogatorio y contrainterrogatorio de los peritos en la audiencia de juicio oral tendrán como punto de referencia los informes presentados con antelación (412) y (v) el informe por sí sólo no puede admitirse como prueba (415)¹².

Debe tenerse en claro, que dentro del sistema acusatorio todas las pruebas se deben practicar dentro de la audiencia pública, lo que necesariamente implica que el perito comparezca al proceso a rendir su peritaje, donde será interrogado por la parte que lo hubiese solicitado y será contrainterrogado por la contraparte.

⁹ Aud. Juicio oral, 19-03-2013, corte 4, record: 2:58

¹⁰ Parra Quijano Jairo. *"Manual de Derecho Probatorio"*. Ediciones librería del profesional. 1986. Página 351.

¹¹ Florián Eugenio *"De las pruebas penales"* Tomo II Editorial Temis Tercera Edición. 1982 pagina 351.

¹² La Prueba En El Proceso Penal, Pág. 179, Luis Fernando Bedoya Sierra, 2008.

6.1.- Perito sobre plena identidad

Es materia de impugnación, la tardía alegación sobre la desacreditación de la idoneidad de la perito Magaly Rosero, quien en juicio se pronunció sobre la identificación e individualización del acusado.

La controversia gira en torno a que la perito no ha realizado estudios o capacitaciones en dactiloscopia y por tanto, no era la persona indicada para individualizar e identificar al procesado, pues considera la defensa que admitir lo contrario es contravenir el mandato de los artículos 405 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En camino a dilucidar el planteamiento, encuentra la Sala que lo primero a abordar es el tema referente a quién es perito y cómo se desarrolla esa actividad.

Para ello, lo primero y principal referente es acudir al contenido de la normatividad procesal penal vigente sobre el tema, labor que por demás, no asumió el recurrente para sustentar su superficial alegato.

Por este sendero encontramos que el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, señala quién puede ser perito, así:

***"Artículo 408.** Quiénes pueden ser peritos. Podrán ser peritos, los siguientes:*

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.

*2. **En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.***

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito." (Destaca la Sala).

Esta norma¹³ enseña que pueden estar en tal connotación las personas con título reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte, lo que implica que podrá serlo cualquier profesional, especialista, técnico en alguna de las ciencias del conocimiento, del arte u ocupación.

Pero además se extrae del contenido literal de la disposición, que en su numeral 2, el legislador también considera como perito a quienes no tengan título de profesional, técnico o artista, pues le reconoce tal condición a las personas de: **"...reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título."**, supuesto que desconoce por completo el defensor que recurre.

Por tanto, es dable enunciar que la calidad de perito no se adquiere solamente por la obtención de un título académico en determinada actividad de la ciencia, técnica, arte u oficio, pues para ello también basta la experiencia y el conocimiento que los seres humanos adquieren por vías diferentes como autodidactas y empíricos que los habilita para emitir un concepto serio sobre la materia que conocen, bien sea de ciencia, técnica, arte, oficio o afición

Es dable entonces extraer que la condición de perito no emana exclusivamente de los títulos universitarios o de estudios certificados, ésta puede provenir del conocimiento especializado que adquiere una persona en razón de su actividad cotidiana.

Un ejemplo claro de ello son las personas que sin haber asistido a un centro académico para formarse en una profesión, arte u oficio, se desempeñan como expertos anticuarios, pintores, músicos, herreros, forjadores de metales, talladores de gemas preciosas, corredores de bolsa, filatelistas, actividades propias de la criminalísticas, entre otras muchas más, quienes con base en esas destrezas y experiencias obtenidas en el desarrollo permanente, cotidiano, adquirido muchas veces de la cultura oral generacional o autoformación, son autoridades en la materia y están autorizados para emitir concepto de autoridad.

¹³ *Ibidem*

Así, en punto a la réplica que reclama el defensor, debe decirse que si bien la testigo perito Magaly Rosero al declarar en juicio y dictaminar sobre la identidad del procesado manifestó¹⁴ no contar con preparación académica como dactiloscopista, tal deficiencia de educación formal no le resta idoneidad para fungir como experta en esa materia.

Lo anterior porque también es oportuno traer a colación que en el proceso de acreditación de la testigo, la Fiscalía demostró que se trata de una persona que funge como servidora pública al servicio de la Policía Nacional SIJIN, quien para la fecha de ocurrencia de los hechos laboraba en la localidad de Tumaco como investigador perito preliminar, llevando un año realizando la misma actividad sobre labores preliminares para determinar la plena identidad de las personas, asignada al grupo de laboratorio de criminalística y recordando que no era la primera vez que asistía a ese tipo de audiencias.

En consecuencia, no encuentra eco la alegación de impugnación, pues la defensa no llega más allá de señalar la ausencia de títulos académicos de la perito, sin entrar a confrontar que la actividad que realizó carece de idoneidad para demostrar el hecho que se pretende probar con su concepto técnico.

Olvida el censor que con la perito la Fiscalía busca demostrar que la persona capturada, judicializada y condenada es ERG y que la reseña decadactilar que se le tomó guarda correspondencia con la tarjeta decadactilar que levantó para esa persona la Registraduría Nacional del Estado Civil para la preparación de su cédula de ciudadanía.

Su concepto base de opinión contenido en el informe para plena identidad llevado al juicio y verbalizado por la perito, no fue controvertido, tampoco la técnica y los procedimientos empleados para llegar a esa conclusión.

De este modo, la sola afirmación del recurrente como impugnación no se basta a sí misma, es estéril, dado a que dejó en su solo enunciado la inconformidad sobre su idoneidad, desconociendo la Sala por completo, cuáles son las razones para afirmar que una persona que lleva un año realizando procedimientos dactiloscópicos de las personas que se judicializan en Tumaco para establecer su plena identidad, carece de la habilidad para emitir un concepto específico sobre esa temática.

Adicionalmente, en la argumentación se desconoce por completo la trascendencia de la tardía desacreditación de la perito, en la medida que inadvierte el libelista que ERG se encuentra plenamente individualizado desde el albor de la investigación, incluso desde antes de su captura.

Para interés del juicio, la perito compareció a la audiencia donde manifestó ser quien realizó el informe sobre plena identidad de ERG, y reconocer la firma estampada en el mismo.

En cuanto a los procedimiento ejecutados para llegar a esa conclusión, fue precisamente en relatado en el desarrollo del contrainterrogatorio adelantado por la defensa que recurre.

En ese escenario la perito señaló que hizo la comparación entre la reseña decadactilar y que para ello tomó 10 dibujos de las manos derecha e izquierda y la tarjeta decadactilar de preparación de cédula de ciudadanía emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil en fotocopia para colegir que guardaban correspondencia para afirmar que la persona procesada es ERG.

Esta pericia, en aplicación del principio de libertad probatoria, es un medio válido y pertinente a efectos de revelar una verdad que interesa al proceso, esto es, la plena identidad del acusado.

También inadvierte la defensa que existen otros elementos de prueba que así lo acreditan, como son el testimonio del comandante de la estación de policía Carlos Mario López Jaramillo quien depuso que desde días antes a la comisión de los delitos que se le reprochan, había sido necesario conducirlo a la dependencia policial para identificarlo ante las reiteradas quejas de la ciudadanía referidas a que era un recién llegado a la población que estaba realizando coacciones a la comunidad.

¹⁴ Audiencia juicio oral, 19-marzo-2013, corte 3, record: 41:39

Adicional a lo anterior, son hechos irrefutables y por ende acreditados que bajo el mismo nombre y cupo numérico de cedula por el que se emitió el concepto pericial, ERG se presentó en las audiencias de formulación de imputación, acusación y del juicio oral como la misma persona, hechos procesales que no admiten otro contraste, dejando infecunda la indefinida alegación de la defensa.

Bastan estos argumentos para confirmar la decisión recurrida.

III. LA DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve:

1°. **Confirmar** la sentencia de 12 de agosto de 2016 por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco (N) condenó a ER, como responsable de los delitos de homicidio simple en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO

Magistrada

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

PREACUERDOS - DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: Deber del Fiscal y del Juez de velar por la garantía de comunicación frente a su celebración. / PREACUERDOS - REINTEGRO PECUNIARIO - Constituye un acto de procedibilidad que condiciona su validez - Hay lugar a improbar el preacuerdo, al establecerse que se han presentado irregularidades que afectan las garantías de las víctimas, en tanto es necesario que estas sean citadas y oídas en las deliberaciones que previamente adelanten las partes y no obstante, no cuentan con poder de veto ni es obligatoria su comparecencia, es deber del Fiscal y del funcionario judicial, poner en su conocimiento la realización del acuerdo y de la audiencia de verificación de su legalidad, pues de ello depende su efectiva intervención. Verificándose que tal deber, deliberadamente no fue acatado por el ente instructor, quien no convocó a la víctima argumentando que no adquirió tal calidad, al no haber presentado la querrella por el delito de estafa, olvidando que existe providencia judicial en firme que la reconoció como víctima y que junto con ese reato se cometieron otras conductas punibles de conocimiento oficioso. Además para que resulte legal la suscripción del acuerdo, es necesario que se cumpla con el requisito de efectuar el reintegro pecuniario, al menos en un 50 % y se asegure el recaudo del remanente, en aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, sin que pueda predicarse que la ley solo se refiere a los punibles atentatorios del bien jurídico del patrimonio económico, por cuanto con la comisión de cualquier delito puede el sujeto activo lograr indebido incremento patrimonial. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCO SOLARTE PORTILLA

Asunto : Apelación auto que improbo un preacuerdo
Delito : obtención de documento público falso y otros
Acusado : GSJ
Radicación : 2016-00194 NI - 19664
Aprobación : Acta N°2017-087 (mayo 9 de 2017)

San Juan de Pasto, mayo veintitrés de dos mil diecisiete

Vistos

Se ocupa el Tribunal de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la delegada de la Fiscalía, contra el auto proferido el 21 de noviembre de 2016, por medio del cual la titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto improbo el preacuerdo suscrito entre las partes, dentro del juicio adelantado en contra de la ciudadana GSJ, por la comisión de los delitos de obtención de documento público falso, uso de documento público falso y fraude procesal.

Los hechos

Por información claramente suministrada por la Fiscalía se conoce que el señor JAVIER ARMANDO BRAVO, siendo propietario legítimo de un lote de terreno distinguido con el número 4 de la Urbanización Las Margaritas, IV etapa, el día 2 de marzo de 2014 fue sorprendido con el descubrimiento de la instalación de una valla en el aludido inmueble, en la que la Curaduría Segunda Urbana de Pasto daba a saber de la tramitación de una licencia de construcción a nombre de la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO DELGADO.

Tras la realización de sus propias averiguaciones, el referido ciudadano pudo develar que una persona asumió su identidad y celebró escritura pública número 3192 del 10 de septiembre de 2013 en la Notaría Tercera del Círculo de Pasto, acto en el cual GSJ era la compradora y que ésta a su vez vendiera el predio a MARÍA CRISTINA TRUJILLO DELGADO, por el mismo valor en que fue acordada la inicial transacción, esto es, \$40.500.000.

La investigación adelantada por la Fiscalía decantó que, en efecto, el señor JAVIER ARMANDO BRAVO fue suplantado en su identidad, pero que quien ahora funge como acusada en este asunto sí intervino personalmente en la celebración de la cuestionada escritura pública.

Resumen de la actuación cumplida

El 4 de febrero de 2016 en el Juzgado Primero Penal Municipal ambulante con funciones de control de garantías de Pasto, se llevó a cabo audiencia de legalización de la captura previamente librada en contra de GSJ. En la misma fecha la Fiscalía le imputó a la mencionada la comisión como coautora del delito de obtención de documento público falso en concurso homogéneo, fraude procesal y uso de documento público falso, con la agravante prevista en el artículo 58 numeral 10 del Código Penal. La imputada fue cobijada luego con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Previa radicación del escrito de acusación, el Juzgado Tercero Penal del circuito de Pasto dispuso la audiencia del mismo nombre que tuvo lugar el 11 de julio del año próximo pasado.

El 9 de agosto de la misma anualidad la representante del ente investigador allegó a la Judicatura un acta de preacuerdo, cuyo contenido revela, en lo que importa, la admisión de responsabilidad penal por parte de la procesada en los delitos de *"obtención de documento público falso en concurso homogéneo, uso de documento público falso, fraude procesal en concurso homogéneo y concierto para delinquir, realizados en concurso homogéneo, conductas cometidas en coautoría y bajo modalidad dolosa"*.

La señora Fiscal, ya en la audiencia de verificación de legalidad del convenio celebrada el 11 de agosto de 2016, enfatizó en que debido a la efectiva colaboración prestada por la señora J pudo descubrir la existencia de una banda criminal, lo que la condujo, primero, a adicionar a la imputación jurídica otrora hecha, la comisión del punible de concierto para delinquir y retirar la agravante del numeral 10 del artículo 58 Sustancial; y, segundo, favorecer a la acusada con el único ofrecimiento de los lenitivos de pena previstos en el artículo 56 ibídem, relacionado con las circunstancias de marginalidad y pobreza extrema.

Enfatizó en que la señora TRUJILLO DELGADO omitió su deber de presentar querella por ser víctima del delito de estafa, razón que explica por qué la acusación no incluye el específico cargo por la comisión de ese reato contra el patrimonio económico.

Explícitamente se dijo que en manos de la Judicatura quedaba lo atinente a la dosificación e imposición final de la pena así como la posible concesión de algún subrogado o sustituto de la sanción en intramuros.

El señor Juez Tercero Penal del Circuito de ese entonces procedió a indagar a la procesada si se ratifica en el contenido del pacto, que si la aceptación de responsabilidad es libre, voluntaria y asesorada, ante lo cual aquella asintió, pero además le advirtió plenamente el Juzgador acerca de las consecuencias derivadas de la renuncia a asumir un juicio público, contradictorio y concentrado, que su decisión será irrevocable y que la sentencia que ha de venir será irremisiblemente de condena.

Al traslado, el señor defensor se limitó a decir que coadyuvaba la exposición hecha por la Fiscalía; mientras que el señor representante de víctimas se opuso a la aprobación del preacuerdo, sustentando en lo esencial que: *i)* a pesar de haber sido él judicialmente reconocido como representante de la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO DELGADO, no fue convocado a las conversaciones que dieron paso a celebrar el acuerdo en cuestión; y, *ii)* que no se ha dado cumplimiento a la condición prevista en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la procedencia de esta clase de convenios está supeditada a que se haya realizado previamente la devolución de por lo menos de 50% del valor objeto de defraudación para la víctima.

El señor Juez de conocimiento difirió la decisión para ocasión ulterior, pero la providencia la dictó el 21 de noviembre la nueva funcionaria que avocó la regencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto.

La providencia impugnada

Contiene inicialmente un recuento de lo expuesto por los sujetos procesales en audiencia, remarcando de entrada la Juez que la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO fue legalmente reconocida como víctima atendiendo las voces del artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que *"al parecer sufrió daño con los hechos que dieron génesis al presente asunto"*, sin que sea de recibo alegar que para adquirir esa condición sea exigible que la aludida haya presentado la querella tras resultar perjudicada por la perpetración de un delito contra el patrimonio económico, como lo sugirió la delegada de la Fiscalía. Con citas de la jurisprudencia concibió indiscutible la calidad de víctima de la mentada señora TRUJILLO, tal como fue reconocido en la audiencia de formulación de imputación.

Apuntó que la misión del juez en un sistema de juzgamiento como el nuestro no se agota con preservar las garantías que son anejas al procesado, sino que se extiende a los demás intervinientes del proceso penal, para el caso los que pertenecen a las víctimas, sin que constituya óbice el hecho de que ellas carezcan del poder de veto en los precisos casos de la celebración de preacuerdos entre las partes; no por causa distinta es que la jurisprudencia constitucional obliga a la Fiscalía a convocar sin excusa a los perjudicados de un delito para que éstos tengan la oportunidad *"de conocer los términos del acuerdo"*, del mismo modo como lo ha entendido el Tribunal de Pasto, en providencias cuyos radicados refirió.

Dicho lo anterior, la Juez de conocimiento otorgó crédito a lo manifestado por el abogado que representa los intereses judiciales de MARÍA CRISTINA TRUJILLO como víctima, profesional del derecho que aseveró no haber sido invitado a participar de los términos de la negociación que las partes sostuvieron para la suscripción del preacuerdo que nos concita, actitud que extraña por paradójica, en tanto la aludida omisión sucedió pese a que con antelación la señora Fiscal de todas maneras había dado la orden de que sean entregados al abogado de la ofendida los elementos materiales probatorios que sustentan la acusación.

Adicional al hecho de que el representante judicial de la víctima en mención no participó en el trámite del pacto, porque no fue llamado, pese a que su calidad surge indubitable por haber sido reconocido como tal en audiencia de acusación, surge para la A quo una razón adicional que impide aprobar el preacuerdo en cuestión, cual es que también ha sido probado con suficiencia que la señora TRUJILLO DELGADO sufrió en este caso desmedro económico, situación que de suyo lleva a exigir el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que supedita la legalidad de los acuerdos a que el sujeto activo de la conducta punible proceda a la devolución de lo ilícitamente apropiado, en por lo menos el 50%, condición ésta que no está dada con exclusividad para los delitos contra el patrimonio económico, según fue expuesto en sentencia C-059 de 2010.

Con esos argumentos la señora Juez de primera instancia decidió improbar el preacuerdo puesto a su consideración, con fundamento en que con esa decisión se procura por la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas en esta ocasión vulnerados.

La decisión fue apelada solamente por la delegada de la Fiscalía, pero la defensa anticipó que coadyuvaría la postura del ente instructor.

La impugnación

La señora Fiscal Sexta delegada para este asunto comenzó por advertir que la decisión del Juzgado, así como está concebida, constituye *"un escollo insalvable"* para darle cumplimiento, por cuanto, dejó ver, lo impide el texto de los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Penal, que indican en qué casos se hace indefectible el requisito de la querella y quién es el querellante legítimo. Conectada esa premisa con el caso, trasunta en el hecho de que MARÍA CRISTINA TRUJILLO no cumplió con esa obligación, si acaso se sintió perjudicada con los hechos investigados, como así lo dejó aquella funcionaria sentado en la audiencia en que, de todos modos, fue dicha ciudadana reconocida como víctima.

Reprochó cómo la mencionada señora, aunque ya tenía conocimiento de las irregularidades cometidas en el curso de estos sucesos, decidió vender el inmueble en cuestión, lo que determinó la compulsión de copias para que sea asimismo penalmente investigada. Apuntó que *"entonces, esa fue la razón por la cual la Fiscalía la incluyó a dicha"*

ciudadana para que compareciera ante el Juez de conocimiento”.

Sostuvo que comoquiera el valor de lo entregado por la señora TRUJILLO DELGADO asciende a la suma de \$40.000.000, tal cifra no supera los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la investigación respecto a esa defraudación no puede iniciarse de oficio *“y esa fue la razón por la cual la Fiscalía no imputó a la señora presente la comisión del delito de estafa, porque no contaba con el requisito legal establecido en el Código de Procedimiento Penal”*, e incluso ya no habría lugar a corrección alguna, en tanto desde la fecha de los hechos hasta el día de la audiencia ya habían transcurrido más de los 6 meses que hace posible la querrela, no presentada por voluntad privativa de la perjudicada.

En otros apartes de su intervención, la hoy recurrente recabó en que le resulta procesalmente imposible *“cumplir con el requisito de que a la señora se le haga la reparación, porque no cuenta con el requisito sine qua non que le hubiera permitido imputar el delito de estafa”*, porque en su juicio, ello implicaría hacer más gravosa la situación de la acusada, lo que se vería reflejado en la necesidad de variar los términos del preacuerdo, consistente en adicionar a los delitos ya imputados, el de estafa, lo que luce improbable hacer merced a la inexistencia de la querrela de parte, aseverando explícitamente que *“la imputación de ese delito sí debe ser presupuesto para hacerle exigible a la señora SOCORRO JURADO la reparación”*.

Cerró su intervención solicitando la revocatoria de la providencia impugnada y de tal modo *“no se exija ni la comunicación al representante de la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO por no haber formulado la querrela, no va a tener, no tiene ya la calidad de víctima en el delito de estafa, que es el delito que la afecta a ella, por tratarse del patrimonio y en consecuencia se apruebe el preacuerdo”*. Aunque subsidiariamente planteó que en el evento en que se insista en que se hacía imperativa la citación a la víctima, dado que el Juzgado ya reconoció tal calidad, si disponga subsanar tal omisión, pero en todo caso no demandar reparación económica alguna a la procesada.

Concedido al traslado el uso de la palabra al señor representante de la víctima, se refirió con alguna extensión a los derechos de los perjudicados, los cuales no solamente han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico colombiano, sino que ha constituido tema tratado por el derecho internacional, normativas que enunció.

Con ese preámbulo evocó el contenido del artículo 132 de la Ley 906 de 2004, de conformidad con el cual se extrae que el único presupuesto exigido para considerar a una persona víctima de un delito, es la verificación del daño causado, el que en este caso refulege evidente, como que es el relato fáctico hecho por la propia Fiscalía el que informa sobre el pago que engañada hizo MARÍA CRISTINA TRUJILLO por la compra espuria del terreno en cuestión. Por ello, cuestionó el abogado que ahora la representante de la Fiscalía pretenda desconocer el reconocimiento que el Juzgado en la audiencia de acusación hizo de la calidad de víctima de la mentada señora, cuanto más que con tal actitud se está vulnerando el principio procesal de preclusividad.

Desde otro ángulo, criticó que se pretenda supeditar la condición de víctima a la presentación de la denuncia por parte de quien recibió el agravio, siendo que, como ha acontecido en este proceso, existe una noticia criminal que a la postre activó el aparato judicial

Agregó que aprobar un preacuerdo en las condiciones propuestas, es tanto como dejar en el desamparo a quien ha recibido un real y material menoscabo económico, según la prueba del ente investigador lo ha revelado, haciendo ver como inanes los esfuerzos efectuados tanto por la jurisprudencia nacional como foránea, destinados al amparo de las víctimas de delitos.

Advirtió entonces que, así como fue admitido sin ambages por la señora Fiscal, no fue él convocado a participar de los términos del ahora discutido convenio, actitud omitida que no se contrapone con la potestad que tiene el órgano persecutor para la celebración de esta clase de actos, porque lo que se trata es de poner condicionamientos de orden material para evitar injusticias en esta forma de terminación consensuada de los procesos penales, como lo es, precisamente, la reparación, así sea parcial, del indebido provecho económico logrado con la ilicitud.

Previo a informar que su mandante hizo devolución oportuna de los dineros recibidos, en cuantía de \$50.000.000, por la venta que en efecto hizo del inmueble a un tercero, el abogado que representa los intereses judiciales de la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO, reconocida como víctima, pidió del Tribunal confirmar la providencia

impugnada.

En su turno, el defensor de la acusada se limitó a decir que el preacuerdo hoy en censura cumple con los fines previstos en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, en especial en lo que a la búsqueda de humanizar la actuación atañe, que se ve reflejado en el caso frente a las condiciones en que vive su prohijada, esto es, mujer humilde, que destina su mejor tiempo al trabajo duro de vender frutas en el mercado, amen que fue utilizada como un *"conejillo de indias"* en el contexto de una organización criminal, respecto de la cual aquella ha prometido colaboración para dismantelar.

Por ello, anunció coadyuvar los argumentos expuestos y la petición elevada por la delegada de la Fiscalía.

Consideraciones de la Corporación

Sea lo primero mencionar, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para decidir de la alzada ahora propuesta, habida cuenta que la decisión objeto de inconformidad fue proferida dentro del trámite adelantado en un juzgado penal del circuito, perteneciente al Distrito Judicial de Pasto.

El problema a desatar radica en verificar si fue jurídicamente correcta la decisión de la Juez de conocimiento en este asunto, quien improbo el preacuerdo presentado a su consideración por las partes.

Para lograr ese cometido y dadas las particularidades del caso, deberá la Sala adentrarse en el examen de los derechos que las víctimas tienen en el decurso de las actuaciones penales y en especial la potestad a intervenir en el trámite de los preacuerdos, de un lado, y de otro, establecer si era exigible para este caso el cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal como presupuesto para reputar legal el pretendido convenio.

Ya en esa labor, necesario resulta partir del análisis del papel de la víctima al interior del sistema penal acusatorio, para lo cual habrá que decirse que en el espíritu del legislador se ha visto palpable la intención de reivindicar el papel dinámico del afectado con la conducta punible, situación ésta que ha tenido un mayor reflejo en la jurisprudencia nacional y en particular la emitida por la Corte Constitucional, que ha establecido toda una línea que consolida las prerrogativas que los ofendidos ostentan, delineando así los alcances y fijando límites a su intervención, dependiendo de las diversas etapas de la actuación penal.¹

Es así como a partir de la idea de que la víctima no solamente invoca intereses económicos en el resultado de un proceso, sino que su participación está directamente en reclamo de verdad y justicia, es que se ha establecido su papel activo en el decurso procesal, pudiendo así actuar desde la misma etapa preliminar de indagación, denunciando el hecho, aportando pruebas y solicitando medidas efectivas de protección².

Se ha establecido además que su participación puede ser de forma personal o a través de apoderado, pudiendo intervenir de manera activa y proactiva en las audiencias preliminares³ e incluso encontrándose revestida del poder para solicitar medidas de aseguramiento, allí donde el delegado de la Fiscalía no lo haga y vea posible su procedencia⁴.

Ahora bien, en el juicio, eso sí ya asistida con abogado, tiene la potestad de participar en el proceso de producción probatoria y aunque le está vedado actuar en su práctica en la forma como lo hacen las partes, sí puede pedir que se decrete la recepción de pruebas⁵, y desde luego debe ser llamada para participar del trámite de los preacuerdos

¹ Ver entre muchas las sentencias y por su relevancia: C-209 de 2007, C-250 de 2011 y C-881 de 2011.

² Artículo 11 de la Ley 906 de 2004.

³ Ver entre otras sentencias C-775 de del 9 de septiembre de 2003 y C-591 de junio 9 de 2005.

⁴ T-293 de 2013.

⁵ CSJ AP, 6 marzo 2013, Rad. 40330.

celebrados entre la Fiscalía y el acusado. Además, está legítimamente habilitada para la interposición de los recursos, en algunos casos esta última facultad no la poseen ni el defensor ni el representante del Ministerio Público, como sucede justo respecto al auto que decide la preclusión de la investigación⁶.

La naturaleza de la contención puesta ahora en manos del Tribunal exige un análisis sobre la participación de las víctimas en las controversias que desembocan en la suscripción de preacuerdos, teniendo siempre como norte que tales pactos y negocios jurídicos, al interior de nuestro sistema, exigen el sometimiento al principio de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales de los involucrados en la actuación.

Para ello, inexorable resulta remitirse a la sentencia C-516 de 2007, que en examen de constitucionalidad de distintas normas contenidas en la Ley 906 de 2004⁷ y sobre el preciso rol de los perjudicados en materia de preacuerdos, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004 *"... en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el preacuerdo."*

Así, aunque del texto literal de tal pronunciamiento podría pensarse que la intervención de la víctima en la celebración de preacuerdos es apenas una potestad de la cual se puede hacer uso o no, esto es, para el propio afectado, no así para el ente acusador y el juzgador, pues sí se impone como un deber el que pueda ser oída y enterada de la celebración de los mismos y de su verificación ante el funcionario judicial, lo que implica la obligación de poner en su conocimiento la realización de esas actuaciones. Tal conclusión fácilmente puede extractarse de la ratio decidendi del fallo en mención, que por su importancia, merece ser destacado en su tenor expreso, así:

"...Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado (sic) entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo, la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación, el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima." (Subrayas ajenas al texto original).

No sobra advertir acerca de la obligatoriedad de los precedentes constitucionales, y en especial de las sentencias de constitucionalidad, pues por su examen de concordancia con el ordenamiento superior, obligan a las autoridades administrativas y judiciales a su acatamiento en pro de la garantía de la jerarquía máxima de la Constitución Política⁸ y del derecho a la igualdad, por manera que sin la posibilidad de realizar una interpretación divergente, válidamente puede colegirse que es obligación del ente acusador y del juez de conocimiento velar por el deber de comunicación a las víctimas de este tipo de negociaciones.

Así las cosas, de lo expuesto se advierte que el acceso a un recurso judicial efectivo al que tienen derecho las víctimas exige la perentoriedad de la información de la celebración del preacuerdo por parte del fiscal, así como de la audiencia para su verificación en cabeza del funcionario judicial, eso sí, sin que sea una exigencia su comparecencia, pues de su conocimiento de la realización de tales actos, fácilmente puede colegirse su interés o no en una intervención efectiva en la actuación.

⁶ CSJ SP, 19 oct 2011, Rad. 37449

⁷ Fueron demandadas ciertas expresiones del literal d y h del artículo 11, del numeral 4 del artículo 137 y de los artículos 340, 348 y 350 del Código de Procedimiento Penal.

⁸ Artículo 4 constitucional.

Pues bien, no existen constancias procesales de que tales inexcusables deberes hayan sido aquí acatados, pero es lo más, que tal omisión no responde a la posibilidad de un descuido o un olvido, sino a una decisión deliberada por parte de la señora Fiscal, como ella así sin ambages lo reconoció en sus intervenciones, enarbolando razones que desde ya la Sala califica de inaceptables.

En efecto, la afirmación según la cual la delegada no convocó a la celebración del preacuerdo al representante judicial de MARÍA CRISTINA TRUJILLO, *“por no haber formulado la querella, no va a tener, no tiene ya la calidad de víctima en el delito de estafa, que es el delito que la afecta a ella”*, podría tener una respuesta lacónica pero dotada de contundencia para rebatir lo afirmado, con la sola manifestación de que existe providencia judicial en firme que reconoció a la mencionada señora como víctima, previa convocatoria que a ésta hiciera la Judicatura para que asista a la audiencia de formulación de acusación, paradójicamente a instancia de la Fiscalía que así lo imploró y que por eso mismo, en actitud para ese entonces coherente, no presentó oposición alguna cuando el reconocimiento ahora soslayado se hizo.

Pero además, no resulta jurídicamente acertado condicionar la calidad de perjudicado de una conducta punible a la presentación de una querella, pues al margen de considerar que el delito de estafa sufrido por la señora TRUJILLO DELGADO no fue aquí imputado por falta de aquel requisito de procedibilidad, es lo cierto que junto con ese reato se cometieron otros, como los de obtención y uso de documento público falso, y ahora otro más definido por el ente instructor, cual es el de concierto para delinquir, perpetrados todos con unidad de designio – de ahí la deducción jurídica del concurso-, una dirección finalística encarrilada a esquilmar las arcas económicas de ingenuas personas que pagaron jugosas sumas de dinero por la ilusión de hacerse a un bien inmueble, creyendo con buena fe en la legalidad de unos documentos que en realidad eran espurios.

Lo cierto de todo es que la Fiscalía activó la acción penal tras adelantar su investigación que la condujo a inferir la comisión de unos injustos de conocimiento oficioso, que existe por ello ahora un proceso judicial en curso y que respecto de esas ilicitudes fue la señora MARÍA CRISTINA TRUJILLO legalmente reconocida como víctima y al abogado como su representante, por lo que se hacía imperioso entonces su convocatoria a participar en las conversaciones tendientes a la suscripción del hoy cuestionado preacuerdo, como presupuesto ello que lo dote de legalidad. Si no se hizo así, refulge entonces jurídicamente correcta la decisión que improbo en primera instancia el aludido pacto.

Justamente los mismos argumentos acabados de exponer sirven para rebatir la segunda causa defendida por la apelante, para omitir cumplir con lo dispuesto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, que condiciona la procedencia de los preacuerdos, así:

“Improcedencia de acuerdos y negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

El equívoco conceptual radica en que la representante del ente persecutor, con una intelección francamente selectiva, hay que decirlo así, interpreta que el condicionamiento de la referida norma procesal opera solamente cuando se hable de delitos atentatorios del bien jurídico del patrimonio económico, dándole de ese modo un alcance a la susodicha disposición legal distinto al que emerge de su claro contenido. Su letra no deja lugar a dubitaciones cuando de manera categórica exige que el reintegro parcial y la garantía del pago del remanente es condición de procedencia para la suscripción de los preacuerdos. Por lo demás, no se ve ni siquiera atisbos de razones indicadoras de que tal demanda deba circunscribirse solo a los punibles que atentan el patrimonio económico.

Es que esta misma línea de pensamiento ya ha sido tratada por el Tribunal, casualmente en un asunto donde examinó la misma postura hoy asumida por la señora Fiscal en la presente actuación. Otrora, esto dijo la Corporación:

“Dicha disposición contiene un innegable sentido protector de los derechos de las víctimas, pero fundamentalmente de aquel que dice relación con la reparación. Que el cumplimiento de la devolución de lo indebidamente apropiado con el delito se erija como una condición indefectible para la validez de un

preacuerdo, es aserto que en este asunto nadie lo ha puesto en duda, lo cual se extrae de las diferentes exposiciones realizadas por las partes e intervinientes e incluso por la Juez en sus decisiones, cuando sin reticencia se habla de estar en presencia de un "requisito de procedibilidad".

Es más, lo que de forma explícita ha sido admitido es que precisamente por conocer de esa limitante legal la Fiscalía decidió sustraer del contenido del cuestionado pacto el delito de estafa, bajo la errada convicción de estar con ello facultada con legitimidad para la celebración del preacuerdo, como si el contenido y teleología de la norma del artículo 349 citado estuviesen sustentados en un fundamento restringido a los punibles atentatorios del bien jurídico del patrimonio económico, siendo que, por el contrario, lo que verdaderamente trasciende es que al margen del juicio de tipicidad que quepa, con cualquier conducta considerada delictuosa puede el sujeto activo lograr indebido incremento patrimonial, el cual debe ser reintegrado al menos en un 50 % a la hora de la suscripción de un preacuerdo, pero garantizándose de alguna manera además el remanente.

Tal postura, debe decirse, no es original de esta Corporación. En similares términos se pronunció la honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia de connotada utilidad para la resolución de este caso, así:

"Sobre la prohibición así consagrada, la Sala tiene dicho que el reintegro pecuniario, condicionante de la validez del preacuerdo, "constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, en tanto que, de acuerdo con la inteligencia de la norma, permite concluir que el pluricitado reintegro, así como también el asegurar el recaudo del remanente, constituye un acto de procedibilidad para perfeccionar el preacuerdo o la negociación" ⁹.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corporación, y aquí lo reitera, "la noción de pronta y cumplida justicia, entonces, debe entenderse en la nueva sistemática de manera integral, es decir, no sólo en la perspectiva de lograr una sentencia condenatoria rápidamente a cambio de una ventaja punitiva para el procesado -que es lo que pasa en la sentencia anticipada-, sino además en la necesidad de restablecer el equilibrio quebrantado con el delito, que es lo que finalmente soluciona el conflicto al verse la víctima compensada por la pérdida sufrida" ¹⁰.

A partir de los razonamientos precedentes, la Corte puede anticipar su postura en el sentido de que la tesis que pregonan los apelantes no es de recibo, porque parte de un equívoco evidente: que solamente las conductas punibles que en su descripción típica integran la consecución o intención de obtener un beneficio patrimonial son idóneas para generar incremento patrimonial en el sujeto activo.

Dicho de otra manera, no solamente los tipos penales que describen un interés patrimonial -ya sea que se concrete, o bien que solamente sea un fin ulterior del sujeto activo- son aptos para generar una ganancia patrimonial en el agente. Son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial.

(...)

De suerte que afirmar ante ese conjunto de hechos que la concusión le generó incremento patrimonial a la entonces fiscal delegada, pero esa misma aptitud no la tuvo la emisión de providencias abiertamente ilegales (constitutivas de prevaricato por acción), desconoce la realidad de los acontecimientos, pues lo cierto es que los pagos indebidos se hicieron no solamente gracias a la inducción o constreñimiento, sino con el claro propósito de obtener las determinaciones prevaricadoras, como en efecto se obtuvieron.

De acogerse el argumento propuesto por los recurrentes, habría de admitirse que solamente los comportamientos que atentan específicamente contra el patrimonio económico, o bien otros como el peculado, el cohecho o

⁹ CSJ AP, 14 mayo 2009, Rad. 29473.

¹⁰ Ibid.

la concusión, son idóneos para generar un incremento patrimonial en el sujeto agente, toda vez que su descripción hace expresa alusión a la consecución o intención de obtener un beneficio.

(...)

Por lo tanto, la Sala reitera que son los hechos del caso, y no las particulares descripciones típicas de las conductas, los que han de tenerse en cuenta para determinar si la ejecución de un delito genera o no incremento patrimonial en el sujeto activo”¹¹.

Por manera que un pensamiento como el que ha guiado la actuación de la Fiscalía en este caso, avalado por la señora Juez de conocimiento, sustentado en que la sustracción del delito de estafa como tema de discusión en el preacuerdo viabiliza su celebración, no solamente resulta abiertamente contrario a los postulados legales, sino que además deja a los derechos de las víctimas en vilo, sin destacar que con esa actitud lo que se pretende es justamente saltar una condición normativa de validez procesal.

Así, según la forma como ha estructurado su acusación la Fiscalía, deviene en incontrovertible que el grupo de personas, dentro del cual está inmerso el acusado en este proceso, dirigió su voluntad hacia la consecución de favorecimiento económico mediante engaños, lo que en principio es constitutivo de la estafa, pero para lograrlo se valieron de otras acciones concomitantes típicas de otros delitos, tales como el de concierto para delinquir, fraude procesal y uso de documentos falsos, comportamientos que avizorados en comisión concursante, causaron afrenta a las finanzas de los incautos perjudicados, sin que quepa pregonar, se itera, que a pesar de la innegable conexión ideológica que inspiró la ejecución de todas las cuestionadas conductas punibles, solo una de ellas fue la que materializó el desfaldo”.¹²

Con estas consideraciones procederá la Sala a confirmar la providencia recurrida.

Decisión

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Confirmar la providencia impugnada.

Por lo tanto, el asunto deberá ser remitido al Juzgado de origen para que se siga el trámite a que haya lugar.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra la misma no procede recurso alguno.

CÓPIESE Y CÚMPLASE,

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

AUDIENCIA PREPARATORIA – IMPUGNACIÓN DECISIÓN SOBRE DECRETO DE PRUEBAS: El Auto que Decreta una Prueba No Admite Apelación – Se abstiene la Sala de conocer el recurso interpuesto en contra de la decisión que decreta la práctica de una prueba, en tanto no procede el recurso de alzada, sino el de reposición.

OPOSICIÓN A LA INCORPORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS – EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD: Diferencias - Analizadas las figuras jurídicas a las que pueden acudir los sujetos procesales para evitar que se adelante la aducción del medio probatorio al juicio oral, las cuales se originan en consecuencias jurídicas diversas y como tal configuran su propia dinámica procesal, se determina que los defensores, ante la negativa a su oposición al decreto de la prueba documental, efectuaron una inadecuada argumentación, al solicitar su exclusión, sin que se hubieran vulnerado garantías fundamentales; y al no alegarse alguna irregularidad que diera lugar a su rechazo, no hay lugar a su estudio; estableciéndose que la única posibilidad de reproche se ajustaría a la admisibilidad de la prueba, pero al tratarse de una decisión que decretó una prueba, no admite recurso de apelación.

DECRETO DE PRUEBAS – PRUEBA CONJUNTA: A cada parte compete la carga de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad – En el evento de que un mismo testigo sea requerido por las dos partes, con miras a realizar el interrogatorio directo, corren con la carga de sustentar las razones de pertinencia, conducencia y utilidad, demostrando por tanto el objeto específico y qué se pretende acreditar con dicha prueba; por tanto al no haber argumentado la defensa en forma adecuada estos tópicos en relación con la prueba conjunta, ni dio a conocer las razones por las cuales el contrainterrogatorio resultaría insuficiente para cubrir sus pretensiones probatorias, es procedente negar la práctica en el debate oral de los testimonios solicitados, siendo factible que los aspectos que pretendía dilucidar, sean absueltos a través del contrainterrogatorio. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCO SOLARTE PORTILLA

Asunto : Apelación interlocutorio
Decreto pruebas
Delito : Concierto para delinquir y otros
Acusados : WGCP, GGGA, CRAN, ACDR.
Radicación : 2016-00050 N.I. 19323
Aprobación : Acta No. 2017 – 261 (Diciembre 11 de 2017)

San Juan de Pasto, diciembre dieciocho de dos mil diecisiete

Objeto del Pronunciamiento

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los defensores que asisten los intereses de los procesados en este asunto, contra el auto dictado el 25 de octubre de 2016 por el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, en curso de la audiencia preparatoria, denegó la práctica de unos testimonios conjuntos y fijó posición respecto de la solicitud de exclusión de pruebas elevada por la defensa bajo el supuesto de la indebida conexidad de los asuntos.

Antecedentes

Por la supuesta comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de uso personal y prevaricato por omisión fueron acusados en diferentes grados de participación, CRAN, GGGA y WGCP; respecto de éste último se acusó también por el delito de secuestro extorsivo

agravado; ello en virtud a haber sido identificados como miembros de la organización criminal “Los Luisitos” o “Caucanos” desde el año 2011.

Por su parte, y en lo que atañe a ACDR, el ente fiscal la acusó en calidad de coautora, exclusivamente por el delito de hurto calificado y agravado de la suma de \$45.000.000, acaecido en el “Almacén Marly” de esta ciudad.

Comoquiera que no se hizo expreso interés de someterse al trámite de la terminación temprana del proceso y previa presentación oportuna del escrito de acusación por la Fiscalía, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, designado para adelantar el juzgamiento, programó y llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el día 19 de julio de 2016, escenario en el que la representante del órgano de la investigación cumplió con el rito del descubrimiento probatorio conforme lo dispone el artículo 344 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Durante los días 20 y 21 de octubre del año próximo pasado tuvo ocurrencia la audiencia preparatoria, finalizando la misma el día 25 sesión en la que la Juez de primer nivel se dispuso a pronunciarse sobre las solicitudes probatorias de las partes intervinientes; negó entonces para la defensa de ACDR, la práctica de los testimonios de los señores WFEC y LAGI, que también fuera ofrecida como prueba de cargo por la Fiscalía, decisión contra la que se interpuso recurso de apelación.

En el curso de la diligencia en mención fue concedida también la impugnación interpuesta por la bancada defensiva de WGCP, ACDR, GGGA y CRAN, en lo que hace a la solicitud de exclusión de las pruebas documentales correspondientes a los expedientes No. 523566000513201200081¹, 523566000514201180324² y 520016000485201209010³, con sustento en la supuesta indebida conexidad de tales asuntos por parte del ente persecutor.

En ese orden y en lo que incumbe a la resolución de la alzada, resulta menester rememorar lo fundamental de la petición probatoria conjunta expuesta por las partes, aunado a los considerandos atinentes a la eventual indebida conexidad de los asuntos que depare en la exclusión de la prueba documental relacionada con arribar al proceso los expedientes de investigaciones alternas.

Así, en primer lugar, el ente acusador fundamentó la pertinencia de la probanza testimonial deprecada, en las calidades de los testigos LAGI y WFEC, quienes como segundo y tercer jefe de la organización criminal, respectivamente, participaron en la planeación y coordinación de las actividades delictivas, les asiste conocimiento sobre los miembros de la banda delincuencia, siendo testigos directos de los hechos objeto de investigación, razones por las que se sustentó que tales probanzas emergen pertinentes al guardar relación directa con los hechos investigados, y útiles para demostrar la responsabilidad penal de las personas acusadas de los reatos imputados.

Por su parte, el abogado LUÍS ARMANDO DELGADO MERA, defensor público de ACDR, señaló que la recepción de los testimonios de LAGI y WFEC, si bien se enarbolan como pruebas conjuntas al haber sido deprecadas también por el ente acusador, permitirán ingresar al juicio información concerniente a la conformación y el contexto de la empresa criminal, no así respecto de las particularidades del hurto acaecido en el “Almacén Marly” como lo pretende la Fiscalía; de ahí la viabilidad de su decreto en aras de arribar a la verdad y clarificar información de trascendencia para la defensa.

Ahora bien, y en lo que atañe a la eventual indebida conexión de los asuntos como marco de la exclusión de prueba documental y la determinación del Despacho de instancia, de que ello ocurrió así desde la audiencia de formulación de imputación, deprecó la bancada de la defensa de ACD y WGCP, de GGGA y de CRAN, que la Judicatura se pronuncie sobre el particular conforme a los siguientes planteamientos:

Señaló el doctor DELGADO MERA, representante de los intereses de ACD y WGCP, que conforme a lo preceptuado en el artículo 51 del Estatuto Procesal Penal respecto de la conexidad y asignación de competencia por tal factor, no

¹ Investigación relacionada con el secuestro extorsivo de MC.

² Investigación por el hurto calificado y agravado del caso de la “Toyota negra”.

³ Investigación sobre el hurto calificado y agravado a la zapatería “Marly” de esta ciudad.

se vislumbra en el sub lite un pronunciamiento expreso por parte del ente acusador para juntar las investigaciones adelantadas en diferentes Despachos que le permita a su vez afinar su teoría del caso, siendo entonces inviable tenerse como pruebas documentales las copias derivadas de aquellas cuya producción y aducción no se ciñen al procedimiento establecido.

Frente al tema, la doctora GABY ROCÍO ARAUJO, defensora de confianza de GGGA, compartió la postura expuesta por su homólogo, en tanto que ni durante la audiencia de imputación ni en el decurso de la audiencia de formulación de acusación la delegada Fiscal hizo solicitud alguna respecto del decreto de conexidad a la Juez de conocimiento, ni como prueba trasladada, razón por la que encuentra viciado de ilegalidad el medio atinente a la introducción de los expedientes con radicados No. 523566000513201200081, 523566000514201180324 y 520016000485201209010, referidos a las investigaciones por los hechos relacionados con el secuestro extorsivo de la señora MC, el hurto calificado y agravado de la “Toyota negra” y el hurto calificado y agravado perpetrado en el “Almacén Marly” de esta ciudad, respectivamente.

A su turno, el doctor JHONATAN KARLO MARTÍNEZ OJEDA, defensor de confianza de CRAN, agregó que el acatamiento del ritual legal previsto en los artículos 51 y 52 procesales penales, es el que permite la declaratoria de conexidad de procesos; de ahí que, previa revisión de los registros de audio de la audiencia de formulación de acusación, dijo que se advierte una somera referencia a una aparente solicitud sobre el particular, pero sin que tal intervención ostente la potencialidad de evidenciar el por qué pueden ser conexas tales investigaciones, circunstancia por la que deprecia “se excluya” la probanza documental relacionada con los expedientes referenciados.

La providencia impugnada

Reanudada la audiencia preparatoria el 25 de octubre de 2016 a efectos de resolver las solicitudes probatorias elevadas tanto por la delegada de la Fiscalía como por los señores defensores de los acusados, la Juez de conocimiento pasó a decidir los pedimentos planteados, no sin antes enlistar los delitos endilgados en trámite de la audiencia de formulación de imputación a los señores CRAN, GGGA y WGCP, eso, en aras de que las probanzas que se decreten guarden estrecha relación con dichos punibles.

En ese orden indicó que para aquella oportunidad la señora Fiscal imputó la comisión de varios punibles de conformidad con el artículo 52 Procesal Penal, sin que ninguno de los defensores objetara la competencia, razón por la que partiendo del delito de concierto para delinquir agravado radicó escrito de acusación ante los juzgados penales del circuito especializado, de manera tal que los reatos ya venían conexados, y por ello nada se dijo al respecto durante la acusación.

Decantado lo anterior, destacó la *A quo* el carácter estrictamente procesal de la audiencia en curso, cuyo fundamento parte del análisis efectuado por las partes sobre la pertinencia, conducencia, utilidad y racionalidad probatoria, siendo que a voces del alcance de tales parámetros y merced a los requisitos establecidos para el decreto de pruebas, a ello se destinó.

En ese orden, respecto de las solicitudes probatorias formuladas por la delegada Fiscal, dispuso la autorización de interrogatorios para refrescar memoria o para impugnar credibilidad, recepción de entrevistas y reconocimientos fotográficos, y la práctica de diversas pruebas testimoniales, entre ellas precisamente la recepción de los testimonios de LAGI y WFEC, cuya pertinencia se deriva de sus calidades de jefes de la organización criminal, y por ende, del conocimiento que les asiste sobre los integrantes de la misma y los hechos investigados, asomando entonces como sustento de la teoría del caso del ente acusador.

Al respecto, aclaró que no hay lugar a atender la objeción planteada por la defensa en lo concerniente al descubrimiento tardío de los interrogatorios de los antes mencionados, pues para la Judicatura tal circunstancia no fue relevante⁴, comoquiera que se vislumbró haber cumplido con la finalidad de dicho develamiento antes del

⁴ Sobre el punto rememoró jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los radicados 46571 del 30 de septiembre de 2015 y 44452 del 8 de octubre de 2014, para así puntualizar que frente al llamado descubrimiento tardío de los medios de prueba, su objeto es que no se vaya a sorprender a la defensa con medios probatorios no conocidos antes del juicio.

juicio, máxime si en cuenta se tiene que fueron recabados con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación, dando con ello crédito a que hubo plena comunicación y conocimiento de los medios probatorios a la contraparte.

Así, en tanto que el señor defensor de ACD deprecó se decrete idéntica probanza, la Juez de primer nivel decidió no acceder a su aducción como prueba testimonial conjunta, al considerar que bien puede la defensa en curso del contrainterrogatorio indagar o ampliar toda la información atinente a su prohijada, ya que entratándose del decreto de solicitudes probatorias conjuntas dentro de un sistema de corte eminentemente adversarial, como lo es el penal oral acusatorio, la pertinencia y utilidad deben estar muy bien definidas, comoquiera que no es de recibo que la Fiscalía procure la misma información que persigue la defensa, siendo estas partes del todo antagónicas en la contienda del proceso penal.

Por ello, consideró la *a quo* que la defensa no indicó en debida forma sobre qué aspectos difieren la pertinencia y utilidad de la probanza deprecada y sustentada por el ente acusador, y con motivo de ello se dispuso su negación, siendo que será el contrainterrogatorio el escenario para abordar a los mencionados testigos.

Con relación a la prueba documental solicitada por la Fiscalía dijo admitir que ingresen al juicio como tal, los expedientes con radicados No. 523566000513201200081, 523566000514201180324 y 520016000485201209010, relacionados con los hechos del secuestro extorsivo de la señora MC, del hurto calificado y agravado de la "Toyota negra" y del hurto calificado y agravado perpetrado en la zapatería Marly de esta ciudad, respectivamente, de los que indicó ya se encuentran conexados al presente proceso.

La sustentación del recurso y criterio de los no recurrentes

• Doctor LUIS ARMANDO DELGADO MERA:

El señor defensor de los procesados ACDR y WGCP, reiteró su inconformidad respecto de la decisión que negó la exclusión relacionada con arribar al proceso los expedientes referenciados en párrafos anteriores, sin que sea dable aseverar que con la mera imputación se clarifique lo atinente a la conexidad, cuando efectivamente fue eso lo que dejó de hacer el ente Fiscal, puesto que una cosa es que se permita, y así se hizo, que se impute en el escenario correspondiente una pluralidad de conductas delictivas a los acusados y otra que se pretenda que otras investigaciones ahora hagan parte de este proceso, desconociendo lo preceptuado en el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que por cada delito se adelantará una sola actuación procesal.

Para tal efecto refirió que si bien es cierto en desarrollo de la audiencia de imputación le fue endilgado a DR el reato de hurto calificado y agravado por los hechos del "Almacén Marly", y a CP los delitos de secuestro extorsivo y el hurto calificado y agravado del caso denominado la "Toyota Negra", sin embargo no se presenta conforme a derecho el que no estén convocados a la presente causa las otras dos personas acusadas del punible atentatorio del bien jurídico de la libertad individual, y no se lleve por la misma cuerda procesal tal investigación, en clara contravía de lo dispuesto en la normatividad en cita; puesto que al pretender traer al proceso los elementos recaudados en las investigaciones adelantada por la Fiscalía Sexta del Grupo Gaula y Fiscalía 11 Seccional de Pasto, se entiende que se han abierto o adelantado dos actuaciones procesales por la misma razón, más si se conoce que en cada uno de los despachos fiscales mencionados se han llevado a cabo actos como imputación e incluso ya se han condenado a algunas personas por esos reatos.

Sostuvo que endilgar la categoría de prueba documental a toda la investigación adelantada en cada uno de los expedientes conocidos, es admitir que la Judicatura estaría autorizando o justificando que tanto la Fiscalía encargada de la acusación en este proceso como el investigador jefe del mismo, hayan adelantado esas investigaciones cuando eso no fue así, de manera que no podrían llegar a las conclusiones que ahora se pretenden exponer en juicio, dado que el interés de ese escenario es la práctica de la prueba, no pudiéndose develar esa circunstancia en actuaciones que no fueron ejecutadas por aquellos acusados.

Así las cosas, consideró que de cara a esas situaciones, de contera se vislumbra que permitir la admisión de esos medios probatorios denominados documentales, ello constituiría una prueba ilegal y por ende la afectación al

debido proceso, puesto que se desconoce abiertamente el contenido del artículo 50 y siguientes del Estatuto Adjetivo. De ahí que solicitó se revoque esa decisión.

En lo que atañe al no decreto de las pruebas testimoniales de LAGI y WFEC, bajo el supuesto de la indebida exposición sobre la pertinencia de la probanza al tratarse de una solicitud común con el ente de persecución penal, sostuvo que de la atenta revisión del registro de audio sobre el particular, se extrae que su motivación frente a dicho medio de prueba no gira en torno a los hechos que rodearon el hurto de la "Zapatería Marly", sino respecto de la conformación de la banda en aras de clarificar ciertos hechos de la investigación que revisten contradicciones con la información contenida en algunas entrevistas rendidas por testigos de cargo y que dieran origen a la investigación. Así las cosas, solicitó del Ad quem se revoque la decisión objeto de la alzada y se proceda al decreto de los testimonios deprecados.

- **Doctora GABY ROCÍO ARAUJO**

A su turno, la defensa de GGGA ventiló que la no exclusión de la prueba documental relacionada con el expediente de radicado 523566000514201180324, conocido como el caso de la "Toyota negra" y adelantado por la Fiscalía 20 Seccional de Ipiales (N), no se ajusta a los parámetros legales, en punto a que escuchadas las respectivas audiencias de imputación y de acusación, en ningún momento se hizo manifestación alguna de la conexidad de dicha investigación por parte del ente fiscal.

Aunado a ello, señaló que vista así la solicitud de decreto de dicha prueba documental, no puede pasar desapercibido que la misma adolece de imprecisión al desconocer el contenido de los elementos que contienen los denominados expedientes, pretermitiendo así las etapas previstas para tener como medio de prueba el registro de otras actuaciones, contenidas en la Ley 906 de 2004, más cuando no es de recibo que se eleven peticiones sin contenido preciso y máxime cuando no opera la figura de prueba trasladada.

En ese sentido, estableció que al haberse solicitado y decretado de manera tan genérica como prueba documental el expediente del radicado antes anotado, necesario es que se proceda a la revocatoria de la decisión de primera instancia por cuanto va en contravía de los postulados reglados en el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal.

- **Doctor JHONATAN CARLO MARTÍNEZ OJEDA**

Por su parte, la representación de los intereses de CRAN, en lo que atañe al tema de la conexidad, desestimó que en sede de imputación se efectúe inmediatamente la conexidad de asuntos, comoquiera que media una ritualidad procesal penal que impone cargas a tener en cuenta para su debido decreto, misma que a su juicio no se avizoró tampoco en la audiencia de acusación, razón por la que se adhiere a la postura de revocatoria planteada por sus homólogos de la defensa.

- **Fiscalía**

Otorgada la palabra a la señora Fiscal en su calidad de no apelante, reseñó que de la detenida revisión del escrito de acusación, más exactamente del folio 8 de los 63 que lo componen, se extrae con meridiana claridad el análisis complementario efectuado sobre las tres fases de la investigación que involucran a 68 miembros de la organización criminal, anunciando de contera la existencia de una cuarta fase, y de ahí la necesidad de que se configure la respectiva ruptura procesal con miras, incluso, a la efectiva protección de la comunidad, advirtiendo desde ahí que con el fin de esclarecer conductas delictivas que estaban siendo investigadas por otros despachos, estas han sido conexas a la presente investigación.

Agregó cómo el devenir investigativo permitió que miembros de la empresa delictiva brinden trascendente información sobre su conformación, así como frente a las actividades delictivas perpetradas objeto de investigaciones alternas, que precisamente conllevaron a la ruptura procesal y a la configuración de la susodicha tercera fase.

A la par, desestimó el argumento vertido por los recurrentes atinente a que la cuestionada conexidad debe ser

decretada por el juez de conocimiento, comoquiera que el inciso 2º del artículo 50 de la obra adjetiva penal es claro cuando consagra que los delitos se investigan y se juzgan conjuntamente, advirtiendo así que no media prohibición alguna para adelantar conexidades investigativas cuando a ello haya lugar.

En ese orden, dio cuenta que conforme a las Directivas 001 de octubre de 2012 y 002 del año 2015 proferidas por el señor Fiscal General de la Nación, se estipularon criterios de priorización dentro de la política de investigación que determinan que de existir unidad probatoria se opte precisamente por la conexidad, máxime al desaparecer en el sistema penal actual la figura de la prueba trasladada.

Acto seguido, clarificó que no existe una doble investigación como lo pretenden hacer ver los apelantes, toda vez que los otros despachos fiscales dejaron de conocer las investigaciones para ser conexadas al proceso que nos incumbe; al margen de ello dio claridad en cuanto a que en la fase investigativa del Gaula a los señores AN y GA se los imputó y acusó por el delito del secuestro de la señora MC, de ahí que para este proceso se los haya vinculado a través de esos elementos materiales probatorios en la participación de varias personas y los roles adelantados, frente al conato del concierto para delinquir agravado con fines de secuestro, habiéndose sí especificado de manera especial en lo que atañe a CP, en las dos conductas delictivas referidas atrás, ya que es de ahí de donde se deriva su judicialización.

Resaltó que para los fines del concierto para delinquir agravado no es necesaria la realización de la conducta materialmente verificable, sino su sola concertación, de ahí la comunicabilidad de circunstancias para el establecimiento de la agravante y la estrecha relación que guarda la imputación con la acusación, esto para las tres personas antes relacionadas.

Anunció entonces que, para mayor claridad de la defensa, lo que hizo la Fiscalía fue dar a conocer de dónde surgieron las investigaciones que ahora se encuentran conexadas a una sola, resaltando que por ende tales actuaciones dejaron de ser conocidas por los despachos fiscales iniciales, por lo tanto, solicitó no se atienda la revocatoria de la prueba decretada por la Juez de instancia, y por el contrario se proceda a su confirmación.

Con relación a la prueba conjunta sobre los testimonios de los señores WFEC y LAGI, adujo que el tema de prueba que expuso la Fiscalía está encaminado a determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la organización criminal, sobre el rol de sus miembros, la participación en la ejecución de las actividades delictivas o en la planeación de las mismas, por lo tanto, no habría lugar a que se considere válido que se admita un interrogatorio directo por parte de la defensa, cuando es precisamente ese el tema a probar, de ahí que con el contra interrogatorio perfectamente se pueda suplir ese interés. Por lo tanto invocó sea también en este punto confirmada la decisión de primera instancia.

- **Ministerio Público**

Las apreciaciones esbozadas por la delegada Fiscal encontraron respaldo en la intervención del señor delegado del Ministerio Público, para quien al momento de la imputación se da automáticamente la conexidad de los hechos punibles al anunciar cuáles son las conductas a investigar, máxime si el reato de concierto para delinquir imputado se erige como un delito transversal al resto de injustos endilgados como concurso, sin que para ello sea menester se depreque formalmente.

Arguyó que las circunstancias de conexidad descritas en el artículo 51 Procesal Penal, se pregonan propiamente de la etapa del juicio, sin que ello obste para que aquella se configure al inicio de la investigación con la imputación de los delitos a investigar, sin necesidad de declaración judicial como lo echa de menos la bancada de la defensa, cuando se aborda la supuesta ausencia de conexidad en los hechos constitutivos de los reatos de concierto para delinquir, secuestro y hurto calificado y agravado, sin que al respecto se haya emitido pronunciamiento alguno durante la audiencia de imputación.

En lo que atañe al decreto de los testimonios conjuntos, refirió advertir que durante la sustentación del recurso, el apelante introdujo aspectos nuevos y no tocados durante su pedimento, exposición que además, adujo, no fue tan clara al momento de dar cuenta de su pertinencia, sin que entonces sea dable introducirla en trámite de la alzada, razones por las que depreca se confirme en su integridad la providencia proferida por la A quo.

Consideraciones

Al deslindar las circunstancias de la materia objeto de alzada, observa la Corporación que la temática en la cual deberá guiar los propósitos de esta instancia, bien se pueden concentrar en los siguientes problemas jurídicos:

i) Establecer si es procedente la impugnación propuesta por la bancada defensiva, correspondiente al decreto de la probanza de la Fiscalía relacionada con el ingreso al juicio oral de lo que se calificó como la prueba documental, consistente en los expedientes radicados bajo noticia criminal No. 523566000513201200081, 523566000514201180324 y 52001485201209010⁵, y en ese orden determinar la competencia que le asiste al Tribunal frente a ese punto objeto de reproche.

ii) Examinar si la defensa de la señora ACD cumplió de manera adecuada con la carga que le correspondía de precisar con exactitud la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba conjunta, relacionada con el testimonio de los señores WFEC y LAG, quienes obran como testigos de la Fiscalía.

i) *Sobre la impugnación de pruebas decretadas*

Con relación a la cuestión jurídica en debate debemos adentrarnos a verificar el contenido del ordenamiento procesal penal, el que se compone de unos principios rectores, entre ellos, el de la doble instancia⁶, mediante el cual se determina que serán susceptibles del recurso de apelación las sentencias y los autos, siempre que estos se destinen a resolver las siguientes situaciones: 1) la libertad del imputado o acusado, 2) se afecte la práctica de la prueba, y, 3) sobre efectos patrimoniales.

Al tenor de ello, el legislador en el acápite del trámite de los recursos ordinarios, estableció respecto a la apelación que esta se debe otorgar en los efectos suspensivo y devolutivo, señalando de manera taxativa respecto al primero, que opera para los autos cuando niegan la práctica de la prueba y deciden sobre la exclusión del medio probatorio, los dos eventos en el contexto del juicio oral⁷, y para el segundo, cuando se trata de proveído que admite la práctica de la prueba anticipada, ante el juez de control de garantías.⁸

Se infiere entonces de lo mencionado, que la normatividad aplicable nada dijo con relación a la impugnación del auto que decide sobre el decreto de la prueba que será practicada en el juicio oral, aspecto que en tiempo atrás fue abordado por la jurisprudencia⁹ en la materia, extendiendo la posibilidad de reprochar en alzada tales determinaciones, aduciendo en ese entonces, entre otras razones¹⁰, que frente al trámite que ordena el Código de Procedimiento Penal en el escenario de la conclusión de la audiencia preparatoria, atinente a las posibilidades de la suspensión de la misma, se contempla que una de ellas obedece a la resolución de *"la apelación de las*

⁵ Con referencia a los hechos acaecidos con motivo del secuestro extorsivo de la señora MC, del hurto calificado y agravado del caso que se conoce de la *"Toyota negra"* y el hurto calificado y agravado perpetrado en el almacén de razón social *"Almacén Marly"*, respectivamente,

⁶ Artículo 20 del Código de Procedimiento Penal

⁷ Artículo 177 numerales 4° y 5° del Código de Procedimiento Penal

⁸ Numeral 6° ibídem.

⁹ Al respecto se puede consultar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en los radicados 36562 del 13 de junio de 2012, 39048 del 26 de septiembre de 2012 y 41106 del 23 de mayo de 2013.

¹⁰ Fue en esa oportunidad en que se dijo además, que: *"Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.// También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...)".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 36562 del 13 de junio de 2012.

decisiones relativas a las pruebas¹¹, lo que indica que ninguna distinción se hizo al respecto en cuanto al decreto o no de la prueba solicitada, dando lugar a habilitar la concesión del recurso de apelación frente a ese ámbito.

So pena de las mentadas reflexiones, en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió una postura diametralmente opuesta, tal como lo dejó sentado en decisión del 27 de julio de 2016, dentro del radicado 47469¹², en el que puntualizó lo siguiente:

*“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, **decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede–; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).***

*Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, **con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.***” (Negrillas fuera de texto)

Es así como de acuerdo al antecedente mencionado, el Tribunal de cierre en lo penal aclaró que la interpretación que debe darse al tema en concreto, es con referencia al querer del legislador de donde se extrae que frente al auto que admite la práctica de la prueba en el juicio oral únicamente procede el recurso de reposición, no así respecto de la decisión que la niega o la excluye¹³, la cual sí es impugnante ante el superior jerárquico, significando que se trata de aquellos eventos en los que las decisiones apunten a la imposibilidad de su efectiva práctica o incorporación.

De manera que ante la referida conclusión sobre la distinción que debe hacerse al momento de conceder o no el recurso de apelación, en cuanto al decreto o negación de la práctica del medio probatorio en el juicio oral, la Colegiatura en cita adujo que las razones de ello, corresponden a los siguientes planteamientos:

“En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.”

¹¹ Artículo 363 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal

¹² M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

¹³ Sobre este aspecto no existe discusión alguna, puesto que como lo explicó la jurisprudencia, **“cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.”** En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.” (Negrillas de la Sala). CSJ, SCP. AP-Radicado 47469 del 27 de julio de 2016.

Es así como podemos ir decantando, que frente al problema jurídico planteado por la Sala, hasta aquí con claridad se deja sentado que contra el auto que decreta la práctica de la prueba no procede el recurso de alzada, sino el de reposición, situación que resulta ser contraria en los casos en que se haya dispuesto la negación o la exclusión, como lo indicó el legislador, considerándose en este punto, ya por estudio y valoración de este Tribunal, que la alzada también opera cuando se ha decidido sobre el rechazo de la prueba¹⁴; siendo todos estos aspectos ya abordados por esta Colegiatura en pretérita oportunidad¹⁵.

Será menester que para darle una solución de manera integral al punto de censura, nos detengamos a analizar cuáles son los aspectos o situaciones que pueden alentar - en la oportunidad otorgada por el Juez de conocimiento-, a las partes intervinientes para que eleven su manifestación sobre la solicitud probatoria de la contraparte, antes de la decisión que se vaya a adoptar, circunstancias que a no dudarlo se aviene del rito que enmarca el desarrollo de la audiencia preparatoria, y como tal del descubrimiento probatorio con el que inicia el ente investigador desde el escenario del acto complejo de la acusación.

Al respecto, recordemos que el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 prevé las condiciones a las que pueden acudir los sujetos procesales para evitar que se adelante la aducción del medio probatorio al juicio: la exclusión, el rechazo y la inadmisibilidad. Expresiones normativas que merecen una detenida explicación, ya que se originan en consecuencias jurídicas diversas y como tal configuran su propia dinámica procesal; para ello conviene traer a colación las referencias que sobre la temática adelantó el Tribunal en otra ocasión, así:

*".... la inadmisibilidad, (...), opera para los eventos en los cuales no se ha demostrado por el peticionario la conducencia, la pertinencia o la utilidad; frente al decreto o no de estos medios, no cabe entonces la apelación"*¹⁶.

***La exclusión**, comoquiera que refulge como la sanción más drástica, es de esperarse que la causa que la origina sea así mismo de particular transcendencia. Es el caso del ofrecimiento de un medio de convicción que ha nacido a la vida jurídica con claro quebranto de los derechos fundamentales y que en el lenguaje jurídico se conoce como prueba ilícita¹⁷; (... Por disposición expresa del artículo 360 ibídem, también opera cuando la prueba procurada en su práctica ha sido conseguida "con violación de los requisitos formales".*

***La decisión judicial que resuelve sobre la exclusión es apelable**, sin importar en qué sentido fue emitida.*

*Finalmente, **el rechazo** probatorio que tiene sustento en la hipótesis prevista en el artículo 346 del Código Procesal Penal, justamente erigida como sanción para la parte que pretende la aducción de elementos probatorios y evidencias físicas que no fueron oportunamente descubiertas. Es una figura jurídica que permite dar herramientas a la contraparte para atacar un punto axial del procedimiento de producción probatoria, el cual fue ignorado, por lo que se le permite **atacar la decisión judicial nugatoria del pedimento de rechazo a través de los medios de impugnación ordinarios, incluido por supuesto el de apelación.**"*¹⁸ (Resaltado fuera de texto).

¹⁴ Auto Interlocutorio NI 16407, Proceso 528356107497201300902, 24 de agosto de 2017, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno.

¹⁵ Ver Auto Interlocutorio NI-16077, Proceso 520016000485201600814, 14 de diciembre de 2016, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno; Auto Interlocutorio NI 4811, Proceso 520016000485200900708-1, 23 de enero de 2017, M.P. José Aníbal Mejía Camacho. Auto Interlocutorio NI 16407, Proceso 528356107497201300902, 24 de agosto de 2017, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno.

¹⁶ Argumentación que para el momento en que se profirió la decisión del Tribunal en efecto acogía la postura que imperaba en cuanto a la procedencia del recurso de apelación frente al decreto probatorio en el escenario de la audiencia probatoria.

¹⁷ Sobre el tema, ver entre otras, sentencias 33621 del 10 de marzo de 2010 y 32872 del 24 de febrero de 2010, con ponencia de los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctores Sigifredo Espinosa Pérez y Julio Enrique Socha Salamanca, respectivamente.

¹⁸ Auto Interlocutorio, NI 4479, proceso No. 2011-00066-1, 29 de julio de 2011, M.P. Franco Solarte Portilla.

De acuerdo con lo dicho, en el caso que nos concierne, la bancada defensiva luego de ser conocedora del conjunto de los medios probatorios que serían solicitados para ser introducidos en el juicio oral por parte del ente fiscal, atendiendo eso sí, a cada una de las fases del sistema penal acusatorio necesarias para descubrir el material de cargo obrante en contra de los acusados, se destinaron al unísono a objetar la incorporación como prueba documental de los expedientes con NUNC 523566000513201200081, 523566000514201180324 y 52001485201209010, tras la petición de la *"exclusión de la prueba"*.

Pues adujeron los señores defensores que ante la decisión desfavorable a sus intereses de no atender su reproche, en cuanto a que no se decrete la denominada prueba documental de las carpetas investigativas señaladas, por carecer estas de los presupuestos legales, insistieron en la interposición del recurso de alzada, ya que la misma no se ajustaba a los lineamientos normativos que en su momento debió agotar la Fiscalía para consolidar la conexidad procesal de tales investigativos al proceso penal actual.

La argumentación aducida por los representantes judiciales para enervar el recurso que ahora convoca la atención de la Sala, no es como corresponde, pues si bien las partes intervinientes como la Juez de conocimiento, encausaron el problema de la aducción probatoria frente a una oposición de exclusión de la misma, lo cierto es que ello nada tiene que ver con esa figura procesal establecida por el legislador en cuanto a la temática expuesta.

Recordemos como líneas atrás se mencionó cuáles son las circunstancias que revelan los 3 eventos en que se puede encaminar la incorporación del medio probatorio y como tal la oposición de los sujetos procesales antes de su decreto, teniendo entonces que cuando se habla de la *"exclusión de la prueba"*, se hace referencia al *"ofrecimiento de un medio de convicción que ha nacido a la vida jurídica con claro quebranto de los derechos fundamentales y que en el lenguaje jurídico se conoce como prueba ilícita"*¹⁹, y que a su vez hace alusión a lo previsto en el artículo 360 del Estatuto Adjetivo, sobre la prueba ilegal.

Al margen de esa exposición se tiene que a pesar de que el ropaje de la oposición del decreto de la prueba por los defensores, lo encuadraron en el ausencia de la indebida aplicación de la figura de la conexidad procesal, aspecto que para la Sala deriva de una equivocada convicción, para no centrar la discusión en ese tema que ya fue superado con suficiencia en los albores de la actuación, nos queda entonces que no existe la suficiente motivación para hallar la justificación de la petición de la *"exclusión probatoria"* como lo alegó la defensa, en razón a que de la misma no se deriva afrenta alguna a garantías fundamentales como para ubicarla en una ilicitud.

Como tampoco se podría considerar que tales argumentación se puedan adecuar a que el reproche de la decisión de primera instancia sea por el *"rechazo de la prueba"*, ya que ello tampoco se suple con suficiencia, en tanto que esta expresión normativa hace alusión o se encamina a que ha obrado un deficiente e incompleto descubrimiento probatorio, que en este caso sería de parte de la Fiscalía, temática que como tal no fue alegada por la defensa, en consecuencia de ello, no habría cabida una vez más para estudiar por ese sendero la impugnación.

Nos queda entonces que la única posibilidad de reproche incoada se ajustaría en verdad a la admisibilidad de la prueba, situación que es gobernada por la verificación de una adecuada motivación de las circunstancias de pertinencia, conducencia y utilidad de la probanza, y como tal despuntan en que la decisión se destine a que sea decretada o no, tal como ocurrió en el presente asunto.

De tal manera que la Colegiatura puede inferir que el lenguaje utilizado por las partes intervinientes, en especial de la defensa e incluso de la Funcionaria de instancia, no fue el acertado en lo atinente a la identificación de las verdaderas razones de la oposición frente a la prueba documental solicitada por la Fiscalía, lo que entonces condujo a la errada convicción de la concesión de la impugnación en sentido vertical sobre una temática que, como se sabe, resulta ser improcedente justamente para esos menesteres, ya que se repite, solamente es posible atacar por la vía del recurso ordinario de reposición que no de apelación.

¹⁹ Sobre el tema, ver entre otras, sentencias 33621 del 10 de marzo de 2010 y 32872 del 24 de febrero de 2010, con ponencia de los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctores Sigifredo Espinosa Pérez y Julio Enrique Socha Salamanca, respectivamente.

Sobre lo concluido, ya la jurisprudencia atrás reseñada había anticipado que tales situaciones pueden ocurrir, en razón de que se utiliza indistintamente la figura de “exclusión probatoria” para habilitar la viabilidad del recurso de apelación, en asuntos en los que nada de ello se ventila frente al medio probatorio en debate, tan solo con el ánimo incluso de dilatar el curso normal del proceso; es por ello que el alto órgano en la materia depositó en los jueces la labor de adelantar con sumo cuidado la identificación de cuál es la verdadera temática que se busca debatir, para no caer en la concesión indebida de recursos que han sido vedados por el mismo legislador; como así lo dijo la Corte Suprema de Justicia:

“En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.

Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.
(...)

En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.”

Referencias que incluso ya habían sido alertadas por esta Corporación, bajo los siguientes términos:

“Sin embargo, la Sala se encuentra en el deber de alertar sobre el riesgo que puede cernirse en el decurso procesal, en el sentido de que por diversidad de causas pueda acudir irrelexivamente a la alzada de decisiones que en materia probatoria se adopten, camuflando en el nombre jurídico de la exclusión una simple y lisa inadmisibilidad por inconducencia o impertinencia, generando con ello inconcebibles afectaciones al normal desarrollo de la actuación. Es allí donde se impone la capacidad del juez, quien haciendo uso de los poderes que dimanen de su condición de director, examine de qué acto judicial en concreto se trata y establecer tras de ello si es procedente o no conceder el recurso.”²⁰

Ante esta claridad, se colige que atendiendo que en el presente caso la apelación se dirigió contra el auto que admitió como prueba documental la relacionada con los expedientes investigativos varias veces mencionados, mismos que fueron solicitados en la audiencia preparatoria por la Fiscalía y de la que obtuvo la complacencia de la primera instancia para su incorporación en el juicio oral, y atendiendo como se vio anteriormente la improcedencia del recurso de alzada para ello, la Sala se abstendrá de estudiar de fondo aquellos planteamientos presentados por los apelantes.

(ii) Sobre la prueba conjunta.

Para abordar este tema la jurisprudencia ha enseñado cuáles son las particularidades de que debe estar dotada la prueba en general para que sea admitida en juicio, como son la conducencia, pertinencia, racionalidad y

²⁰ Auto Interlocutorio, NI 4479, proceso No. 2011-00066-1, 29 de julio de 2011, M.P. Franco Solarte Portilla.

utilidad²¹, todo ello ligado a la postulación probatoria que haga la parte interesada, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia:

***“En ese orden, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y, consecuentemente, el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera.*”**

*Recuérdese que el sistema procesal penal nacional, de tendencia acusatoria, se caracteriza por su naturaleza adversarial, conforme al cual cada parte ostenta potestad investigativa individual para demostrar, con sus propios medios de prueba, la teoría del caso adoptada. En tal sentido, la postulación probatoria constituye una actividad rogada, en cuya ejecución las partes deben otorgar elementos de juicio al juzgador que evidencien la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción frente a los hechos o circunstancias de la conducta punible, a la responsabilidad penal del acusado y a la teoría del caso”*²²

Ahora, con referencia a la petición probatoria común, la jurisprudencia del Tribunal de cierre en la materia ha sostenido que es válido en el sistema procesal imperante, siempre y cuando la parte que así lo pretenda, informe con suficiencia las razones adicionales a los componentes de la postulación probatoria, relacionadas con la necesidad del uso del mismo declarante de la contraparte, en este caso del testigo de la Fiscalía, para un interrogatorio directo, tal como se encuentra aseverado en el siguiente precedente:

“3. En lo que tiene que ver con las pruebas en común, particularmente la de carácter testimoniales perfectamente viable dentro de la sistemática propia de la ley 906 de 2004, que tanto la fiscalía y la defensa coincidan y busquen valerse de los mismos testigos, pues es probable que un declarante pueda aportar información relacionada con el caso, que sirva tanto a la parte que lo requirió como a su contradictor, desde luego dentro del marco de la teoría del caso que cada uno pretende sacar adelante en el juicio, que suele ser antagónica en atención a los intereses que defienden.

En esos casos se justifica plenamente el interrogatorio directo de doble vía, porque según lo ha precisado la Sala, “en un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogara sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia.” (AP896-2015 Radicado 4501, febrero 25 de 2015.)

Naturalmente, a cada parte compete la carga de acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad, que es una exigencia de carácter legal, sobre lo cual la Corte también ha puntualizado lo siguiente:

“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

²¹ Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en auto del 5 de junio de 2013, radicado 41127 que: “..... la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es pertinente cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es racional cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario”.

²² Radicado 41127, del 5 de junio de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz.

(....)

"Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba "a ver qué pasa" o "por si acaso", pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

(....)

3.10. En ese orden de ideas, puede concurrir interés del acusador y del defensor en la práctica de determinada prueba testimonial, lo que no está vedado por el ordenamiento jurídico, caso en el cual de autorizarse la declaración a quien la solicitó, la contraparte podrá reclamar interrogatorio directo, pero debe agotar una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permita al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese tipo de interrogatorio, dados los supuestos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad y demás factores ya referidos en esta decisión."²³

De tal manera que dentro de ese marco, la defensa de ACD en el discurso expuesto para la solicitud probatoria de los testimonios de WFEC y LAGI, más allá de indicar la pertinencia, conducencia y admisibilidad del medio de prueba, debió además puntualizar los temas que no siendo abordados en los interrogatorios del ente fiscal como prueba directa, estarían además por fuera del alcance del contrainterrogatorio para deprecar la práctica independiente de tales testimonios, circunstancia que no se cumplió a cabalidad, ya que se demeritan de ese puntual propósito, aseveraciones como: "(...) *clarificar ciertos hechos de la investigación que revisten contradicciones (...)*" o "*se quiere que ingrese información al juicio concerniente a la conformación de esta organización*"²⁴, como a la letra lo expresó el señor defensor recurrente, lo que indica que su pedimento no alcanzó la potencialidad de lograr tal preciso cometido.

Siguiendo esa línea argumentativa, debemos precisar que de antaño se tiene sentado que el contexto del proceso penal se encuentra investido por un corte eminentemente adversarial, que entraña una verdadera pugna entabada por dos contendores, quienes bajo la égida de unas reglas determinadas y la observancia de específicos roles, procuran el éxito de una particular teoría del caso, para cuyo propósito se valen de las posibilidades que en buena hora les concede la dialéctica, sin embargo, en esta ocasión el argumento arribado por el representante judicial de la señora ACD en referencia al medio probatorio objeto de negación para su práctica a cargo de la defensa, no alcanzó el propósito necesario para el cometido que fue solicitado, arribando con ello a la conclusión de que la intención para el tema probatorio estaría inmerso entonces en la posibilidad del contrainterrogatorio como lo aseveró la Juez de primera instancia.

Aunado a lo anterior, y dado que el recurrente alega que su motivación frente a dicho medio de prueba gira en torno a la conformación y el contexto de las labores de planeación de la banda, se cuestiona entonces esta Corporación en qué aspectos difiere tal pretensión - así formulada por el togado -, frente a los argumentos que sobre pertinencia y utilidad expuso a su turno la Fiscalía, si justamente el interés de la prueba testimonial de esta última se afina en el conocimiento que les asiste a los testigos sobre la organización, planeación y coordinación de la organización delincriminal investigada, factores del todo coincidentes con la causa perseguida por la defensa.

²³ Radicado AP2814-2017, proceso 49307, del 3 de mayo de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

²⁴ En la intervención de la solicitud probatoria, en la audiencia del 20 de octubre de 2016, sesión de la tarde, audio 2, sobre el testigo WFEC, desde el minuto 01:33:42 al 01:35:29 y del testigo LAGI, desde el minuto 01:37:11 al 01:39:01, sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de los testigos comunes con la Fiscalía.

Tal situación devela cuando más el indebido cumplimiento de la carga indelegable que le asiste a la parte peticionaria, de sustentar su petitum mediante una precisa y unívoca exposición de los motivos que inspiran las solicitudes probatorias, en aras de garantizar sin riesgos interpretativos el derecho de confrontación.

Son los anteriores argumentos suficientes para que la Sala confirme la decisión de la primera instancia en el tema atinente al no decreto de la práctica de la prueba conjunta, consistente en la recepción de los testimonios deprecados por la defensa de ACDR, respecto de los señores WFEC y LAGI.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Primero.- Abstenerse de conocer del recurso de apelación interpuesto por la bancada defensiva, en contra de la decisión proferida en el escenario de la audiencia preparatoria, en orden a la incorporación al juicio oral como prueba documental de los expedientes con NUNC 523566000513201200081, 523566000514201180324 y 52001485201209010, solicitados por la Fiscalía, por la razones expuestas en este proveído.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión objeto del recurso de alzada.

Regrese la actuación al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE Y CÚMPLASE,

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

Patrocinadores

Movilidad entre regímenes

Derecho de los afiliados para tener garantizada la continuidad de atención en salud cuando consiga trabajo de manera temporal o permanente.

Contamos con diversos canales para realizar trámites de movilidad entre regímenes

Oficinas de
Asmet

Central de
Afilaciones

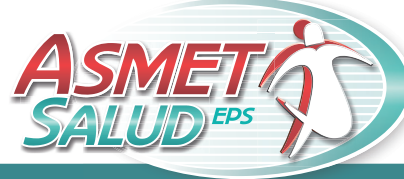
Asesores
Comerciales

Oficina Virtual

VIGILADO Supersalud

SERVICIO DE ATENCIÓN GRATUITO
018000913876

www.asmet salud.org.co



f /asmetsaludeps

@AsmetSalud

/asmetsaludeps

...cuida la salud de mi familia !



*ES SUJETA A INSPECCIÓN Y VIGILANCIA POR EL
MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
CESMAG

Conoce una nueva alternativa en educación



**INSCRIPCIONES
ABIERTAS**

TECNOLÓGICOS

• GESTIÓN FINANCIERA

6 Semestres
Jornada Nocturna
Cod. SNIES 91504 (Reg. Calificado)

• CONTABILIDAD Y FINANZAS

6 Semestres
Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 91503 (Reg. Calificado)

PROFESIONALES

• DERECHO

10 Semestres / Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 52939 (Reg. Calificado)

• ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19787 (Reg. Calificado)

• CONTADURÍA PÚBLICA

10 Semestres / Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 19788 (Reg. Calificado)

• ARQUITECTURA

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19979 (Reg. Calificado)

• LIC. EN EDUCACIÓN FÍSICA

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 16489 (Reg. Calificado)

• LIC. EN EDUCACIÓN INFANTIL

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 106266 (Reg. Calificado)

• LIC. QUÍMICA

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 106309 (Reg. Calificado)

• INGENIERÍA DE SISTEMAS

10 Semestres / Jornada Diurna - Nocturna
Cod. SNIES 29376 (Reg. Calificado)

• PSICOLOGÍA

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 53874 (Reg. Calificado)

• DISEÑO GRÁFICO

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19062 (Reg. Calificado)

• INGENIERÍA ELECTRÓNICA

10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 90715 (Reg. Calificado)

CONOCE NUESTRO
NUEVO PROGRAMA



**Licenciatura
en Química**

JURISCOOP

VINCÚLATE YA A NUESTRO **PLAN ORO**

CONTRIBUCIÓN FONDO MUTUAL

\$20.000

APORTES DESDE

\$15.000



- » Crédito educativo con 0% de tasa de interés
- » Crédito productivo con tasa subsidiada
- » Herencia Juriscoop
- » Descuentos en más de 200 convenios
- » Actividades sociales, educativas, recreativas y muchos beneficios más

VINCÚLATE YA EN NUESTRO **PLAN PLATINO**

CONTRIBUCIÓN FONDO MUTUAL

\$30.000

APORTES DESDE

\$15.000



Con el Plan Platino tienes los mismos beneficios que con el Plan Oro, con **servicios adicionales** a elección:

- » Servicio de información jurídica (Legis)
- » Familia Protegida
- » Asistencia Integral
- » Protección Hogar y Mascotas
- » Mercado garantizado para su familia
- » Previsión exequial

LÍNEAMÁS | BOGOTÁ: (1) 348 5600
NACIONAL: 01 8000 111 464
servicioalcliente@cooperativajuriscoop.com.co

www.juriscoop.com.co
facebook.com/grupojuriscoop

*La causa de los trabajadores
demanda, cerebro y corazón
más allá del éxito
y la justa remuneración.*

HAROLD MOSQUERA RIVAS
Abogado laboralista al servicio
de los trabajadores
Edificio Pasto Plaza – Oficina 501
San Juan de Pasto

WALDIR CÁCERES CUERO
Abogado

Calle 53B No. 24-80
Oficina 711 Torre Ejecutiva
Cel: (304)617 62 61 – (314)234 68 49
Tel (1)346 0524
e-mail: defensaley@hotmail.com
Bogotá - Colombia

Javier Goyes Rodríguez

ABOGADOS ESPECIALIZADOS

Edificio Pasto Plaza - Oficina 504 Tel. 7290781 Fax: 092 7225566
Cels: 300 614 47 49 - 300 608 36 70
javiergoyesabogado@gmail.com
Cra. 24 No. 19 - 33 - Pasto



Fernando José Cárdenas Guerrero

Abogado

Pontificia Universidad Javeriana

Edificio Pasto Plaza - Oficina 316 - Carrera 24 No. 19 - 33
Teléfono 722 7624 Celular 316 4781852 - San Juan de Pasto
Correos: fercardenas@cardenasabogadospasto.com.co
cardenasabogadospasto@hotmail.com

Luis Alfredo Fajardo Arturo
Abogado

Calle 18 No. 24 - 29 Oficina 401 C.C. Los Andes
Tel. 7 232618 Cel. 315 406 2948
luisalfredofajardo@gmail.com

Ruth Amalfi Ramírez Muñoz

Abogada

Especialista en Derecho Público
Administrativo - Laboral - Disciplinario
Contencioso Administrativo - Relaciones Industriales

Cra. 24 No. 19 - 33 Of. 501 Ed. Pasto Plaza

Tel. 7227434 - Cel. 317 4333313

ruthamalfi@ruthamalfi.com

San Juan de Pasto

Luis Alberto Ramírez González

CONSULTOR JURÍDICO
ABOGADO UNIVERSIDAD DEL CAUCA

CRA. 24 No. 19 - 33 EDIFICIO PASTO PLAZA OF. 214
CEL. 315 435 7724 TELEFAX. 7227426
RAMIREZGONZALEZABOGADO@HOTMAIL.COM
SAN JUAN DE PASTO

CONTENIDO

DIGNATARIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO.....	5
MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2017.....	7
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EMPLEADOS Y JUDICANTES	8
PRESENTACIÓN	9
JUEZAS Y JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO.....	11
JURISPRUDENCIA	

SALA CIVIL – FAMILIA

1- CONTRATO DE COMPRAVENTA - Nulidad absoluta por falta del consentimiento del vendedor/ FIRMA DE PERSONAS INVIDENTES EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO CONTENTIVO DE UN NEGOCIO JURÍDICO. / LESIÓN ENORME:	23
2- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - Contrato de Mandato oculto. / CONTRATO DE MANDATO – Nulidad absoluta por objeto ilícito/ CONTRATO DE MANDATO - Restitución equivalente	33
3- PROCESO REIVINDICATORIO – Presupuestos / PROCESO DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO - Es atributivo y no declarativo de dominio.	41
4- IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: Su aplicación al caso concreto exige el cumplimiento de todas las subreglas en él contenidas. / IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD - Interés actual para accionar. / IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD – Caducidad de la acción	51
5- CONTRATO DE DONACIÓN – Requisitos. / CONTRATO DE DONACIÓN – Nulidad absoluta	57
6- CONTRATO DE VINCULACIÓN DE VEHÍCULO AUTOMOTOR - Responsabilidad Solidaria en Accidentes de Tránsito. / CONTRATO DE VINCULACIÓN – El contrato es ley para los contratantes. / CONTRATO DE VINCULACIÓN DE VEHÍCULO AUTOMOTOR – Incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa.....	64
7- SIMULACION RELATIVA – Requisitos / SIMULACIÓN RELATIVA – Prueba indiciaria.....	73
8- INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA Y DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA – La prueba por Indicios como medio demostrativo./ PERJUICIOS MORALES.....	83

SALA LABORAL

1- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Requisitos / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Principio de la Condición más Beneficiosa.....	99
2- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Requisitos / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – BENEFICIARIOS: Hijos inválidos con dependencia económica del causante. /	104
3- NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL COMO CONSECUENCIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. / JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PARA CONOCER SOLICITUDES PENSIONALES DE EMPLEADOS PÚBLICOS AMPARADOS POR EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.....	113
4- REVISIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ - La extinción del derecho a la pensión o la disminución del monto, solo opera si se determina la cesación o disminución del grado de invalidez	125
5- CONTRATO DE TRABAJO – Trabajador Oficial./ CONTRATO DE TRABAJO – Requisitos./ ACCIDENTE DE TRABAJO - Indemnización plena de perjuicios	131
6- CONTRATO DE TRABAJO – Requisitos. / CONTRATO DE TRABAJO - PRESUNCIÓN LEGAL: Acreditada la prestación personal del servicio en beneficio del empleador, le compete a éste desvirtuar dicha presunción.....	145

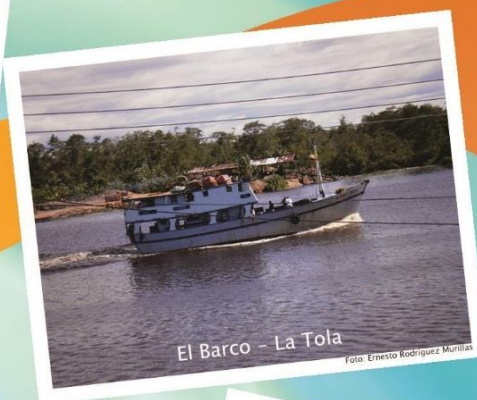
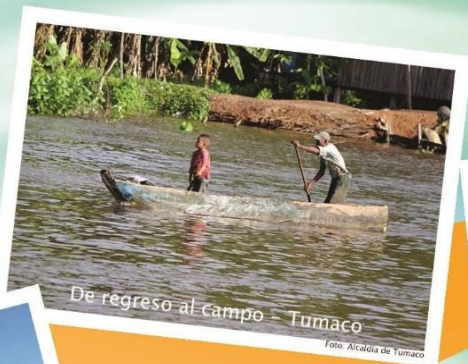
SALA PENAL

1- DELITOS SEXUALES EN CONTEXTO RELIGIOSO – Valoración del contexto en que ocurrieron los hechos sin prejuicios contra la víctima, de manera objetiva y ex ante. / LA VIOLENCIA EN LOS DELITOS SEXUALES – Debe ser la suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. / IN DUBIO PRO REO - El grado de certeza lo excluye de plano.....	159
2- ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A SER PROTEGIDAS DE TODA FORMA DE VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL. / EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS. / PREACUERDO – CONTROL MATERIAL. /PRISIÓN DOMICILIARIA – Requisitos. / –.....	188
3- FUNCIONES DE LA PENA – La rehabilitación del condenado como uno de los fines primordiales de la pena. / LIBERTAD CONDICIONAL – Requisitos	219
4- SUSTITUCIÓN PRISIÓN CARCELARIA POR DOMICILIARIA POR LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL ART 314 DEL C.P.P. – Competencia del Juez de Ejecución de Penas. / DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN CONFORME LAS CAUSALES 2 Y 4 DEL ART 314 del C.P.P. - Competencia excepcional del Juez de Conocimiento, para pronunciarse antes de proferir la sentencia condenatoria.....	232
5- FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PREACUERDOS – Estos le son vinculantes, salvo vulneración de garantías fundamentales./ PREACUERDOS – Control material / PREACUERDOS – Marginalidad	245
6- PERITO – IDONEIDAD: Para su acreditación es suficiente la experiencia en la práctica del arte u oficio, no requiriéndose estudios especializados	256
7- PREACUERDOS - DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. / PREACUERDOS - REINTEGRO PECUNIARIO - Constituye un acto de procedibilidad que condiciona su validez	271
8- AUDIENCIA PREPARATORIA – El Auto que Decreta una Prueba No Admite Apelación. / OPOSICIÓN A LA INCORPORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS –Exclusión, Rechazo e Inadmisibilidad./ DECRETO DE PRUEBAS – Prueba Conjunta	280
PATROCINADORES.....	295
ÍNDICE.....	303

Presidencia: Palacio de Justicia
Calle 19 No. 23 - 00 Bloque II Oficina 503
Telefax: 7 223706
Conmutador: 7 292851 ext. 153

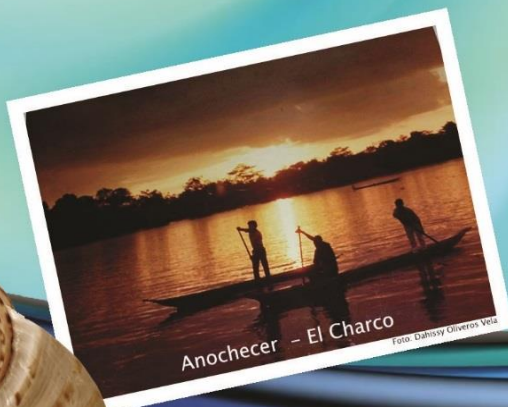
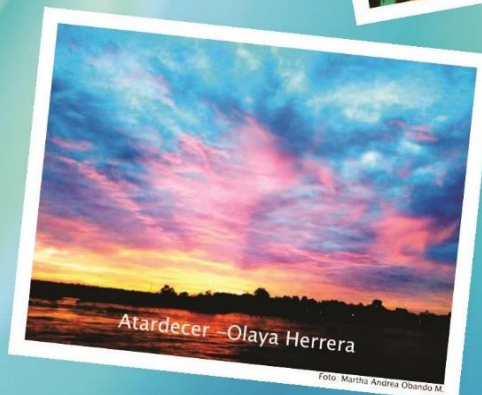
Relatoría: Palacio de Justicia
Bloque II Oficina 405
Telefax: 7 290343

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN
EMPRESA EDITORA DE NARIÑO - EDINAR -
Carrera 21 No. 19 - 57 Centro
Teléfono: 7200952
San Juan de Pasto



El foro Nariñés

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO



Gobernación
de Nariño